

FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO

**“LA NECESIDAD DE REGULACIÓN DEL CONCURSO
MEDIAL DE DELITOS COMO MODALIDAD DE
CONCURSO INDEPENDIENTE EN EL CÓDIGO PENAL
PERUANO”**



PRESENTADO POR
YOSELIN MILEN VERGARA CASTILLEJO

ASESOR
EDUARDO GIANCARLOS ALCOCER POVIS

TESIS
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN DERECHO EN
CIENCIAS PENALES

LIMA – PERÚ

2024



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



UNIDAD DE POSGRADO

**“LA NECESIDAD DE REGULACIÓN DEL CONCURSO MEDIAL
DE DELITOS COMO MODALIDAD DE CONCURSO
INDEPENDIENTE EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO”**

**TESIS PARA OPTAR
EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN DERECHO EN CIENCIAS
PENALES**

**PRESENTADA POR:
YOSELIN MILEN VERGARA CASTILLEJO**

**ASESOR:
DR. EDUARDO GIANCARLOS ALCOCER POVIS**

LIMA, PERÚ

2024

“LA NECESIDAD DE REGULACIÓN DEL CONCURSO MEDIAL DE
DELITOS COMO MODALIDAD DE CONCURSO INDEPENDIENTE
EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO”

DEDICATORIA

A Claudia y Oscar Gabriel.

AGRADECIMIENTO

A mi asesor, el Doctor Eduardo Alcocer Povich, por ser el faro para que esta tesis encontrara su norte.

A mis queridos padres, Proserpina Penélope y Oscar Américo, por su aliento imperecedero.

ÍNDICE

RESUMEN	x
ABSTRACT	xi
INTRODUCCIÓN	xii
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO.....	1
1.1. Antecedentes de la investigación	1
1.2. Bases Teóricas.....	8
1.2.1. La unidad de acción o unidad de hecho, como componente diferenciador del concurso de delitos.....	8
1.2.1.1. Teoría de la acción natural.....	10
1.2.1.2. Teoría de la acción final o teleológica	12
1.2.1.3. Teoría de la unidad jurídica de Jescheck	14
1.2.1.4. Teoría de Johannes Wessels.....	15
1.2.1.5. Balance preliminar sobre las teorías de la acción	15
1.2.2. La teoría de acción como manifestación de la personalidad.....	17
1.2.3. Naturaleza jurídica del concurso medial de delitos	19
1.2.3.1. El concurso medial como parte del concurso ideal.....	20
1.2.3.2. El concurso medial como parte del concurso real	21
1.2.4. La aplicación en supuestos concursales de delitos medio - fin.....	23
1.2.5. Los límites entre el concurso de delitos y el concurso aparente	29
1.2.6. La determinación judicial de la penal y consecuencia jurídica del concurso medial en el derecho comparado	31

1.2.7. La subsunción de la conducta punible ¿Concurso aparente de leyes o concurso de delitos?	33
1.2.8. Aspectos problemáticos en el concurso medial de delitos	35
1.2.9. El concurso medial y el conflicto con los principios de legalidad, proporcionalidad y seguridad jurídica	37
1.2.10. Balance preliminar de la necesidad del concurso medial en el ordenamiento jurídico peruano	39
1.3. Definiciones conceptuales.....	44
1.3.1. La teoría del concurso	45
1.3.1.1. El concurso real de delitos.....	46
1.3.1.2. El concurso ideal de delitos	46
1.3.1.3. El concurso real retrospectivo	47
1.3.1.4. El delito continuado	48
1.3.1.5. El concurso medial de delitos	49
1.3.2. El concurso aparente de leyes.....	50
1.3.2.1. Principios de solución del concurso aparente.....	51
a) Principio de especialidad	51
b) Principio de consunción.....	52
c) Principio de subsidiariedad	52
d) Principio de alternatividad.....	52
1.3.3. Los principios del derecho penal aplicables al concurso de delitos .	53
1.3.3.1. El principio de legalidad.....	53

a) La prohibición de la analogía (<i>nullum crimen, nulla poena sine lege stricta</i>)	54
b) La prohibición de derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena (<i>nullum crimen, nulla poena sine lege scripta</i>)...	55
c) La prohibición de retroactividad (<i>nullum crimen, nulla poena sine lege praevia</i>)	56
d) La prohibición de leyes penales indeterminadas (<i>nullum crimen, nulla poena sine lege certa</i>)	57
1.3.3.2. El principio de proporcionalidad de las penas.....	58
a) Cada delito debe ser penado: <i>Quot delicta tot poenae</i>	58
b) Imposibilidad de punir más de una vez por el mismo delito: <i>Ne bis in ídem</i>	58
1.3.3.3. El principio de seguridad jurídica	61
1.3.4. La determinación judicial de la pena	62
1.3.4.1. Definición.....	62
1.3.4.2. Clases de penas	63
1.3.4.3. Técnica para la determinación judicial de la pena con circunstancias base	66
1.3.4.2. La determinación judicial de la pena en supuestos concursales:	67
1.3.4.2.1. Principios de determinación de la pena ante la concurrencia de tipos penales	68
1.3.4.2.2. Técnica de determinación de la pena en supuestos	

concursoales regulados en el ordenamiento jurídico peruano	71
1.3.5. Efectos jurídicos del concurso medial de delitos y los fundamentos para su incorporación en el CP.....	73
1.3.5.1. Sobre el elemento normativo <i>medio necesario</i>	74
1.3.5.2. Sobre el límite con el concurso aparente de normas.....	77
1.3.5.3. Sobre la justificación y proporcionalidad de la pena en el concurso medial	84
1.3.6. Propuesta normativa para la incorporación del concurso medial en el CP	87
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	92
2.1. Diseño Metodológico.....	92
2.1.1. Tipo de investigación.....	92
2.1.2. Procedimiento de muestreo	93
2.2. Aspectos éticos	93
CAPÍTULO III: RESULTADOS	94
CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN	96
CONCLUSIONES.....	103
RECOMENDACIONES	105
BIBLIOGRAFÍA	107

RESUMEN

El presente trabajo de investigación, analiza si resulta necesaria la regulación del concurso medial de delitos como una modalidad de concurso independiente en el CP Peruano. Dado que actualmente no existe regulación expresa sobre este tipo de concurso en nuestro código sustantivo, los supuestos de hecho en que concurren relaciones de necesidad medial entre hechos punibles, deben seguir el tratamiento punitivo bajo los alcances establecidos en los concursos ideal o real, según la naturaleza que en el caso concreto le sea más acorde; por lo que no existe uniformidad de criterios para interponer una pena determinada en estos supuestos, generando con ello inseguridad jurídica. En tal sentido, se analizará la institución del concurso de delitos, que a su vez comprende una serie de teorías que, si bien han sido poco tratadas, forman parte esencial del derecho penal e inciden de manera directa en su expresión material que es la determinación de la pena por los delitos cometidos. La metodología aplicada en el presente trabajo de investigación corresponde a una de tipo teórica, con un nivel descriptivo y de diseño no experimental u observacional, careciendo de un procedimiento de muestreo dado que, no estudia un fenómeno contrastable con la realidad. Al final es posible concluir entre otros, que en efecto, el concurso medial de delitos constituye una modalidad concursal que no cumple objetivamente con los presupuestos del concurso ideal ni del concurso real, por lo que amerita su regulación como modalidad concursal independiente en el ordenamiento jurídico peruano.

Palabras clave: Concurso de delitos, concurso medial de delitos, medio necesario, determinación judicial de la pena

ABSTRACT

This research work analyzes if it is necessary to regulate the medial concurrence of offences as an independent concurrence modality in the Peruvian Criminal Code. Since there is currently no express regulation on this type of concurrence in our substantive code, the factual assumptions in which there are relationships of medial necessity between punishable acts, must follow the punitive treatment under the scope established in the ideal or real concurrence, according to the nature of the specific case is more appropriate; therefore, there is no uniformity of criteria to impose a specific sentence in these cases, thus generating legal uncertainty. In this sense, the institution of the crime contest will be analyzed, which in turn comprises a series of theories that, although they have been little treated, form an essential part of criminal law and directly affect its material expression, which is the determination of punishment for crimes committed. The methodology applied in the present research work corresponds to a theoretical type, with a descriptive level and a non-experimental or observational design, lacking a sampling procedure since it does not study a phenomenon that can be compared with reality. In the end, it is possible to conclude that, in effect, the medial concurrence of crimes constitutes a concurrence modality that does not objectively comply with the budgets of the ideal concurrence or the real concurrence, for which it deserves its regulation as an independent modality of concurrence in the Peruvian legal system.

Keywords: Contest of crimes, medial concurrence of crimes, necessary means, judicial determination of the sentence

NOMBRE DEL TRABAJO

LA NECESIDAD DE REGULACIÓN DEL CONCURSO MEDIAL DE DELITOS COMO MODALIDAD DE CONCURSO INDEPENDIENTE

AUTOR

YOSELIN MILEN VERGARA CASTILLEJO

RECUENTO DE PALABRAS

31334 Words

RECUENTO DE CARACTERES

164995 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

129 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

192.0KB

FECHA DE ENTREGA

Nov 28, 2023 6:01 PM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Nov 28, 2023 6:04 PM GMT-5

● 14% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos

- 13% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 7% Base de datos de trabajos entregados
- 4% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Fuentes excluidas manualmente
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



Dra. Nancy Guzmán Ruiz de Castilla
RESPONSABLE DEL SOFTWARE ANTIPLAGIO - TURNITIN.

INTRODUCCIÓN

En el estudio de la teoría del delito se ha partido siempre de la premisa básica de imputación a un sujeto que, mediante un hecho, comete un delito, a quien en consecuencia se le atribuye una sanción penal. Sin embargo, la realidad enseña que existe un abanico de posibilidades delictivas, por lo que resulta no solo posible, si no palpable, la situación en que el agente realiza uno o varios hechos que dan origen a una diversidad de hechos punibles.

En razón de ello, el Código Penal Peruano ha regulado en sus artículos 48, 49, 50 y 51 los diferentes supuestos de concurrencia delictiva y su tratamiento a efectos de determinación de la pena; encontrando en este catálogo a los concursos real e ideal de delitos, concurso real de faltas, al delito continuado y al concurso real retrospectivo. De esta forma, se instauran los procedimientos a seguir, para determinar el quantum de punición, cuando en el supuesto de hecho se verifique la existencia de alguno de estos casos de concurso.

Sin embargo, en la praxis jurídica podemos apreciar un supuesto de hecho que no cumpliría de manera concreta las exigencias del concurso real ni del concurso ideal, en el cual el agente realiza una conducta previa (constitutiva de delito) como medio necesario para lograr su finalidad a través de la realización de otra conducta (constitutiva también de delito). Es el caso, por ejemplo, del agente que falsifica un documento para ulteriormente estafar a las víctimas.

En tal sentido, el tema que importa a la presente investigación gira en torno a la introducción de concurso medial de delitos como modalidad concursal independiente de los concursos ideal y real de delitos en el ordenamiento jurídico

peruano, y su implicancia en la determinación judicial de la pena cuando se verifique la concurrencia de este supuesto de hecho; por tanto la principal contribución que se aportará con el desarrollo del trabajo de investigación que nos ocupa será de carácter teórico, indagando en los principales tópicos de la teoría del concurso de delitos y de aquellos que de manera indirecta guardan relación, a fin de concluir si resulta posible considerar al concurso medial de delitos como una modalidad independiente concursal, y de ser posible, su tipificación como tal.

Para tal efecto, se ha planteado como objetivo general determinar si resulta necesaria la regulación del concurso medial de delitos como modalidad de concurso independiente en el CP Peruano, asimismo como objetivos específicos se pretender acreditar que el concurso medial de delitos no cumple con todas las exigencias para ser considerada como modalidad del concurso real y tampoco como modalidad del concurso ideal de delitos; también, determinar si la incorporación de esta modalidad concursal en el CP Peruano resultaría ser útil a los efectos de determinación judicial de la pena, además, establecer, de ser el caso, el tratamiento jurídico más adecuado que debería tener en nuestro ordenamiento esta figura concursal; y, por último determinar si la ausencia de regulación del concurso medial de delitos en el nuestra norma sustantiva vulnera los principios de legalidad, proporcionalidad de las penas y seguridad jurídica.

Con la finalidad de arribar a los resultado y conclusiones de la presente tesis, se realizará una investigación de tipo teórica, de nivel descriptivo, a fin de abordar la institución jurídica del concurso de delitos, así como de los conceptos que se relacionan con el mismo; y, en su oportunidad las del concurso medial; además, el diseño de la presente investigación será no experimental u observacional,

careciendo de un procedimiento de muestreo dado que, al ser una investigación teórica de nivel descriptivo, no se estudiará un fenómeno contrastable con la realidad.

Las principales limitaciones que se han encontrado al momento de elaborar la presente tesis, fueron principalmente la obtención de material bibliográfico del extranjero, que hubiese permitido un desarrollo más profundo sobre los temas desarrollados; sin embargo, se obtuvo información que enriqueció en similar medida el contenido de la presente.

El trabajo de investigación consta de cuatro capítulos; el primero de ellos aborda los antecedentes de la investigación, así como las bases teóricas y definiciones conceptuales que resultan importantes previas a incidir en la figura del concurso medial de delitos. El segundo capítulo comprende método utilizado, dentro del mismo se explica el diseño metodológico, el tipo de investigación, el procedimiento de muestreo y los aspectos éticos que implicaron la elaboración del trabajo de investigación. Además, en el capítulo tercero se ofrecen los resultados que ha arrojado la presente investigación. Por último, en el capítulo cuarto se efectuó un desarrollo de la discusión presentando las ideas propuestas.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes de la investigación

Son aquellos trabajos investigativos previos a la elaboración de la tesis, que guardan relación con el problema planteado. Y, siendo esto así, para la presente tesis se han logrado recopilar los siguientes antecedentes:

Joshi Jubert, Ujala (1992). Unidad del hecho y concurso medial de delitos. La Rioja, España. Anuario de derecho y ciencias penales del Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado.

La autora acoge la conceptualización de la doctrina mayoritaria respecto al concurso medial, en el sentido que este se da ante la existencia de una relación de medio a fin entre dos delitos. El punto de discusión para la autora radica en dilucidar en qué casos un delito es medio para cometer otro. Asimismo, parte por centralizar su estudio en determinar si, luego del concurso real, dentro del CP Español se halla regulado además en algún otro precepto concursal el supuesto de pluralidad de acción, concluyendo que en efecto existe una figura adicional. Secunda lo que la doctrina mayoritaria entiende sobre el concurso medial (segundo supuesto del art. 71), en el sentido que se trata en realidad de un caso de concurso real tratado más benévolamente. Desde esta perspectiva, continúa señalando, el art. 71 albergará dos hipótesis: el concurso ideal y el medial, este último de naturaleza real.

Posteriormente, la autora se plantea dos cuestionamientos esenciales: el primero referido a determinar cuándo nos encontramos frente a esta relación medial, y en segundo lugar, sobre cómo se justifica este trato más benigno en

cuanto a determinación de la pena. Posteriormente, concluye que el art. 71 CP - donde se regula la figura del concurso medial- apunta únicamente al medio necesario. Lo que en modo alguno tiene que interpretarse forzada u obligatoriamente como sinónimo de instrumento. Para la autora el término “medio” es también la forma; perspectiva desde la cual, se toma en consideración con mayor énfasis en el acontecer objetivo, dejando de lado la preordenación, que es de carácter esencialmente subjetivo.

Además del medio, el CP Español exige que este sea necesario. En tal sentido concluye refiriendo que el término “necesario” no supone una necesidad lógica o causal. Que un delito sea una forma necesaria para cometer otro, no implica precisamente que este sea indispensable, pues, en este último caso, para la autora (respaldada por lo que ya ha manifestado una parte de la doctrina) se estaría frente a un concurso de leyes.

García Cantizano, María (1996). De la relación concursal en los delitos de estafa y falsedad documental: nuevas soluciones a un viejo problema. Lima, Perú. Revista Derecho y Sociedad de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Citando un ejemplo, la autora señala que existe concurso medial cuando se considera que un delito -el de falsedad- es utilizado a manera de instrumento para ejecutar otro- la estafa-. Ello es así porque a su consideración, simplemente debe acudirse al contenido con el que se confiere a la exigencia de que un delito pueda ser considerado como “ medio necesario” para la realización del ulterior. Atendiendo a que la relación de necesidad justifica el privilegio punitivo atendiendo a los otros supuestos de concurso real. Acotando con que la doctrina es unánime al destacar que dicha “necesidad” deberá corroborarse de acuerdo al caso en concreto.

Asimismo, entre otras ideas, concluye señalando que:

La necesidad de garantizar los bienes jurídicos que resultan lesionados mediante estas conductas inclinará la solución a favor del concurso de delitos, el cual será ideal o real (incluyendo en este grupo aquellos casos de concurso medial) en función del vínculo teleológico que una la ejecución de la falsedad respecto de la estafa. Cuando el documento se presente como el objeto sobre el que recae el engaño propio de la estafa, cabrá entender que estamos ante un concurso de ideal de delitos, dada la identidad que se produce con el engaño falsario, circunstancia que tiene lugar en unidad de acción. (p.204)

En sentido contrario, si la falsedad solamente sirve como un punto de apoyo para lograr consolidar el engaño en la estafa, señala que siempre estaremos frente a un concurso real de delitos, y dependiendo de si el delito de falsedad documental presenta un carácter indispensable o no a los efectos de ejecutar la estafa, se determinará la pena.

Galván Gonzales, Francisco (2010). Concurso de delitos. Análisis comparado entre España y México (tesis de doctorado). Universidad de Salamanca. Salamanca, España.

El autor concluye precisando que el haber regulado expresamente al concurso medial en el CP ha sido cuestionado por un sector de la doctrina española, sin embargo, tal cuestionamiento carece de fundamento si se toma en consideración la estructura de los delitos y su vinculación como partes conformantes del sistema jurídico que integra el CP y las leyes penales especiales. En tal sentido,

la vinculación de algunos tipos penales se encuentra determinada por la relación delito medio - delito fin regulada en el concurso medial.

El mismo autor arriba a una siguiente conclusión refiriendo que:

La redacción que el legislador hace de los tipos penales determina la existencia de un concurso medial absoluto o de un concurso medial relativo. Éste se presentaría entre aquellos tipos penales que son totalmente independientes pero que, en el caso concreto, pueden relacionarse como delito medio-delito fin. 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 (p.681-682).

En otra de sus conclusiones, refiere que en el CP Español, es necesario que los tribunales y la doctrina jurídico penal desarrollen un acercamiento que permita la definición de fórmulas legislativas que posibiliten dar respuestas satisfactorias a la regulación del concurso de delitos sobre los supuestos que han generado discrepancia de opiniones.

Además, en la siguiente conclusión refiere que en los CPs mexicanos también se hace necesario revisar la regulación de la figura del concurso de delitos con el objetivo de buscar su uniformidad a través de una fórmula que posibilite evitar la disparidad entre los criterios de la jurisprudencia y doctrina, con la finalidad de brindar certeza jurídica y seguridad cuando en el caso se realice la concreción de la ley.

Méndez Jerez, José Raúl (1994). Los sistemas de penalización en la dinámica del concurso de delitos (tesis de pregrado). Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala.

El autor opta por incluir en el concurso ideal al delito medio para el delito fin, basando su fundamentación en que no existiendo más que una resolución criminosa, los resultados parciales integrantes de un hecho no tienen fuerza suficiente para ampliar la responsabilidad del sujeto activo. Por otro lado, refiere que el CP de Guatemala contiene algunos tipos con figuras delictivas que incorporan ya otros delitos como absolutamente necesarios para cometer otros, es decir no puede cometerse un delito sin haber mediado otro. Por lo que estos delitos no hacen concurso por el hecho de tener incorporado otro, pero que ello informa sobre la orientación que sigue la ley de ese país.

Por otro lado, refiere que el delito medio para el delito fin dificulta en gran medida la apreciación unitaria pues ya no se habla de un solo hecho si no puede tratarse de varios hechos vinculados todos por una misma resolución criminosa. Razón por la que en estos supuestos de hecho existe mayor grado de dificultad para poder diferenciar el concurso ideal del concurso real de delitos, pues hay casos de unidad de acción que no necesariamente contengan unidad de delitos y en el mismo sentido existen supuestos de hecho en los que la acción no es naturalmente unitaria pero que los mismos tampoco dan lugar a la figura del concurso real. Agregando que un sector de la doctrina consideraba que la inclusión del concurso medial dentro de la teoría del concurso de delitos reviste una amplitud que desborda los límites de las más recientes doctrinas, e incluso muchas de ellas incluso promulgan por la desaparición del concurso ideal de delitos.

Maldonado Mella, Sergio Alberto (2016). Concurso de delitos y problemas de determinación de la pena en las estafas “masivas”: Lecciones de los casos “La Polar”, “Fermex” y “Madoff” frente a la dogmática penal (tesis de pregrado). Universidad de Chile. Santiago, Chile.

El autor concluye refiriendo que:

En el concurso ideal o formal, aquel en que una misma acción es penada por dos o más delitos, se hizo distinción entre el concurso ideal homogéneo y heterogéneo, desarrollando sus particularidades; y en lo que respecta a su tratamiento penal, se debe aplicar lo señalado en el artículo 75, aplicando la pena mayor del delito más grave. En un sentido similar, se desarrolla el concurso medial o material impropio, según el cual un delito es un medio necesario para cometer otro y al cual se le deben aplicar las normas del artículo 75, con un resultado práctico similar al del concurso ideal. (p. 266)

Polar Cadillo, Jorge (2019). Los delitos preterintencionales cualificados por el resultado, y el concurso ideal de delitos (tesis de maestría). Universidad de San Martín de Porres. Lima, Perú.

Durante el desarrollo de la definición de términos básicos utilizados, con relación al concurso medial el autor deja por sentados dos puntos, el primero de ellos referido a que si bien esta figura no se encuentra establecida en el CP peruano, resulta conveniente para los efectos de su investigación precisar su definición; y el segundo donde concluye de plano que en los casos mediales no estamos frente a un supuesto de unidad de acción, ya que existen dos acciones y dos infracciones delictivas claramente diferenciadas, con lo cual el autor estaría

decantándose por la postura del concurso medial como una forma de concurso real.

Peña Castillo, Fabiola (2009). El concurso aparente de leyes en la legislación nicaragüense. Managua, Nicaragua. Revista de derecho de la Universidad Centroamericana. Durante el desarrollo de su investigación, la autora presta atención a la figura del concurso medial precisando:

El concurso medial se ve manifestado cuando uno de los delitos sea medio necesario para cometer otro”. La doctrina mayoritaria se inclina por su entendimiento como un supuesto de concurso real, pero que recibe tratamiento penológico del concurso ideal por sus particularidades. Se argumenta que si se tratara de un supuesto de unidad de hecho su mención expresa sería totalmente superflua y, por tanto, contraria al principio de vigencia. Lo relevante en observar al concurso medial es la dirección final de la voluntad, que va en sentido único, ya que la realización pasa por el empleo de medios necesarios para llevarlo a cabo, dando lugar a una consideración unitaria del actuar a efectos penológicos. Bien se observa en el caso en que un sujeto realiza falsificación de documentos públicos como medio necesario para la comisión del delito de estafa contra una financiera, por ejemplo. (p. 68)

Ramírez Julca, Michael (2020). El concurso medial de delitos y su relación con el delito de peculado. Lima, Perú. Revista Gaceta Penal y Procesal Penal, Gaceta Jurídica S.A.

El autor arriba a la conclusión de que en el concurso medial confluyen dos delitos, los mismos que se encuentran en una relación de medio a fin. Hace la

observación respecto a la connotación “medio”, precisando que esta no se refiere a un orden preestablecido, o que el delito medio tiene que darse siempre previo al delito fin, sino que, objetivamente, el delito fin necesita del delito medio para su perpetración.

Asimismo, invocando el principio de seguridad jurídica, concluye en que resulta importante determinar los medios idóneos para que la ciudadanía pueda confiar en el sistema judicial. Considera el autor que resultaría conveniente que las fiscalías especializadas en corrupción de funcionarios traten a los delitos medios que acontecen en el delito de peculado de manera conexa y bajo los alcances del concurso real de delitos, para que los mismos sean investigados bajo un solo procesamiento.

1.2. Bases Teóricas

En aras de una mejor comprensión del trabajo investigativo que aquí se presenta, relacionado al concurso medial de delitos, conviene exponer los principales tópicos que guardan relación con la misma y que son de necesaria mención. En tal sentido, se han consignado los siguientes:

1.2.1. La unidad de acción o unidad de hecho, como componente diferenciador del concurso de delitos

Previo a realizar el análisis de fondo en relación a este acápite, es preciso señalar que la teoría del concurso de delitos requiere su propio concepto de acción; en tal sentido, las teorías que intentan justificar la unidad o pluralidad de acción para fines de identificación de un concurso, se diferencian tanto del concepto abordado en el derecho penal, específicamente, en lo que refiere al análisis de las teorías que explican el delito, como las teorías que explican la acción. Es decir, el análisis que se desarrolla en este apartado, sólo será posible

siempre y cuando se hubiese identificado plenamente -y cuando menos- la existencia de una conducta pasible de ser atribuida como delito, y hubiese pasado el filtro de los supuestos de ausencia de acción (o ausencia de comportamiento humano).

Ahora bien, para determinar en un supuesto de hecho ante qué tipo de concurso de delitos nos encontramos, es preciso identificar previamente si en el hecho ha existido unidad de acción o unidad de hecho o, en caso contrario, si estamos hablando de una pluralidad de acciones-. Entre ambas terminologías la doctrina se ha pronunciado a efectos de determinar si el hecho prima sobre la acción, o si la acción es preferente al hecho, así, sobre el particular Mir Puig (2016) refiere que:

La terminología “unidad de hecho” tiene la ventaja sobre la “unidad de acción” que permite vincularla a la unidad típica, sin desconocer que el tipo describe a menudo varias “acciones”: toda unidad típica supondrá unidad de hecho, aunque implique en ciertos casos pluralidad de actos típicos. Pero lo único que importa para decidir si existe un concurso real o un concurso ideal, y por tanto si varios delitos se hallan constituidos por varios hechos o por uno solo, es la unidad de hecho, no la de actos.
(p.668)

Es decir, según el autor, la cantidad de delitos que puedan derivar de una determinada conducta será proporcional a la cantidad de hechos que en tal conducta se hubiesen identificado, por lo que no es relevante para este propósito determinar la cantidad de acciones.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la República, citando a Beling (1906) ha enfatizado en que:

Nada fácil resulta a la doctrina la tarea de delimitar cuando existe una sola acción o una pluralidad de ellas, ya que como reiteradamente se ha señalado, el comportamiento humano se presenta como una serie continuada de acciones y omisiones que normalmente se presenta sin cesuras apreciables (Recurso de Nulidad N° 2531-2014-Apurímac, fundamento 2.8).

Como hemos observado, si bien la doctrina y la jurisprudencia toman como punto preferente de atención conceptos diferentes, lo cierto es que en ambos casos importa la valoración que se dé a cada término. Ortega Matezans (2018) refiere que el concepto de acción de la teoría del concurso de delitos es de carácter valorativo. Lo que interesa realmente conocer es cuándo una pluralidad de movimientos corporales puede ser objeto de una valoración unitaria, en consecuencia, esto dependerá fundamentalmente del significado que se desee atribuir a la acción. De esta forma, resulta evidente el problema neurálgico en la teoría concursal, que surge principalmente por determinar indefectiblemente cuándo nos encontramos frente a una misma acción.

Así el tema planteado, cabe precisar que, históricamente se han desarrollado una serie de teorías que intentan delimitar la concurrencia de una o varias acciones en el supuesto de hecho. A nuestra consideración, las principales son:

1.2.1.1. Teoría de la acción natural

Sobre esta teoría, Franz von Liszt (1916), conceptualiza a la acción como la conducta como manifestación de voluntad que es trascendente en el

derecho, puesto que es posible que sus consecuencias sean reputadas al agente al producir un resultado o un cambio en el mundo exterior que se relaciona objetiva -subjektivamente con dicha manifestación de voluntad.

Asimismo, Mezger (1958) refiere que si bien en el derecho penal no existe ninguna unidad natural de la acción que constituya sin más una unidad jurídica de la acción, no debe soslayarse el hecho que también existe siempre una unidad simple de acción en sentido jurídico cuando un solo acto de voluntad es la base de la acción. Esto es, que también el derecho se ajusta a los hechos naturales, evitando el cuestionamiento de que este es ajeno a la experiencia de la vida. Sin embargo, para el autor lo decisivo es el acto de voluntad, excluyendo además las meras reflexiones anímicas que el autor hubiera tenido anteriores al acto, así como las consecuencias del querer –que pudieron ser numerosas y variadas- .

Además, de forma ilustrativa, el Tribunal Supremo Español refiere que:

El concepto de unidad natural de acción concurre cuando los mismos movimientos corporales típicos se reiteran en un mismo espacio y de manera temporalmente próxima (varios puñetazos seguidos configuran un único delito de lesiones y varias penetraciones seguidas un único delito de violación) de manera que para un observador imparcial el hecho puede ser considerado como una misma acción natural, careciendo de sentido alguno descomponerlo en varios actos delictivos (STS 3518/2015, fundamento quinto).

1.2.1.2. Teoría de la acción final o teleológica

Para Welzel (1956) son dos los factores que fundamentan la unidad de acción penal: El factor finalista, que en toda acción dolosa constituye la proposición voluntaria de la meta, y en la acción culposa la evitabilidad finalista – potencial; y el factor normativo, que es el juicio social – jurídico a través de los tipos. Justifica su proposición señalando que:

El nexo creado por la voluntad que se propone el objeto, en el acontecer real, es, sin embargo, solo un presupuesto de la unidad de acción. El que una pluralidad de movimientos corporales constituya un conjunto de acción, depende de la extensión de la proposición voluntativa de la meta y de la relación con la evitabilidad finalista posible. Pero qué sentido de acción y cuántas unidades sociales de sentido están concretadas con este conjunto real que es la meta se determinan de acuerdo con el juicio social-objetivo de ese conjunto determinado por la meta alcanzada que está consignado para el derecho penal en los tipos legales. (p. 216)

En la misma línea Muñoz Conde y García Arán (2010) acogen la teoría final como determinante para resolver los casos límites de unidad de acción. En principio rechazan la identidad entre acción y movimiento corporal y entre acción y resultado, debido a que en sentido jurídico una acción puede contener varios movimientos corporales –por ejemplo, la agresión sexual intimidatoria-. Luego refieren que son los factores final y normativo los que contribuyen a determinar el concepto de unidad de acción. El primero de ellos, definido como la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de

actos físicos aislados; y el segundo, que viene a ser la estructura del tipo en cada caso particular, por lo que aunque exista un solo factor final en el proceso causal, alguno de los actos particulares realizados en forma aislada pueden tener relevancia para distintos tipos delictivos, y en sentido inverso, actos aislados cada uno regido por un factor final distinto, pueden tener relevancia típica únicamente cuando suceden en conjunto.

Por su parte Hurtado Pozo (2005) partiendo de la premisa que el comportamiento humano es un todo fluyente, acota que resulta necesario aislar, separar o recortar una fracción de este todo, del cual se pueda decir qué es una acción. En tal sentido, continúa, un primer factor a tener en consideración es el orden jurídico (normativo) que lo proporciona el legislador a través de los tipos legales. Aunado a ello, se debe tomar en cuenta desde una perspectiva objetiva, la subjetividad del agente y el contexto temporal espacial en que se desarrolla el comportamiento.

En la misma línea, Zaffaroni (2015), luego de rechazar varios criterios que pretenden determinar la unidad de conducta que relegan lo normativo, precisa que lo cierto es que tampoco se puede prescindir de todo dato óptico para demarcar la unidad y pluralidad de la acción. Incide en que en siempre deberá respetarse la estructura lógico-objetiva que vincula al legislador, y reafirma que para que exista una unidad de conducta se necesita una actividad final, o también denominado factor final y que otros autores llaman “unidad natural” o “unidad simple”.

Al respecto, además el Recurso de Nulidad N° 2531-2014-Apurímac, entre otros, señala que:

Para determinar si se está ante un concurso ideal o real. Se sigue la postura de la unidad de acción o pluralidad de acciones, respectivamente. En el presente caso primeramente se debe determinar el contenido del acto de la voluntad del procesado, dado que si este pretende alcanzar con su acción la totalidad de los resultados producidos –es decir, si actúa con dolo directo- y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, desde el punto de vista de la antijuricidad como de la culpabilidad, ante la presencia de varios hechos punibles, se configura el concurso real. (Fundamento 2.10)

Con tal interpretación se advierte que la jurisprudencia nacional, en principio, se estaría decantando por abordar el concepto de la unidad de acción bajo los presupuestos de la teoría finalista.

1.2.1.3. Teoría de la unidad jurídica de Jescheck

Jescheck y Weigend (2014), al respecto, inciden en que no es posible determinar la unidad de conducta tomando en cuenta únicamente su manifestación externa (movimientos unitarios o resultados), limitadas al solo análisis previo a la tipicidad, es decir, solamente a la conducta en sí misma. De esta forma, se concede al tipo un lugar privilegiado y de gran importancia para determinar si existe pluralidad de conducta, o, en otros términos, para conocer si nos encontramos ante una conducta o ante varias no se tiene que recurrir al mismo comportamiento, sino que será el factor normativo o el sentido de los correspondientes tipos legales infringidos, los que establecerán la posible existencia de pluralidad.

1.2.1.4. Teoría de Johannes Wessels

Wessels, Beulke y Satzger (2018), por su parte señalan que:

La conducta penalmente relevante se compone, en la mayoría de las veces de una serie de actos individuales, los cuales constituyen determinadas unidades de sentido social. Esta conexión de sentido jurídico-social determina qué actos individuales externamente separables de un suceso tienen que ser considerados como una unidad de acción o como una pluralidad de acciones (p.535).

En esa línea, para los autores, la unidad de acción puede manifestarse tanto desde la acción única en sentido natural como la acción única en sentido jurídico.

Se trata de una acción en sentido natural “cuando una decisión a actuar se realiza en una manifestación de la voluntad. Ese proceder de la acción siempre representará también jurídicamente una acción” (p.536). Mientras que estaremos ante una acción en sentido jurídico cuando se den los supuestos de unidad típica de acción, esto es “cuando el tipo vincula diversas manifestaciones naturales de voluntad a una de valoración jurídico- social” (p.537), y unidad natural de acción caracterizada por “reunir diversas acciones en sentido natural en una unidad jurídica de acción” (p.540) basada en su relación espacio - temporal.

1.2.1.5. Balance preliminar sobre las teorías de la acción

De acuerdo a las teorías desarrolladas en los párrafos anteriores, es posible verificar que los autores abordados coinciden al descartar el número o cantidad de movimientos que el agente despliega dentro del acontecimiento

delictivo como factor determinante de la existencia de unidad o pluralidad de acción, resultando ello intrascendente. Lo que realmente demarca cuando nos encontramos frente a uno u otro supuesto fáctico son otros factores como el resultado, la finalidad, o la adecuación o no a un tipo penal.

Es preciso hacer hincapié además, en las teorías que mayor recibo han tenido en la doctrina; así, se aprecia que la teoría de la acción natural ha sido desarrollada por el jurista Franz von Liszt, e incluso a nivel jurisprudencial, la sentencia del Tribunal Supremo Español N° 670/2001 de 19 de abril del 2001, en los fundamentos de su decisión, establece que la acción natural determina a la unidad o pluralidad de acción; por su parte, la teoría de la acción final formulada por Hans Welzel, tiene recibo en Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, José Hurtado Pozo y Eugenio Raúl Zaffaroni. En consecuencia, tanto la teoría de la acción natural, como la teoría de la acción final se constituyen en las teorías que mayor recibo han tenido en la doctrina, en cuanto al desarrollo de la teoría concursal respecta.

Asimismo, si bien en forma embrionaria, la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Recurso de Nulidad N° 2531-2014-Apurímac ha tomado posición respecto de los criterios para la determinación de unidad o pluralidad de acciones que preceden al estudio del concurso ideal y real de delitos, de esta forma establece que es preciso determinar tanto la voluntad del agente como la lesión de otros tantos bienes jurídicos; estableciendo así la concurrencia de los dos presupuestos que exige la teoría de la acción final (factor final y factor normativo); con lo que se estaría decantando por esta teoría para dar solución a este tópico.

A nuestra consideración, la teoría de la acción final es aquella que resultaría más satisfactoria para determinar si ante un supuesto de hecho existe unidad o pluralidad de acciones, ya que, entre sus factores de atribución, el factor normativo le otorga el carácter objetivo a su configuración al ceñirse a los supuestos delictivos ya establecidos y preexistentes en una norma sustantiva, que sirven como parámetros para la calificación de la conducta en uno o más hechos delictivos, como consecuencia, en este extremo brinda seguridad jurídica. Por su parte, en relación al factor final, que es el segundo factor dentro de la teoría de la acción final, el intérprete de la norma debe efectuar un juicio de valor para determinar la existencia de una o más actos de voluntad o finalidades del agente en el caso concreto, que serán sustentadas propiamente dentro del proceso penal.

A la par, no debe soslayarse el hecho que la jurisprudencia nacional, en sendos pronunciamientos ha acogido a esta teoría como fundamento para motivar sus decisiones, existiendo a la actualidad un aporte importante desde esta fuente del derecho; y si bien esta teoría también se enfrenta a las críticas que se desarrollan al finalismo dentro de la teoría del delito (probanza del factor anímico dentro de la voluntad y concurso en delitos culposos), consideramos que es la teoría que en mayor medida puede sustentar la unidad o pluralidad de acciones; y que, desde una perspectiva óptica pueden ser justificadas .

1.2.2. La teoría de acción como manifestación de la personalidad

Roxin (1997) señala que también se atribuye al concepto de acción significado como punto de enlace tanto para efectos de tiempo y lugar del hecho como para

efectos de unidad y pluralidad de acciones – o mejor llamada teoría del concurso- las mismas que se ocupan de acciones típicas e incluso punibles, pero que el concepto de acción que desarrolla al ser un concepto general de acción como portador de sistema del delito cumple su papel en ese ámbito. En tal sentido, refiere que las teorías ontológica y teleológica, son insuficientes para dar solución a la totalidad de supuestos de hecho que puedan presentarse, por ejemplo, las manifestaciones imprudentes o las conductas de comisión por omisión. En razón a ello, parte de la idea de acción como manifestación de la personalidad, definiéndola como “Todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción” (p.252). Lo que falta en los supuestos de efectos que únicamente inicien en la esfera corporal o somática o del ámbito material, vital y animal del ser, por lo que, los pensamientos e impulsos de la voluntad si bien pertenecen a la esfera espiritual- anímica de la persona, siempre que se mantengan en el ámbito de lo interno, no son manifestaciones de la personalidad y por ende tampoco acciones. En tal sentido, se aparta del concepto de acción a todo acto meramente físico.

Para el autor, la teoría planteada es normativa por cuanto:

El criterio de la manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo, que es el que cuenta jurídicamente para el examen de acción. También es normativo en la medida en que los terrenos fronterizos atienden a una decisión jurídica correspondiente a esa perspectiva valorativa. Pero no es normativista, ya que acoge en su campo visual la realidad de la vida lo más exactamente posible y es capaz

de considerar en todo momento los últimos conocimientos de la investigación empírica. (p.265)

En tal sentido, podemos advertir que Claus Roxin estudia a la acción desde la óptica del funcionalismo moderado que busca dar sentido y dirección al derecho penal, pensamiento que ha tenido influencia en el estudio de las categorías dogmáticas; y que, en cierta forma también puede ser concebida para explicar los problemas del derecho penal concursal.

Se puede decir entonces, que de acuerdo a esta teoría estaremos ante una acción cuando una sola idea innata atribuible al ser humano como centro anímico espiritual, sea materializada; mientras que, la pluralidad de acciones se presentará cuando existan varias manifestaciones de la personalidad que sean punibles; es decir, cuando se gesten más de una idea y se plasme en la esfera de lo externo.

1.2.3. Naturaleza jurídica del concurso medial de delitos

El concurso medial de delitos, a comparación de otras legislaciones, no se encuentra comprendido en el CP peruano, empero sí ha tenido lugar en su tratamiento en la doctrina nacional e internacional. Es preciso señalar que siempre se ha partido de la premisa básica de que el concurso medial de delitos es una suerte de sub-modalidad concursal dependiente de los concursos de delitos ideal y real. El punto de contraposición radica entonces, en que no hay unanimidad respecto a su naturaleza jurídica, conforme se desarrollará a continuación.

1.2.3.1. El concurso medial como parte del concurso ideal

Córdoba Roda (1972), citado por Cuello Contreras (1979) parte de la premisa que el concurso medial es una modalidad de concurso ideal, que por lo general genera dos grupos de casos:

Bien puede ocurrir que uno de los extremos del nexo, o ambos, este constituido por un delito continuado (serie de falsedades y estafas en concurso individualmente entre sí; concurso de dos delitos continuados: uno de estafa y otro de falsedades, unificados por la común finalidad defraudatoria; serie de falsedades como continuidad delictiva para la estafa unitaria). Bien, en cambio, que el delito medio o el delito fin estén formados por una pluralidad de infracciones (dos falsedades distintas encaminadas a la comisión de una estafa; uso de nombre indebido del artículo 322 una pluralidad de veces para producir varias estafas). (p.66)

Concluyendo que en todos estos casos siempre habrá que estimar un único concurso ideal de delitos. De esta forma, Cuello Contreras también acoge la misma posición, añadiendo que en el primer caso así como en el primer ejemplo del segundo caso, se está ante un supuesto de "Teilidentität" donde las acciones delictivas se superponen al menor en parte, mientras que en el segundo ejemplo del segundo caso el supuesto es de "Verklammerung", donde si bien existen dos delitos que no tienen algún tipo de relación entre sí, se unen por un tercer delito mediante el cual se realiza un acto idéntico de ejecución. Razón por la que concluye estimar estos casos como un concurso ideal.

Siguiendo esta postura, Muñoz Conde y García Arán (2010), al abordar el problema de la determinación de unidad de hecho o unidad de acción, refieren

que el problema se acrecienta dado que en el art. 77.1 del CP además de regular el concurso real propio, también regula el concurso ideal impropio o medial, ejemplificando este último con el supuesto de la falsificación de un documento oficial para cometer la estafa. Luego señalan que, en realidad, en este tipo de concurso no existe un único hecho, existen más bien dos hechos diferenciados perfectamente, sin embargo, debido a la relación teleológica de medio a fin el legislador los equipara al concurso ideal propiamente dicho. Para los autores, al existir una conexión tan íntima como la del medio-fin, no debe considerarse como dos delitos diferentes a todo el complejo delictivo, sino más bien como una unidad delictiva.

En similar sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo Español en la STC N° 4830-1991 del 25 de setiembre de 1991, donde deja por sentado que en los supuestos de hecho en que se advierta una relación medial entre dos o más delitos se trata en realidad de una forma de concurso ideal, la que se origina desde el instante en que el imputado, en perfecta conexión teleológica, originó como consecuencia de su conducta, los dos delitos vinculados por la relación de medio a fin.

1.2.3.2. El concurso medial como parte del concurso real

La mayor parte de la doctrina española ha optado por decantarse sobre este último tipo concursal como un todo que comprende también al concurso medial. En igual sentido, la jurisprudencia ha hecho lo propio. La Segunda Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español, en la STC N° 504-2003 del 02 de abril del 2003, refiere que el concurso medial del Artículo 77 del CP de 1995, lo que realmente regula es un concurso real con los efectos penológicos del concurso

ideal. Sin embargo, líneas abajo concluye que el fundamento de su tratamiento punitivo surge como consecuencia de que en el hecho existe solo una intención delictiva que el legislador trata como una sola acción. A su vez, señala que la mera voluntad del autor no es suficiente para estar frente a un supuesto de concurso medial, sino que se exige que la relación medial sea necesaria, excluyendo así a los supuestos de mera voluntad, conveniencia o mayor facilidad para la comisión del delito, y que esta conexión instrumental sea de carácter objetivo debiendo ser imprescindible en el supuesto de hecho.

Bajo la misma línea, Joshi Hubert (1992) da la razón a la doctrina mayoritaria, en cuanto señala que el concurso medial es en realidad un caso de concurso real tratado más benévolamente, considerando que en estos supuestos claramente hay pluralidad de hechos, sea porque existe más de una acción (coincidencia parcial de acciones), o porque existe más de un resultado material; y pluralidad de delitos (porque se lesiona más de un bien jurídico, o el mismo varias veces).

Asimismo, Mir Puig (2016) opta por considerar al concurso medial como una modalidad particular de concurso real. Señala que la ley no habla de un solo hecho, al contrario, contrapone la relación de medio al fin el caso de un solo hecho que constituyen varios delitos.

En la doctrina nacional, Villavicencio Terreros (2006), señala que el concurso medial se trata de un caso especial de concurso real de delitos, en tanto que al existir una relación de medio a fin se está ante dos delitos: el delito medio y el delito fin, incidiendo además en que nuestro ordenamiento jurídico no recoge una regulación expresa sobre el particular.

1.2.4. La aplicación en supuestos concursales de delitos medio - fin

A través del tiempo, nuestra Corte Suprema de la República ha emitido una serie de pronunciamientos sobre los supuestos de hecho donde convergen dos delitos vinculados por una relación de medio a fin siendo resueltos en diversas formas y atendiendo a diversos fundamentos. A continuación, se muestran algunos de ellos.

El Acuerdo Plenario N° 06-2019/CJ-116, donde se desarrollaron los problemas concursales en los delitos de trata de personas y explotación sexual, alude someramente al concurso medial de delitos, cuando explica que la concurrencia de ambos tipos penales no constituyen un concurso medial en tanto que esta forma de concurrencia delictiva se genera cuando el delito precedente -trata de personas -es un medio necesario para cometer el otro - delito de explotación en cualquiera de sus modalidades -, y que no siempre estos últimos se derivan indefectiblemente de la trata de personas. Luego ejemplifica lo señalado precisando:

Una persona puede haberse iniciado en la actividad de la prostitución voluntaria y posteriormente ser explotada, mediante violencia, amenaza u otro medio. En el caso que el sujeto activo de la explotación sexual retuviese a la víctima mediante cualquiera de los medios calificados para la trata -violencia o amenaza, uso de drogas o alcohol, aislamiento- para explotarla sexualmente, su conducta de retención no es absorbida por la conducta de la explotación sexual. El uso de los medios para evitar que la víctima se vaya es diferente al uso de los medios para explotarla.

(Acuerdo Plenario N° 06-2019/CJ-116, Fundamento 25)

Con lo cual se advertiría, el primer acercamiento jurisprudencial para dar una conceptualización del concurso medial, donde concluye que, en los supuestos de hecho planteados, se estaría ante un concurso real de delitos.

Por su parte, en el Recurso de Nulidad N° 221-2001-Puno, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, manifiesta que en sentencia anterior se resolvió condenar a los procesados por la comisión del delito Contra la Fe Pública - en la modalidad de uso de documento falso y falsificación de sellos -, empero, para la Corte Suprema debió tomarse en cuenta que la comisión de la falsificación documentaria constituye el medio para consumar el delito de Peculado (delito fin), lo que desde su perspectiva genera un concurso ideal de delitos. De esta manera se verifica que el referido recurso de nulidad, en el supuesto de hecho de concurrencia de un delito usado como medio para la comisión de un delito fin (uso de documento falso – peculado) se inclina por señalar que viene a ser una forma de concurso ideal de acuerdo al artículo 48 del CP.

En el Recurso de Nulidad N° 2414-2010-Lima, dirigida contra la resolución superior que por mayoría declaró extinguida la acción penal al haber prescrito la acción penal en favor de los procesados Marco Antonio Carlín Castillo y Félix Alberto Espinoza Ballón, a quienes se les atribuyó la comisión del delito de uso de documento privado falsificado; señaló que:

Que, siendo ello así, se advierte que las conductas anotadas en el considerando anterior son de naturaleza y finalidad distintas y realizadas en periodos diferentes, por cuanto, el delito de colusión desleal imputado a los encausados Carlín Castillo y Espinoza Ballón tiene como sustento fáctico sus colaboraciones con funcionarios de Petroperú Sociedad

Anónima, en la irregular contratación de una empresa privada que prestaba servicios de selección de personal, lo cual habría resultado perjudicial para el Estado; mientras que el delito de uso de documento falsificado que se les atribuye, se basa en que con documentación privada falsificada habrían acreditado estudios o experiencia laboral que no ostentaban para sustentar sus currículum vitae y acceder a una plaza de trabajo relacionada con la mencionada empresa del Estado, lo cual resultaría perjudicial tanto para el Estado como para particulares; en consecuencia, nos encontramos ante un concurso real de delitos, esto es, cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, conforme a lo previsto en el artículo cincuenta del Código Penal. (Fundamento cuarto)

Con lo cual, la Corte Suprema de Justicia de la República se pronuncia tomando en cuenta, además de la finalidad de los agentes, el alcance temporal en que se cometió un delito respecto del otro, como un elemento adicional determinante del concurso real.

Además, en el Recurso de Nulidad N° 1558-2018 Lima Norte, cuyo hecho imputado por la Fiscalía alude a la interceptación violenta de un vehículo por parte de los acusados, para posteriormente maniatar y reducir al conductor, trasladar el vehículo a un lugar diferente de su destino y descargar a mercadería que tenía en la tolva. El encausado cuestionó la condena por los delitos de secuestro y robo agravado, por lo que la Sala Penal Permanente se pronunció señalando que en el caso concreto el delito de secuestro no podría ser considerado como una conducta medial para sustraer los bienes, debido a que no resultaba necesario privar al conductor de su libertad. Y efectúa un aporte al

señalar que la conducta medial lo será en tanto sirva para obtener un fin temporal y no afecte bienes jurídicos superiores a los del delito fin.

Por su parte, en el Recurso de Nulidad N° 1010-2020 Lima, el colegiado consideró que en el supuesto de hecho donde el agente hubiese utilizado cheques falsificados para luego ser cobrados ante las correspondientes entidades bancarias, nos encontraríamos frente a un supuesto de concurso ideal de delitos, en tanto concurrirían los supuestos legales que la configuran: **a)** Unidad de acción, por cuanto los delitos sindicados se manifestaron cuando el acusado concurrió a la entidad bancaria para hacer efectivo el cobro de los cheques, **b)** Pluralidad de tipos legales realizados, en tanto que en el acto de presentar en la ventanilla del banco dichos cheques falsos se consumó el delito de uso de documento público falso, ya que la configuración del delito de estafa comienza desde el instante en que son presentados los cheques para su cobro, sabiendo que estos son falsos, induciendo además a error a los trabajadores de la entidad bancaria, con lo cual se consigue el pago del cheque en dinero, consumando así la estafa y generando un perjuicio a los agraviados; y, **c)** Unidad de autor, dado que la participación es exclusivamente del procesado a título de autor.

A la vez, en la reciente sentencia de Casación N° 1204-2019-Arequipa de 7 de febrero del 2022, se abordó como punto central de cuestión, el determinar si en el supuesto de hecho en que el sujeto activo portaba un arma de fuego sin contar con las licencias respectivas, y conjuntamente con sus coimputados, efectuaban un seguimiento a los agraviados estando en posesión de las indicadas armas, convergería un concurso ideal de delitos y si en cambio se trataba de un concurso aparente de Leyes, concluyendo que en este supuesto de hecho en

realidad se trataría de un concurso aparente, dado que si bien el imputado tenía un arma de fuego, y que en apariencia podría ser constitutivo del delito de tenencia ilegal de armas, empero, dicha posesión se debía al marcaje de sus víctimas, quienes iban a realizar el retiro de un monto dinerario de una agencia bancaria. El investigado contaba con el arma de fuego como instrumento idóneo para la materialización del delito de marcaje. En base a ello, prosigue, se trata de un solo hecho histórico en tiempo y espacio que, evidencia sin duda el tipo penal de marcaje. La tenencia del arma de fuego, no solo es parte conformante del supuesto de hecho integrado en la conformación típica del hecho punible, sino que además forma parte de la resolución criminal, representando un todo unitario —unidad de acciones naturales—, que puede ser subsumido, como no, en el delito de marcaje, con base en el principio de consunción dado que al incluir un tipo penal el desvalor que otro supone, el primero desplaza al segundo. Continúa refiriendo que resulta imposible que se configure el delito de tenencia ilegal de armas como injusto penal autónomo, por cuanto en el delito de marcaje o reglaje se ha contemplado la totalidad del desvalor del hecho,

En el afán de esclarecer el punto en cuestión, la doctrina también ha ejemplificado supuestos que resultan merecedores de atención. Arce Aggeo (1996) por su parte, estudia una serie de supuestos de hecho que denomina casos particulares de relaciones entre figuras. En primer lugar desarrolla la relación entre la figura de estafa y la de uso de documento falso, concluyendo que si bien en estos casos mayoritariamente se ha desarrollado el criterio de la teoría de medio-fin para poder calificar la hipótesis como concurso ideal, lo cierto es que el uso del instrumento falso vendría a ser parte del ardid que constituye típicamente el delito de estafa, por lo que nos encontraríamos frente a un

concurso aparente de leyes o en todo caso – siendo la respuesta más sólida para el autor- existirían claramente dos voluntades creadoras de dos supuestos fácticos diferentes con sus respectivos tipos penales donde se encuadran ya que el uso de documento falso, de por sí cierra el desvalor normativo para ser considerado como un hecho aislado. Por tanto, se estaría frente a una pluralidad de hechos.

En segundo lugar, aborda la relación entre la figura de estafa y la falsificación de documentos, y señala que la solución es la misma que la de estafa y uso de documento falso. Cita al CNCrim FED., Sala II, 23/10/78 que señala:

Si el delincuente no se ha echado atrás frente a la doble consecuencia criminosa, no vacilando en ejecutar su designio -falsificación e intento de estafa en el caso- debe concluirse que no solo 'ha querido' lo que ha hecho, sino que lo ha querido hacer precisamente mediante la violación de una nueva figura penal; de tal manera sí a su mayor perversidad de ánimo corresponden múltiples lesiones jurídicas, cada una en sí misma voluntaria, sí múltiple es el perjuicio producido y querido, si el daño inmediato es mayor, porque más profunda es la perturbación, más viva la preocupación social, no hay razón que justifique la conclusión de que el delito es único (pp. 202-204).

En tercer lugar, sobre la relación entre la figura de hurto simple y la violación de domicilio simple concluye que no se está frente a un supuesto de concurso aparente de normas, en tanto la estructura de los tipos penales determinan que de tratan de hechos completamente independientes. Por lo que se estaría frente a un supuesto de concurso real debido a que las dos conductas están

perfectamente separadas, y adecuadas a dos tipos neutrales sin relación de tipos.

Por último, describe la relación entre las figuras de robo y lesiones, partiendo que si las lesiones son de mayor entidad ello se encuentra ya resuelto en la agravante contemplada en el art. 166, inc. 1 del CP. Mientras que, en el supuesto de violencia que constituye el propio apoderamiento, es un elemento más del tipo penal de robo, existiendo por tanto claramente un concurso aparente de leyes por especialidad contingente.

1.2.5. Los límites entre el concurso de delitos y el concurso aparente

Dos son los tópicos principales que aborda la teoría concursal y que se encuentran vinculados entre sí. Por un lado, el concurso de delitos, que abarca los supuestos de pluralidad delictiva. Por el otro, la teoría del concurso aparente de leyes, de cuyo nombre puede desprenderse que sólo en apariencia existen varios delitos, siendo en estos casos aplicable un único tipo al supuesto de hecho. Es preciso tener claridad entre ambos conceptos porque sus consecuencias jurídicas son opuestas. Mientras que en el concurso de delitos se aplica una pena por cuantos delitos se hayan cometido, de acuerdo con las fórmulas concursales y dependiendo del tipo de concurso que se trate (real o ideal), en el concurso aparente se tendrá en consideración al tipo preferente por encontrarse la conducta del autor abarcada en un solo tipo penal. En tal sentido, la jurisprudencia nacional, ha resuelto una serie de casos que dejan entrever la posición que adopta para esclarecer los límites entre el concurso de delitos y el concurso aparente.

En la Casación N° 1020-2017-Lima, se discutió el supuesto de hecho en que el encausado, pese a no tener licencia para portar armas, el día de los hechos portaba un arma de fuego, con la que disparó a los dos agraviados, causándole lesiones a ambos, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, concluyó que el procesado efectuó dos acciones en momentos diferentes, la primera acción fue la de portar el arma y la segunda al realizar los disparos con la finalidad de matar a las víctimas; en otras palabras existió pluralidad de acciones correspondientes cada una a un delito diferente, cómo es el de tenencia ilegal de armas -delito de peligro abstracto- y el de homicidio en grado de tentativa -delito de lesión-. Por lo que se estaría frente a un concurso real de delitos y no un concurso aparente de leyes, en tanto que las conductas del encausado no implicaron una unidad de acciones, sino más bien una pluralidad de acciones en sentido jurídico penal. Descartando la solución del supuesto de hecho bajo el criterio de consunción del concurso aparente, dado que este no puede ser aplicado en tanto el delito acompañante queda fuera del decurso regular del acontecimiento y presenta un contenido propio del injusto. En tal sentido, con relación a la tenencia ilegal de un arma, para la posterior comisión del homicidio (que quedó en grado de tentativa), concluye la Sala que estamos frente a un concurso real.

Por su parte, en el Recurso de Nulidad N° 743-2018-Lima, se ventiló el supuesto de hecho en que los acusados habrían cometido en primer lugar, un delito informático al ingresar en forma indebida a los sistemas de conductores del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y usar el usuario y contraseña que les fueron otorgados y constituía información privilegiada, para el desempeño de sus labores, alterando los datos en los indicados sistemas, obteniendo a cambio

un beneficio económico, y en segundo lugar habrían cometido el delito de falsedad genérica, al haber registrado información falsa en uno de los sistemas, consistente en modificar los requisitos exigidos (tales como el examen de manejo y/o examen médico) para obtener y re categorizar los brevets; concluyendo la Sala en que sólo existe un supuesto de hecho, y por tanto un concurso aparente de normas penales, ya que, conforme lo redactado en el tipo penal de atentado contra la integridad de datos informáticos este se compone de una pluralidad de verbos rectores como introducir, borrar, deteriorar, alterar y/o suprimir datos informáticos falsos, por lo que el hecho se configura cuando se desarrolla alguno de estos verbos, supuesto que a su vez habría sido atribuido a los procesados al configurarse los elementos objetivos del delito de falsedad genérica; en consecuencia, aplicando el principio de especialidad, no podría atribuirse a los acusados conductas disimiles en relación al mismo hecho que se adecúa típicamente, por especialidad en el delito informático. Siendo resuelto referido caso bajo el presupuesto de teoría del concurso aparente.

1.2.6. La determinación judicial de la penal y consecuencia jurídica del concurso medial en el derecho comparado

La finalidad de la teoría concursal está dirigida a la determinación de la pena que el legislador ha optado por asignarle, de acuerdo al tipo de concurso del que se trate. En ese sentido, se ha advertido que la consecuencia jurídica derivada de la concurrencia de un supuesto de hecho que contenga los caracteres del concurso medial ha tenido un tratamiento en la legislación comparada, que la comprende como un supuesto concursal, si bien no independiente, pero tan particular y concurrente que le ha dado un tratamiento penológico distinto.

El CP Español de 1995, en el numeral 3 de su artículo 77 refiere que en los casos en que un delito sea medio necesario para cometer otro:

Se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos.

Establece además que dentro de estos límites corresponde al órgano jurisdiccional individualizar la pena conforme a los parámetros establecidos en el artículo 66 sobre las reglas para la determinación de la pena frente a la concurrencia de atenuantes y/o agravantes. Por último, refiere que la pena impuesta no podrá exceder los límites de duración previstos en el artículo 76.

Por su parte El CP Nicaragüense de 1974 en su artículo 85 establece que:

Para el concurso real y medial, se aplicará la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, sin que pueda exceder de la que represente la suma de la que correspondería aplicar si las infracciones se penaran por separado

De lo que es posible resaltar el criterio del legislador para tratar en forma igualitaria a estos dos tipos concursales.

El CP Chileno de 1874 contrario a la legislación anteriormente tratada, regula en su artículo 75, que en los supuestos donde un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro, sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave. Equiparando al concurso medial con las mismas consecuencias penológicas que las del concurso ideal.

Siguiendo esa línea, el CP de El Salvador de 1997 en su artículo 40 señala que “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 sí”. Y más adelante, en su artículo 70 establece que la consecuencia jurídica aplicable equivale a la pena que correspondería por el delito más grave, aumentada hasta en una tercera parte, a excepción de los supuestos de concurrencia de delitos que tengan el mismo máximo de pena, donde deja a discrecionalidad del juez determinar cuál de los delitos merezca mayor pena, debiendo aumentar hasta en una tercera parte, y a excepción del supuesto en que resultare más favorable al reo la imposición de todas las penas correspondientes a los delitos en concurso, conforme la determinación que se haga de las mismas.

1.2.7. La subsunción de la conducta punible ¿Concurso aparente de leyes o concurso de delitos?

Una tarea ciertamente compleja, resulta determinar en algunos casos de especiales particularidades si nos encontramos ante un concurso aparente de leyes, o si realmente el supuesto de hecho debe ser tratado bajo la concurrencia de más de un tipo penal. Para tal efecto, es preciso partir por identificar las diferencias entre el concurso de leyes y el concurso de delitos.

Al respecto Paredes Vargas (2010) refiriéndose al concurso de delitos, precisa que los conceptos concursales conciernen a la teoría de las consecuencias jurídicas y a la teoría del tipo, por tanto correspondería efectuar un estudio separado de ambas. Señala que, por un lado, el concurso se incluirá al final de la teoría del delito (y no la teoría de las fuentes) en tanto que, culminado el análisis de las categorías del delito se deberá decidir si el sujeto responde de

una o varias infracciones penales, y si en la pluralidad de infracciones se halla una relación de medio a fin. Así, concluye señalando que:

Desde la perspectiva del supuesto de hecho de las normas concursales el concurso se sitúa al final de la teoría jurídica del delito. Por otro lado, en atención a la consecuencia jurídica prevista para cada modalidad concursal (distinta de la prevista en cada uno de los preceptos individualmente considerados), es en la teoría de las consecuencias jurídicas del delito donde habría que analizar las reglas penológicas concretas. (p.57)

En lo que respecta al concurso de leyes penales, refiere que esto debe ser lo primero en constatarse; tomando en cuenta el esquema lógico que se describe a continuación: “Si estamos ante un comportamiento que puede ser calificado por distintos preceptos, hay que deducir si se aplican todos o sólo uno de los preceptos y, en esta segunda hipótesis, determinar cuál es”. (p.57)

Este planteamiento, a decir del autor, demanda, en primer lugar, dilucidar el principio o principios jurídicos que son fundamentos del concurso aparente y que imposibilitan aplicar conjuntamente las normas en concurso. Y, en segundo lugar, explicar los criterios de acuerdo a los que se identifica la norma a aplicar definitivamente y su prevalencia frente a las otras.

En ese sentido, se aprecia que las diferencias entre concurso de leyes y concurso de delitos, aparecen en primer lugar, porque en el caso del concurso de delitos, existe una pluralidad de delitos derivados de una o más acciones, mientras que, en el concurso aparente de leyes, en teoría concurre más de un tipo penal para ser aplicado al supuesto de hecho. Luego, además, tal como lo

indica el autor, se diferencian por su ubicación al momento de efectuar el análisis del hecho punible. Esto es así, no obstante que, si bien en el CP peruano no se encuentran desarrollados los principios de solución al concurso aparente de normas, sí lo están en la jurisprudencia y doctrina nacionales.

1.2.8. Aspectos problemáticos en el concurso medial de delitos

Como en todo el ámbito de la teoría concursal, también es posible evidenciar que dentro del tópico concerniente al concurso medial han surgido una serie de aspectos sobre los cuales la doctrina no ha adoptado una postura uniforme, lo que ha creado puntos en conflicto cuando se aborda el tema del concurso medial.

En principio, y como se ha desarrollado en párrafos anteriores, la naturaleza jurídica del concurso medial es hasta ahora un tema sobre el cual los estudiosos del derecho tienen respuestas disímiles. Mientras algunos consideran que se trata de un tipo de concurso ideal dada la íntima conexión teleológica entre el delito medio y delito fin, lo que equivaldría a una unidad delictiva, otros consideran que en realidad estamos frente a un concurso real con un tratamiento punitivo más benévolo, puesto que existen dos hechos completamente diferenciados entre sí. Y si bien la doctrina mayoritaria se ha decantado por esta última postura, lo cierto es que hasta la actualidad no es unánime.

Por otro lado, surge una segunda interrogante cuando se trata de determinar qué es lo que realmente debe entenderse como medio necesario, que exige el concurso medial para su configuración. Por un lado, en sentido absoluto, la relación medial exige una conexión imprescindible entre delito medio y delito fin, excluyendo a la voluntad, mera conveniencia o mayor facilidad para la comisión del delito; mientras que, por otro lado, en cuanto al tratamiento relativo de la

necesidad medial, si bien, también se precisa de la existencia de un delito-medio para concretizar el delito-fin, sin embargo, cabe la posibilidad de que este último se realice por otros medios igualmente satisfactorios. La adopción de una u otra postura, traerán como consecuencia una valoración diferente en cuanto al tipo concursal aplicable. En el primer supuesto, es evidente que los supuestos de aplicación del concurso medial serán mucho más limitados, dejando solo un margen de acción para los supuestos de necesidad estricta, mientras que aquellos supuestos en que no se cumple esta exigencia el tratamiento será condicionado bajo los alcances del concurso real o ideal según corresponda. Y, al contrario, si tomamos en cuenta el sentido relativo, serán mayores los supuestos de concurrencia de relaciones mediales.

Otro punto en cuestión, surge también al delimitar los márgenes de aplicación del concurso medial con las del concurso aparente de leyes, específicamente con las del principio de consunción. Ello es así, debido a que, como refiere García Caveró (2019) el principio de consunción se aplica en aquellos casos en que la pena establecida abarca el supuesto fáctico de otra ley penal, al tratarse actos vinculados al delito, que si bien pueden configurar por sí mismos un delito distinto, se consideran abarcados por la pena establecida para el delito central. Y, por otro lado, ya se ha visto que en los supuestos de concurso medial convergen dos delitos (delito-medio y delito-fin) bajo una relación de necesidad entre uno y otro. Dada la cercanía conceptual que encierran ambos tópicos, es muy probable que existan supuestos de hecho en los que aparentemente podrían converger tanto concurso aparente de leyes, como el concurso medial, para dar solución al conflicto; a la par, también es evidente que a asunción de

una u otra postura conducirá a una distinta determinación de la pena, que, según sea el caso, será más o menos favorable para el agente.

1.2.9. El concurso medial y el conflicto con los principios de legalidad, proporcionalidad y seguridad jurídica

Siendo un tópico que forma parte de la teoría concursal, el concurso medial también encuentra sus facultades y límites al ser armonizadas con los principios del derecho penal aplicables a esta figura – legalidad, proporcionalidad y seguridad jurídica- por lo que, su no aplicación devendría en la vulneración de estos principios y la consecuente materialización de consecuencias jurídicas erróneas. A la par, es cierto que el concurso medial también podría encontrarse en conflicto con los principios ya mencionados.

En relación al principio de legalidad, el concurso medial podría entrar en conflicto en tanto que su contenido se centra en el uso del elemento normativo “medio necesario” siendo la característica fundamental que llena de sentido el precepto legal, surgiría entonces el cuestionamiento de qué es lo que el legislador intenta comunicar cuando alude a la necesidad del delito medio. En ese sentido, el aplicador de la norma podría efectuar de la misma una interpretación cerrada, dejando solo abierta la posibilidad a ciertos casos en los que la figura sea evidente y por otro lado se podría dar una interpretación amplificada de este término y como consecuencia se caería en el error al considerar supuestos del concurso ideal abarcados por el concurso medial o incluso supuestos en que sea aplicable el concurso aparente de leyes, sobre todo en los que refiere a los supuestos de consunción. Es cierto que la decisión jurídica puede ser deducida

de la ley mediante un procedimiento lógico, pero este debe tener relación con lo que el legislador ha intentado regular.

Por otro lado, el fin de la incorporación del concurso medial en el Código penal peruano, es el de fijar una pena específica, dada la condición especial de medio-fin entre dos delitos; sin embargo, al considerar un sola pena para dos hechos punibles que podrían merecer penas independientes, se estaría ante la vulneración del principio de proporcionalidad, en el considerando que todo delito debe tener una pena (*quot delicta tot poenae*), lo que traería como consecuencia el dejar sin punición aquellos comportamientos que merece una mayor reacción penal; además, el artículo correspondiente al concurso ideal, preceptúa como pena a imponer la del delito más grave que puede incrementarse hasta en una cuarta parte, mientras que, en el concurso real se aplica la sumatoria de penas de los delitos concurrentes; si se optara por la incorporación del concurso medial en el ordenamiento jurídico peruano, resultaría de suma importancia delimitar un *quantum* penológico acorde con su naturaleza, a fin de que las penas no excedan a las que puedan imponerse con el concurso real, pero que tampoco sean menores a las que se debieran imponer aplicando la pena del concurso ideal; ello obedece a que debe existir correspondencia entre las especiales características del concurso medial y la pena, a fin de considerar como proporcional la sanción a imponer.

Sobre el particular, somos de la posición de que sí es posible fijar una pena para los supuestos de concurso medial de delitos, que pueda satisfacer la necesidad de punición en la medida tal que con ella se obtenga el castigo por cada delito cometido, pero que a su vez no sobrepase en la dimensión del injusto; lo que sólo sería posible determinando una pena que pueda ser ubicada entre los

límites de los concursos real e ideal, que actualmente se encuentran prescritos en el CP; ello, en tanto que la existencia de la relación medio – fin justifica su tratamiento punitivo diferenciado .

Por su parte, es cierto también que, con la regulación del concurso medial en el ordenamiento jurídico peruano, se otorga la garantía de seguridad a los administrados, puesto que, cuando se presenten este tipo de casos, las decisiones judiciales ya no se inclinarían por resolver el supuesto en cuestión bajo los alcances – en algunos casos- del concurso real o – en otros casos- del concurso ideal. Entonces, a la incorporación del concurso medial, se gestará predictibilidad y certeza en el derecho para estos casos.

1.2.10. Balance preliminar de la necesidad del concurso medial en el ordenamiento jurídico peruano

Llegados a este punto, es posible concluir en primer término que en la jurisprudencia nacional se han resuelto casos similares en los que se presentarían supuestos en los que se habrían cometido delitos medio para consecuentemente culminar en la realización de un delito fin; en estos casos los jueces algunas veces han apelado a la teoría concursal - dentro de la cual también se ha optado por considerar a la conducta bien como tipo de concurso real o bien como forma de concurso ideal - y en otros, a la teoría del concurso aparente. Es decir, a la actualidad existen opiniones jurisdiccionales disonantes en este extremo.

Esta falta de uniformidad de criterios, trae como resultado directo que el juez aplique penas diferentes en cada supuesto de hecho que ante su judicatura de

ventilen, según sea el tipo concursal bajo el que se ha dado tratamiento, o según se haya considerado al supuesto de hecho como una sola infracción penal (concurso aparente)

Ahora bien, efectuando un balance preliminar sobre la necesidad del concurso medial en el ordenamiento jurídico peruano, *a priori*, corresponde verificar cuáles serían los beneficios de ser regulada en ordenamiento jurídico peruano, y en sentido contrario, identificar los extremos en contra de este postulado.

En lo que respecta a las ventajas de regular la figura del concurso medial en el ordenamiento jurídico peruano, en primer lugar se tiene la finalidad de brindar certeza jurídica para adecuar el hecho al tipo concursal. Los artículos 48 y 50 del código penal, regulan el concurso ideal y el concurso real de delitos respectivamente, conforme la regulación de estos dispositivos, estaremos frente al primer supuesto cuando *varias disposiciones sean aplicables al mismo hecho*, mientras que estaremos en el segundo cuando *concurran varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes*.

Ambas figuras concursales se distinguen porque en el caso del concurso ideal existe una sola acción con varios resultados, mientras que en el concurso real son varias acciones con otros tantos resultados. Y, sobre este respecto, hemos concluido anteriormente precisando que la concepción finalista de la unidad de acción sería la más satisfactoria para determinar si en un hecho se ha desplegado una o varias acciones, teoría que incluso ha sido bien recibida por la jurisprudencia nacional. Por tanto, estaremos frente a un único hecho cuando exista unidad de resolución en el agente, cuyos factores determinantes vendrían

a ser dos: a) la proposición de un fin, esto es, que los actos estén encaminados voluntariamente a un acontecer y; (en especial), b) el factor normativo. En tal sentido, unidad de hecho también será unidad de conducta en sentido biológico o fisiológico, constituido por uno o varios movimientos abarcados por un plan común, unidad de resolución, de fin último (factor final); más, unidad a los efectos de prohibición, que únicamente puede dársele el tipo, es decir, la actividad final que el tipo considera de forma unitaria (factor normativo).

Dicho ello, en el concurso medial, nos encontramos con que los actos están encaminados a un solo acontecer, que es la comisión del delito fin; pero que existe pluralidad de los efectos de prohibición, dada la concurrencia de dos tipos penales que no pueden ser tratados como supuestos de concurso aparente, es decir existiría un solo factor final, pero dos factores normativos. Por lo que no estaríamos frente a un supuesto de unidad de hecho o unidad de acción al no concurrir este último requerimiento. Un ejemplo de ello, podría darse en el caso del Alcalde de una municipalidad que se apropia de fondos públicos, para lo cual falsifica planillas.

Por otro lado, cabría la posibilidad de que, al existir una pluralidad de hechos, nos encontremos con que el concurso medial pueda ser considerado como un tipo de concurso real; sin embargo, no debemos soslayar lo preceptuado en el artículo 50 del Código Penal peruano de 1991, que prescribe: “*Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes*”. De ello se desprende que, para el concurso real se precisa que no exista interconexión entre uno y otro delito, siendo esta la contracara del

concurso medial, donde la nota característica para su concurrencia radica en que uno de los delitos sea un medio necesario para la comisión del otro.

En tal sentido, el concurso medial de delitos no cumpliría objetivamente con las características del concurso ideal ni del concurso real, en el primer supuesto porque no existiría unidad de hecho; mientras que en el segundo supuesto no existiría independencia delictiva, tal como lo requiere cada modalidad de concurso respectivamente; en conclusión, tanto el concurso real como el concurso ideal resultan ser modalidades concursales insuficientes para ser aplicables a los supuestos de hecho donde se hayan cometido delitos-medio y delitos-fin. Estas particularidades del concurso medial hacen entrever que se trata de un tipo de concurso que ameritaría tener un tratamiento indistinto tanto del concurso ideal, al no existir unidad de acción (sino más bien pluralidad), como del concurso real, por no existir independencia en los delitos (sino interdependencia). En ese sentido, se evidencia que resultaría necesaria la introducción del concurso medial como fórmula concursal independiente.

Por otro lado, es cierto también que, con su incorporación, se otorgaría un margen de discrecionalidad y certeza jurídica para aplicar la pena, por lo que el juez contaría con la norma adecuada al supuesto de hecho para su aplicación. Asimismo, también contendría el *quantum* penológico delimitado en el dispositivo normativo, para ser aplicado. Es de apreciar que en el derecho comparado, por la propia naturaleza del concurso medial - de delitos estrechamente vinculados por la conexión teleológica entre sí-, generalmente la pena se ubica cuantitativamente entre el concurso real e ideal; siendo ello además la muestra más evidente de cumplimiento del principio de proporcionalidad de las penas.

Por su parte, en lo que refiere a los puntos en contra de la regulación del concurso medial en el ordenamiento jurídico peruano, se centrarían fundamentalmente en la discusión que generaría posteriormente en relación a lo que debería entenderse como *medio necesario*, como elemento normativo conformante de la fórmula concursal. Ello, evidentemente traería como consecuencia una interpretación disonante del termino al momento de adecuar el supuesto de hecho; sin embargo, esto suele ocurrir con la mayor parte de elementos normativos de los tipos penales, dado que, por lo general, existe indeterminación sobre su contenido; ante ello, para evitar relativismos jurídicos, consideramos que la necesidad medial debe ser interpretada en sentido absoluto; esto es, que se exige una conexión imprescindible entre delito medio y delito fin, de tal forma que se excluirían del supuesto concursal aquellas conductas en la que se utilice el delito medio para facilitar la comisión del delito fin, sino que, sólo podrían ser considerados delitos en concurso medial cuando en el supuesto de hecho se dé la indispensable concurrencia del delito medio para lograr la conducta final; esto se determinaría a través de la valoración de las circunstancias y los elementos externos que configuren el hecho punible.

En ese sentido, en principio queda claro que la incorporación del concurso medial, si bien podría acarrear consigo una consecuencia desfavorable, lo cierto que las cuestiones en favor de la misma resultarían satisfactorias, por tanto sí resultaría necesaria su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico a fin de dar solución a los supuestos de hecho donde exista un delito medio y un delito fin.

De lo anteriormente señalado, es posible también plantear a priori una propuesta tanto sobre los presupuestos objetivos del concurso medial de delitos, como la

consecuencia jurídica del mismo. Respecto a los presupuestos objetivos, resultaría preciso en primer lugar, la concurrencia de dos o más delitos (determinados a través de la teoría de la unidad de acción final) atribuibles al supuesto de hecho y sobre los cuales no medie un concurso aparente de leyes; en segundo lugar, que se verifique la condición medial para la consecución de un fin, esto es, la existencia de un delito-medio y un delito-fin; y, en tercer lugar, que en todo momento la relación entre ambos tipos penales sea la de interconexión por tratarse el primero de un medio necesario, descartando aquellas conductas delictivas destinadas a facilitar o realizar actos prescindibles en la comisión del delito fin.

En relación a la consecuencia jurídica para el concurso medial, debemos tomar en cuenta los principios que regulan la teoría concursal, así como el grado de afectación a los bienes jurídicos; en tal sentido consideramos que la determinación de la pena para esta figura concursal debería encontrarse entre los márgenes del concurso ideal como del concurso real; es decir, como mínimo la pena superior a la que hubiere correspondido por el delito más grave, siendo su límite la suma de las penas que se hubiesen impuesto de manera separada por cada uno de los delitos. La misma que deberá respetar los límites previstos en artículo 29 del CP peruano, en relación a que la pena privativa de libertad temporal tiene como duración mínima de dos días y máxima de 35 años.

1.3. Definiciones conceptuales

Para tener una mayor aproximación sobre los alcances y límites de la presente investigación relacionada al concurso medial y su regulación en el ordenamiento

jurídico peruano, resulta imprescindible desarrollar los conceptos de los enunciados que a continuación se detallan.

1.3.1. La teoría del concurso

Sobre el particular, Mezger (1958), señala que:

La teoría del concurso se ocupa de la pluralidad de enjuiciamientos jurídico-penales frente a un solo hecho punible, y de la pluralidad de hechos punibles. Mientras que en la participación interviene una pluralidad de personas en un solo hecho punible, en el concurso se mantiene la unidad de la persona del autor, pero existe o bien una pluralidad de enjuiciamientos jurídico-penales frente a un solo hecho punible del autor, o bien una pluralidad de hechos punibles que esta persona ha cometido. (p.325)

Asimismo, señala que la teoría del concurso se ocupa tanto de la estructura del hecho punible y de los hechos punibles como tales, como de las consecuencias de este hecho punible, o en otras palabras, de la pena en sentido amplio. Por consiguiente, se ubica entre la teoría del hecho punible y la teoría de la pena.

En la misma línea, Hurtado Pozo (2005) entiende que existen símiles entre el concurso ideal, concurso aparente de leyes y concurso real de delitos. Señala pues, que elemento común entre el concurso aparente de leyes y el concurso ideal es la unidad de acción. Y para diferenciarlos se tendrá en cuenta que en el concurso aparente existe tipicidad única, mientras que en el concurso ideal la tipicidad es plural. Por su parte, el concurso real de delitos se caracterizará por la pluralidad de acciones y delitos, conforme se desarrolla a continuación.

1.3.1.1. El concurso real de delitos

El concurso real de delitos se encuentra establecido en el art. 50 del CP, y a su tenor debe entenderse que sucede cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes.

Villavicencio Terreros (2006), refiere que se produce un concurso real de delitos cuando un mismo autor con una pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos, caracterizándose por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal.

Por su parte, en el Acuerdo Plenario N° 04-2009/CJ-116 se estableció que, para que exista un concurso real de delitos, deberán concurrir requisitos y presupuestos, a saber: 1. Pluralidad de acciones, 2. Pluralidad de delitos independientes. 3. Unidad de autor. A su vez, refiere que el concurso real tiene dos formas, homogénea y heterogénea, explicándolas como se detalla a continuación:

El concurso real es homogéneo si la pluralidad de delitos cometidos corresponden a una misma especie; por ejemplo, cuando en diversas ocasiones y de modo independiente se cometieron varios robos. El concurso real es heterogéneo cuando los delitos realizados por el mismo autor constituyen infracciones de distinta especie, es decir, si en distintas oportunidades se cometieron un hurto, lesiones y una falsificación de documentos. (Fundamento sexto).

1.3.1.2. El concurso ideal de delitos

El concurso ideal de delitos a tenor del art. 48 del CP peruano de 1991, sucede cuando “varias disposiciones son aplicables al mismo hecho”.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República en la sentencia de casación N° 795-2017- Ancash, citando a Alcócer Povich, refiere que estaremos frente a un concurso ideal de delitos cuando el agente partiendo de una sola acción, bien quebranta una pluralidad de normas penales o bien infringe un mismo precepto normativo varias veces. Añadiendo además que: “ El concurso ideal presupone, por un lado “la unidad de acción” y por otro, a través de la acción debe haber tenido lugar una pluralidad de infracciones legales” (Fundamento cuarto).

Asimismo, citando a Villavicencio Terreros, explica cuáles son los requisitos para la configuración de esta modalidad concursal, requiriéndose: a) La unidad de acción (en la que el autor se vale de una sola acción para lograr sus diversas finalidades), b) La realización de una doble o múltiple desvaloración de la norma penal (en tanto se presenta más de un delito, dado que respecto a cada acción se subsume perfectamente tanto el tipo objetivo como el subjetivo de más de un delito), c) La identidad del sujeto activo (quien cometa la acción única generadora de la doble o múltiple desvaloración de la ley penal será una sola persona), d) La unidad y pluralidad de agraviados (estaremos frente a un concurso homogéneo cuando se vulnera reiteradamente los mismos bienes jurídicos, y estaremos frente a un concurso heterogéneo cuando se afecten varios bienes jurídicos diferenciados .

1.3.1.3. El concurso real retrospectivo

El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (s.f.), define al concurso real retrospectivo como la “institución procesal que permite sumar a la pena ya impuesta una pena adicional como condena de otro hecho punible cometido antes de la imposición de la primera sentencia”.

A su vez, el Recurso de Nulidad N° 2116-2014- Lima, refiere que esta modalidad de concurso real regulada en el art. 51 del CP, acontece cuando los delitos que conforman un concurso real no son procesados al mismo tiempo en un mismo juzgamiento. Es decir, el agente fue inicialmente procesado y condenado solo por algunos de los delitos cometidos pese a que este fue autor de varios otros delitos independientes. Luego, al ser descubiertos, sucesivamente los delitos restantes, es decir, luego de la primera condena se seguirán nuevos juzgamientos. Teniendo en consideración entonces su configuración especial y regulación en la norma, para que exista un concurso real retrospectivo de delitos se requiere: i) Pluralidad de delitos independientes, ii) El juzgamiento sucesivo de los delitos en procesos diferentes, iii) Unidad de autor.

1.3.1.4. El delito continuado

Se encuentra regulado en el art. 49 del CP, señala que este tiene lugar “cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal”. En este caso, según prescribe la norma todas estas violaciones serán consideradas como un solo delito continuado.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 1121-2016-Puno, esquematiza de la siguiente forma los requisitos que se deben cumplir para la configuración del delito continuado:

“1) pluralidad de acciones delictivas -posibles de individualización-; 2) afectación del mismo bien jurídico; 3) identidad de sujeto activo, es decir, se trata de un mismo sujeto infractor; y, 4) unidad de designio criminal. Así, precisa García Caveró que en el delito continuado tienen lugar varias

acciones, cada una configuradora de una infracción penal, pero que, por una relación de continuidad, se considera un solo delito” (Fundamento décimo primero).

1.3.1.5. El concurso medial de delitos

En principio, el concurso medial de delitos no tiene una regulación expresa en el CP peruano. Sin embargo, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (s.f) la define como aquella “situación que se produce cuando un delito es un medio necesario para cometer otro por un mismo sujeto”.

Al respecto, Guinarte Cabada (1990) expresa que conforme a la exégesis del derecho positivo que regula el concurso medial de delitos – en el CP español- este comprende dos requisitos básicos: a) La existencia de una relación de medio a fin; y, b) la necesidad medial.

Por su parte, la Circular N° 04/2015 de la Fiscalía General del Estado de España acudiendo a los criterios jurisprudenciales determinados, indica que:

Debe partirse de que en el concurso medial no hay un solo hecho sino dos perfectamente diferenciados, pero interconectados en una relación teleológica de medio a fin, relación de necesidad que debe ser entendida en un sentido concreto y taxativo, no bastando el plan subjetivo del autor sino que será preciso que en el caso concreto un delito no pueda producirse objetivamente sin otro delito que esté tipificado como tal de forma independiente (Fundamento segundo).

A nivel nacional, no existe mayor aporte respecto de esta modalidad concursal que la de Villavicencio Terreros (2006), quien refiere que el concurso medial se trata de un caso especial de concurso real de delitos donde uno de ellos

constituye el medio necesario para la comisión de otro delito, existiendo entre ambos una relación de medio a fin, precisando que esta modalidad concursal se encuentra relacionada con el artículo 50 del Código Penal que regula el concurso real de delitos.

1.3.2. El concurso aparente de leyes

La teoría concursal abarca también el estudio del concurso aparente de leyes, dado que, si en el supuesto de hecho se verifica su configuración ya no se está frente a dos conductas típicas diferenciadas, sino solo a una de ellas, por lo que no será posible la aplicación de los concursos real, ideal o medial en estos casos.

En el Recurso de Nulidad N° 743-2018- Lima, La Corte Suprema de Justicia de la República señala que el concurso aparente de Leyes acontece cuando en un supuesto de hecho concurre aparentemente, dos o más tipos penales para tipificar un hecho; empero, una regla extraída del sistema jurídico permite fijar que el hecho pueda encuadrarse en uno de los supuestos típicos en aparente concurso.

A su vez, la casación N° 1020-2017-Lima establece que el concurso aparente de leyes o llamado además “unidad de leyes” no se trata de un tipo de concurso propiamente, sino que se trata de un tema de aplicación del tipo penal. En este supuesto, una serie de normas penales concurrirían, pero únicamente de forma aparente, ya que realmente una de tales normas excluye a la otra. El punto central en estos casos radica en que el contenido del injusto y de culpabilidad de un supuesto de hecho sujeto a penal puede encontrarse abarcado en su totalidad por alguna de las normas penales que se toma en cuenta.

1.3.2.1. Principios de solución del concurso aparente

También denominado concurso ideal impropio o concurrencia aparente de leyes, sucede cuando concurrirían sólo en apariencia dos o más leyes en un supuesto de hecho. Zaffaroni (2015), concordando con Schmitt, indica que no hay otra forma de concurrencia ideal impropia – como así denomina al concurso aparente de normas- que las de especialidad, consunción y subsidiaridad, sin embargo, algunos tratadistas también incluyen al principio de alternatividad conforme desarrolla a continuación:

a) Principio de especialidad

Bajo este principio, dos tipos se excluyen cuando uno de ellos aborda las mismas características que el otro, además de una característica que es un complemento, y a decir del autor, toma en cuenta otro punto de vista. En este supuesto, el tipo que tenga mayor cantidad de características es especial respecto del otro delito, que viene a ser el general. En tal sentido, lo que existe es una relación de subordinación de los tipos generales a los especiales, que guarda relación con el antiguo principio según el cual la ley especial deroga a la ley general. Este tipo de subordinación se da a través de un encerramiento conceptual, razón por la que no es concebible cumplir el tipo especial sin el anteshaber cumplido el general (Zaffaroni, 2015).

Un ejemplo de ello se presenta en el delito de feminicidio del artículo 108-B del CP, que por sus especiales características, desplaza al delito de homicidio simple regulado en el artículo 106 del CP.

b) Principio de consunción

Sobre este principio Zaffaroni (2015), señala que en el mismo sentido en que los tipos generales quedan encerrados conceptualmente por los especiales, lo mismo sucede cuando un tipo encierra al otro materialmente, o en otras palabras lo consume. Esta relación denominada “consunción” tiene lugar cuando entre dos tipos uno encierra al otro porque consume el contenido material de su prohibición. Esta tiene lugar en el caso del hecho posterior, que unos llaman “impune” y otros “co-penado”. Entiende que el desvalor de la etapa posterior a la consumación, cuyo único objeto es agotar el contenido prohibitivo o desvalorante del tipo penal, por lo que no se trata de una conducta nueva, sino más bien, es un caso más de unidad de la conducta. Un ejemplo de ello se da en el iter criminis, donde, la tentativa es consumida por el delito consumado

c) Principio de subsidiariedad

La subsidiariedad se trata de un fenómeno jurídico-valorativo que se origina cuando la tipicidad relacionada a una afectación más intensa del bien jurídico desplaza a aquella que abarcaba una afectación de intensidad menor (Zaffaroni, 2015). Un ejemplo vendría a ser el delito de tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento, del artículo 176 del CP, que son subsidiarios al delito de violación sexual regulado en el artículo 170 del CP.

d) Principio de alternatividad

La doctrina es disonante en cuanto a este principio. Algunos juristas abandonan la aplicación del principio de alternatividad considerando que los supuestos de hecho en que concurra en apariencia – de forma paralela y excluyente- dos o más leyes penales sólo podría deberse a errores o defectos legislativos, y

además que podrían encontrar solución bajo el principio de especialidad. Otro sector de la doctrina en cambio sí considera al principio de alternatividad como una fórmula de solución al concurso aparente de leyes.

En ese sentido, Muñoz Conde y García Arán (2010) acogiendo este principio, indican que ante la imposibilidad de resolver el supuesto de hecho con los criterios antes referidos deberá tener lugar el principio de alternatividad debiendo acudir al precepto que imponga al hecho una pena más grave, lo que debe tenerse en consideración a fin de evitar absurdas impunidades o despropósitos punitivos que se generen como consecuencia de una mala coordinación de los marcos penales de algunos tipos penales de similar estructura. Los autores, citan a modo de ejemplo al delito de acoso sexual prescrito en el art. 184 del CP Español, con la de la amenaza condicional del art. 171.1 siendo esta última la preferente dado que carece de sentido la finalidad sexual que contempla el acoso sexual, cuando ya como tal amenaza puede tener más pena.

1.3.3. Los principios del derecho penal aplicables al concurso de delitos

Al ser una de las instituciones del derecho penal, la teoría concursal y en específico el concurso de delitos se erige sobre la base de ciertos principios, que son las directrices para su correcta aplicación en el supuesto fáctico. No obstante haber otros principios que justifican la existencia de la teoría del concurso de delitos, consideramos -en principio- que son imprescindibles para su aplicación el principio de legalidad, proporcionalidad y seguridad jurídica.

1.3.3.1. El principio de legalidad

Para Roxin (1997), el principio de legalidad constituye un “límite al empleo de la potestad punitiva para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de

una intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leviatán” (p. 137). Se parte de dos postulados básicos. El primero establece que “no hay delito sin ley”, por lo cual pese que una conducta sea altamente nociva para la sociedad y revele una necesidad de ser penada, el Estado únicamente puede sancionarla si antes la ha advertido previamente en la ley. El segundo atañe a que “no hay pena sin ley”, esto es, que una conducta no sólo se limita a su punibilidad, sino que además se requiere una fijación legal tanto de la clase de pena como de su cuantía.

Debe entenderse que la fijación legal a la que alude Claus Roxin concierne no sólo al establecimiento del margen mínimo y máximo de pena aplicable al hecho punible, sino que también obedece a la fijación de supuestos de graduación como las circunstancias agravantes o atenuantes, las causas de disminución de la punibilidad, o los supuestos de concurso (ante la concurrencia de pluralidad de delitos). Dicho de otras palabras, para que las “reglas de juego” en la determinación de la pena puedan ser aplicadas, es necesario que obren en la ley, lo que a entender del autor serán útiles para evitar sanciones arbitrarias e incalculables sin ley o sustentadas sobre una ley imprecisa o retroactiva.

Por tanto, las cuatro consecuencias del principio de legalidad también deberán entenderse como aplicables a los supuestos que gradúan la pena:

a) La prohibición de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*)

La analogía es el traslado de una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley. Si bien se utiliza en otros campos del derecho, en el derecho penal está proscrita cuando sea perjudicial al reo. Roxin (1997) expresa que existen dos

tipos de analogía: legal -en casos en que la regla jurídica a trasladar proceda de un solo precepto- y jurídica -cuando la regla proceda de varios preceptos.

Por su parte, Bustos y Hormazabal (1997), expresan que el principio de legalidad no solo rechaza a la analogía, sino además las denominadas “clausulas generales” y las “leyes penales en blanco” inconstitucionales. Añaden que la prohibición de la analogía no es más que el rechazo de esta como fuente creadora de delitos, reafirmando el imperio de la ley y una limitación a la actividad judicial, al entender que el juez tiene proscrito la creación de delitos; ya que, si tuviera esta potestad, se convertiría en legislador y el ciudadano estaría totalmente indefenso frente al poder judicial.

b) La prohibición de derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*)

Para Roxin (1997) en razón a este principio, la punibilidad sólo se puede determinar legalmente, no siendo posible que se fundamente o agrave por aplicación del derecho consuetudinario.

Bustos y Hormazabal (1997) concuerdan en este extremo y agregan que con esta prohibición se alude tanto a la supresión de la costumbre como fuente del derecho penal, así como de los principios generales del derecho y de la jurisprudencia, que en otros ámbitos jurídicos sí pueden ser fuente del derecho, empero no en el derecho penal.

No obstante ello, agregan que, al ser fuentes del derecho tanto la costumbre como los principios generales, resultan ser significativos a manera de fuentes complementarias al momento de determinar ciertos conceptos que formen parte

de las estructuras de los tipos penales, así como para la determinación de causas de justificación.

Asimismo, en relación a la jurisprudencia, señalan que esta es una fuente de producción derivada del derecho, por lo que está subordinada a las fuentes de producción originaria (ley, costumbre y principio generales) en tal sentido indudablemente cumple un rol complementario, siendo especialmente importante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que a través de una acción de inconstitucionalidad tiene la capacidad de derogar delitos y penas.

c) La prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*)

En los supuestos en que un hecho no era punible al momento de su comisión, o cuando en un hecho ya penado se introduce una clase de pena más grave, o incluso al agravar la pena dentro de un delito; estamos ante supuestos en que la retroactividad es constitucionalmente inadmisibles, en tanto la punibilidad no estaba declarada y determinada legalmente antes del hecho (Roxin, 1997).

Conforme señalan Bustos y Hormazabal (1997), este principio alude a la irretroactividad de la ley penal, en tanto que un supuesto fáctico no puede someterse a una ley posterior, dado que la prohibición de retroactividad tiene varias implicancias. Por un lado, impide que un hecho que no era castigado al momento de su comisión sea juzgado por una ley emitida posteriormente. Por otro lado, prohíbe que a un hecho cometido en el momento en que se encontraba vigente una determinada pena, le sea aplicada otra cualitativamente diferente y de mayor gravedad establecida en una ley posterior. Y, por último, al momento de la comisión de un hecho, este establezca una determinada cantidad de pena,

pero se le aplique la mayor cantidad de pena prevista en la ley emitida con posterioridad. Sin embargo, la prohibición de la retroactividad de la ley penal no se trata de un principio absoluto ya que en ciertas excepciones tiene cabida el principio de retroactividad de la ley penal más favorable.

d) La prohibición de leyes penales indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)

Un precepto penal que no permitiere reconocer qué características ha de tener la conducta punible devendría en legalmente indeterminada, sino que correspondería al juez fijar la conducta que infringe el bien común de modo intolerable. En la misma línea, refiere Roxin (1997) que son inadmisibles las penas totalmente indeterminadas, porque existiría incertidumbre sobre la sanción y cuantía que correspondería imponer a razón del delito cometido.

Por su parte, algunos autores como Bustos y Hormazabal (1997), integran a esta prohibición con la prohibición de la analogía, al considerar que en ambos casos (aplicación de la analogía, leyes generales y leyes indeterminadas) se concede al juez el poder de crear leyes.

En ese sentido, la aplicación del concurso medial y sus consecuencias jurídicas a los casos concretos se encuentra supeditada a su fijación en el ordenamiento jurídico peruano, dado que a la actualidad la norma sustantiva peruana regula únicamente los supuestos de concurso real e ideal, y dentro de los cuales tampoco se hace mención al tratamiento de los supuestos de concurrencia de delitos-medio y delito-fin; por lo que su introducción en el ordenamiento jurídico evitaría condenas arbitrarias o excesivas.

1.3.3.2. El principio de proporcionalidad de las penas

En sendos pronunciamientos del Tribunal Constitucional se ha abordado el desarrollo del principio proporcionalidad de las penas. Uno de ellos es el fundamento de la STC recaída en el Expediente N° 01010-2012-PHC/TC, donde se señala que el principio de proporcionalidad de las penas está implícitamente derivado del principio de legalidad penal e implica que las cuantías de las penas privativas de libertad impuestas por el juez sean proporcionales al grado en que se ha infringido el bien constitucional que originó la realización de la conducta típica.

Podría argüirse, además, que el principio de proporcionalidad de las penas guarda relación con aquello que Arce Aggeo (1996) considera son los dos principios concursales básicos: a) cada delito debe ser penado, y b) imposibilidad de punir más de una vez por el mismo delito.

a) Cada delito debe ser penado: *Quot delicta tot poenae*

Señala el autor que “la comisión de un delito importa como consecuencia una pena” (p.22), por lo que si el agente comete más de un delito merecerá más de una pena. El fundamento radica en que ningún delito puede quedar impune, a excepción de supuestos especiales en los que no se manifiesten las condiciones necesarias para llevar adelante la operatividad de la coerción penal.

b) Imposibilidad de punir más de una vez por el mismo delito: *Ne bis in*

ídem.

Al respecto, el autor brevemente describe que, en mérito a este principio, si bien se deben castigar todos los delitos cometidos, pero no más de una vez.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 02704-2012-PHC/TC, ha señalado que:

Si bien no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución como un derecho fundamental de orden procesal, se trata de un contenido implícito del debido proceso que deriva de los principios de legalidad y de proporcionalidad. El *ne bis in ídem* es un principio que informa la potestad sancionadora del Estado, el cual impide –en su formulación material- que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. En su vertiente procesal, en cambio, tal principio comporta que *nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos*, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos, y por otro como el inicio de un nuevo proceso cuando concurra la referida triple identidad entre ambos procesos” (Fundamento 3.3).

Asimismo, en relación al *ne bis in ídem* material el Tribunal Constitucional, explica que para su concurrencia resulta necesario analizar en sentido estricto sus componentes, siendo estos: “a) identidad de la persona física o identidad de sujeto; b) identidad del objeto o identidad objetiva; y c) identidad de la causa de persecución o identidad de fundamento” (Exp. N° 04234-2015-PHC/TC, fundamento 5).

Por su parte, en lo que respecta a la dimensión procesal del *ne bis in ídem*, el Tribunal Constitucional, en la STC recaída en el Expediente N° 4587-2004-AA/TC-LIMA, de 29 de noviembre del 2005, precisa que para su concurrencia:

a) El procesado debe haber sido condenado o absuelto, b) La condena o absolución debe sustentarse en una resolución judicial firme, c) La nueva persecución penal debe sustentarse en la infracción del mismo bien jurídico que motivó la primera resolución de absolución o condena. (Fundamento 67)

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha pronunciado en la sentencia del caso Loayza Tamayo vs. Perú, de 17 de septiembre de 1997, indicando que “este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos” (Fundamento 66).

Resulta evidente entonces, que el *ne bis in ídem* constituye un límite a la aplicación de la teoría del concurso de delitos, dado que, si bien las diferentes tipologías concursales preexisten en los ordenamientos jurídicos penales con reglas penológicas que pueden llegar incluso a incrementar las penas considerablemente (ej. concurso real); lo cierto es que en mención a estos, y al considerar la existencia de pluralidad de acciones, erróneamente se punibilizaría una misma infracción (hecho, sujeto y fundamento) más de una vez, resultando una aplicación equivocada del concurso de delitos, en tanto colisionaría con este principio del debido proceso (*ne bis in ídem*).

Por todo lo antes señalado, se puede indicar que el concurso medial de delitos es un presupuesto de la teoría concursal que se encuentra en armonía con el principio de proporcionalidad de las penas, en tanto que su aplicación busca identificar y sancionar cada delito cometido (*quot delicta tot poenae*), tomando en cuenta los caracteres especiales que convergen sobre él para limitar la sanción penal efectuando una doble valoración (*ne bis in ídem*).

1.3.3.3. El principio de seguridad jurídica

El Tribunal Constitucional ha señalado en la STC recaída en el Exp. N° 0016-2002-AI/TC, que:

El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5). El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del statu qua, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal (Fundamento 3)

La influencia de este principio sobre la figura del concurso medial resulta evidente. Dada su ausente regulación en el CP peruano, los jueces se ven en la necesidad de acudir a los supuestos concursales ya establecidos (real e ideal) sin embargo, las decisiones no siempre son las mismas aun cuando en el

supuesto de hecho existen similitudes sustanciales; por lo que es necesario arribar a un grado de predictibilidad para los justiciables sobre las decisiones judiciales.

1.3.4. La determinación judicial de la pena

La finalidad de determinar si en el supuesto fáctico existe un concurso de delitos; y de ser el caso, la modalidad a serle aplicable, se debe principalmente a los efectos materiales que tendrá en la determinación de la pena a imponer, en tanto, dependerá de la consecuencia jurídica tipificada en la norma sustantiva para atribuir la sanción por cada uno de los supuestos concursales. De allí que resulta sustancial no solo conocer ante qué tipo de concurso nos enfrentamos en el análisis del caso concreto, sino también dilucidar la teoría aplicable para identificar unidad o pluralidad de acciones delictivas. Siendo esto así, es importante también abordar los aspectos más importantes sobre la determinación judicial de la pena, en lo que atañe a presente trabajo de investigación.

1.3.4.1. Definición

Según Prado Saldarriaga (2016), la determinación judicial de la pena supone la identificación y medición de las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que deben ser aplicadas al autor o partícipe culpable de un delito.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 de julio, 2008, conceptualiza a la determinación judicial de la pena como “el procedimiento técnico y valorativo que se relaciona con aquella tercera decisión que debe adoptar un Juez Penal. En la doctrina

también recibe otras denominaciones como individualización judicial de la pena o dosificación de la pena”. (Fundamento 6)

La determinación judicial de la pena tiene su correlato en la aplicación del derecho penal, y en la misma medida, guarda estrecha relación con la teoría de la pena; al respecto Cancho Espinal (2017) refiere que nuestro ordenamiento jurídico está afiliado a la teoría de la prevención especial positiva; no obstante, ello, la pena abstracta, es decir, aquella que se encuentra en el tipo penal tiene su correlato con la prevención general. Luego de identificar la pena abstracta prescrita en el tipo, el juez penal impone la pena que corresponde a una persona que ha delinquido en base a la culpabilidad del agente, que es limitada en su cantidad por fines de prevención general o especial. Finalmente, cuando se ha impuesto una determinada pena al agente, en su ejecución se buscan los fines preventivo- especiales, buscando la resocialización del condenado.

1.3.4.2. Clases de penas

El artículo 28 del Código Penal peruano establece que existen cuatro tipos de pena: **a)** Privativas de Libertad, **b)** Restrictivas de libertad, **c)** Limitativas de Derecho; y, **d)** Multa. A continuación, se desarrollará brevemente cada una de ellas, en concordancia con los dispositivos normativos del CP.

a) La pena privativa de libertad:

Según la Real Academia Española (s.f), la pena privativa de libertad constituye aquella “sanción penal que restringe la libertad deambulatoria del condenado”. Esta puede ser temporal o de cadena perpetua. La norma sustantiva prescribe que, cuando es temporal, esta tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años.

Cabe resaltar que, con la promulgación del Decreto Legislativo 1322, se ha posibilitado que la pena privativa de libertad efectiva, en cierto supuestos, sea convertida a vigilancia electrónica personal, que se constituye en un mecanismo de control que tiene por finalidad “monitorear el tránsito tanto de procesados como de condenados, dentro de un radio de acción y desplazamiento, teniendo como punto de referencia el domicilio o lugar que señalen estos” (Artículo 3.1). Es dispuesta por el juez a fin de garantizar el cumplimiento de la pena y la resocialización del condenado.

b) La pena restrictiva de libertad

Este se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o luego de habersele concedido un beneficio penitenciario, consistente en su expulsión del país, quedando prohibido su reingreso. Conforme lo expresa el artículo 30 del CP peruano, en el caso de que la expulsión se hubiese debido al otorgamiento de beneficios penitenciarios, el Perú mantendrá jurisdicción exclusiva sobre la condena impuesta.

c) Penas limitativas de derechos

En el artículo 31 del CP, se preceptúan tres tipos de penas limitativas de derechos: **a)** Prestación servicios a la comunidad, **b)** Limitación de días libres, **c)** Inhabilitación; las dos primeras pueden aplicarse de manera autónoma cuando se establezcan en forma específica para cada delito; y de manera alternativa, sustituyendo a la pena privativa de libertad, cuando a criterio del Juez la sanción sustituida no supere los 4 años.

La prestación de servicios a la comunidad consiste en la realización de trabajos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones

similares u obras, siempre que sean públicos; las que realiza el condenado gratuitamente. Esta pena puede imponerse por un período comprendido desde los diez hasta ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanalmente, salvo que la ley disponga lo contrario.

Por su parte, la limitación de días libres, se define como aquella obligación del condenado para mantenerse a disposición de una institución pública para participar en programas educativos, psicológicos, de formación laboral o culturales los días sábados, domingos y feriados, hasta por un máximo de diez horas a la semana. Esta pena se extiende de diez a ciento cincuenta y seis jornadas de limitación semanales, salvo disposición contraria de la ley. Periodo durante el cual, el condenado realiza actividades y recibe orientaciones tendientes a su rehabilitación y formación.

La inhabilitación, conforme lo establece el Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, consiste en:

La privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar, o a quien se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir (Fundamento 6).

Esta pena puede ser principal o accesoria y su duración cuando sea principal es variable, conforme a lo señalado en el artículo 38 del CP y en consonancia al delito que se hubiera cometido. Por su parte, tendrá igual duración que la pena principal, cuando esta sea accesoria. Los derechos que pueden ser objeto de

inhabilitación, se encuentran regulados en el artículo 36 de la norma sustantiva, siendo a la actualidad un total de 9 derechos pasibles de ser inhabilitados.

1.3.4.3. Técnica para la determinación judicial de la pena con circunstancias base

La finalidad de la existencia de un sistema de determinación judicial de la pena, es la de dotar al juez y fiscal de una herramienta que posibilite mayor predictibilidad en la postulación y finalmente la determinación de la pena concreta del condenado. Así, mediante la Ley N° 30076 de 19 de agosto del 2013, se introdujo al código penal el apartado correspondiente a la regla de los tercios, que contribuye a disminuir el ámbito de discrecionalidad judicial para la imposición de la sanción penal; en ese sentido, para realizar una correcta dosificación de la pena, el juez debe seguir una serie de pasos que permitan lograr identificar la pena concreta en forma adecuada. Cancho Espinal (2017) explica, que para determinar una pena con circunstancias base se debe realizar la siguiente operación:

El primer paso consiste en establecer la pena básica o espacio punitivo de determinación de la pena, de conformidad con el artículo 45-A, 1 del CP, para lo cual se debe restar el límite máximo y límite mínimo de la pena abstracta del delito atribuido. Seguidamente este resultado será dividido entre tres, en atención a la regla de los tercios, a fin de determinar el tercio inferior, tercio intermedio y tercio superior respectivamente.

En el segundo paso se deberá aplicar el artículo 45-A, 2 del CP, que prescribe:

Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:

- a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.
- b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.
- c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior

El tercer paso, para el autor, consistiría en dar un valor cuantitativo a las circunstancias agravantes y atenuantes para identificar con exactitud la pena imponible. En razón a ello, deberá dividirse la constante de los tercios entre la cantidad de atenuantes o agravantes según corresponda. Sobre este punto, no existe una norma que obligue a efectuar la división de la pena entre la cantidad de circunstancias de agravación o atenuación, sin embargo, esta exigencia a decir del autor, tendría sus razones de ser en la misma lógica del entendimiento integral de las reglas de los artículos 45-A y 46 del CP, atendiendo a que está proscrito hacer caso a la simple intuición del juez.

1.3.4.2. La determinación judicial de la pena en supuestos concursales:

Para la presente tesis, resulta de especial importancia abordar el tópico de la determinación judicial de la pena, porque en buena cuenta, la introducción del concurso medial en el ordenamiento jurídico tiene su correlato en la pena

concreta a imponer, distinta a la del concurso real y concurso ideal. En tal sentido, es necesario centrar el estudio del tema en la determinación judicial de la pena en supuestos de concurrencia delictiva.

1.3.4.2.1. Principios de determinación de la pena ante la concurrencia de tipos penales

Cuello Contreras (2009) señala que la consecuencia de la distinción entre unidad o pluralidad de delitos y entre unidad o pluralidad de hechos tiene correspondencia con la distinción conforme a los criterios para determinar los supuestos concursales. Refiere que es importante establecer la pena concreta aplicable conforme a los principios de acumulación, absorción, asperación y combinación, establecidos en los ordenamientos jurídicos; en los supuestos en que se deban considerar diferentes delitos, que comprendan penas diferentes, así como de distintos marcos y posibles penas accesorias que no coincidan entre sí.

a) La acumulación

Según este principio, se debe fijar una pena independiente por cada lesión de la ley penal en el hecho concreto, debiendo sumarse las penas resultantes. Así, a manera de ejemplo, en términos matemáticos, la prolongación del tiempo de la pena privativa de libertad, aumenta en proporción geométrica, y no de manera lineal, ni en proporción aritmética (Cuello Contreras, 2009).

Sobre el particular, Zaffaroni (2015) refiere que la aplicación ilimitada de este principio llevaría a penas perpetuas, aunado a que constantemente se atribuiría al agente circunstancias a ser consideradas para la culpabilidad y peligrosidad, que bien podrían ser similares; por lo que, debido a su evidente carácter injusto

este principio ha sido criticado duramente. Siendo esta la razón por la que a la actualidad muchas legislaciones penales no lo siguen, habiendo sido sustituido por alguno de los principios que se desarrollan a continuación.

b) La absorción

Siguiendo a Cuello Contreras (2009), conforme el principio de absorción se atribuye la pena concreta que correspondería al delito más grave cometido. Sin embargo, a decir del autor, el principal inconveniente de este principio surgiría cuando se dé una reiterada violación de la norma a través de una sola acción (por ejemplo, cuando se lanza un explosivo que ocasiona la muerte de varias personas), lo que podría no evidenciar suficientemente la gravedad de lo acontecido (ya que con este principio se negaría la posibilidad de sobrepasar la pena máxima establecida en la Ley para una sola infracción; en el ejemplo antes citado, una muerte) lo que además llevaría a soluciones absurdas en supuestos en que se presenten variedad de penas y consecuencias accesorias por las distintas infracciones realizadas, en tanto que limitar la aplicación de la infracción a la pena superior más grave imposibilita la imposición de la infracción descartada aun cuando su límite mínimo o su consecuencia accesoria sean más graves.

Este principio vendría a ser el que nuestro CP ha adoptado a fin de establecer una pena para supuestos de concurso ideal de delitos.

c. La asperación

Según este principio, la pena se determina para cada una de las infracciones que se han cometido, tomando en cuenta el marco penal establecido por cada infracción de forma independiente. Luego de lo cual, a diferencia del principio de

acumulación, donde la pena a aplicar consiste en la sumatoria de cada pena establecida, en el caso de la asperación la fórmula consiste en la elevación de la pena que corresponde a la infracción más grave de las cometidas; pero en ningún supuesto esta podrá alcanzar la sumatoria de todas las penas individuales que han sido determinadas previamente. Con este principio se permite y obliga a efectuar una constatación de todos los hechos, determinando la gravedad de los mismos (al establecer la pena que correspondería a cada infracción), posibilitando que la pena sea determinada bajo los criterios de justicia y de una política criminal racional (Cuello Contreras, 2009).

d) Combinación

Cuello Contreras (2009) resalta que este principio no es incompatible con el de la asperación, dado que en este caso, las penas que corresponden a los diversos tipos penales realizados por el agente se unifican; de modo que, teniendo a la pena establecida para la infracción más grave como límite máximo de la pena a imponer (que incluso puede ser incrementada de acuerdo con el principio de la asperación), es posible tomar en cuenta las penas reguladas por las otras infracciones cometidas, respecto al límite mínimo de la pena más grave que el de la infracción que contenga el límite máximo más grave, así como las penas accesorias y otras consecuencias, etc. Con lo cual, el autor no se ve beneficiado, de manera injusta, como consecuencia de haber realizado algo más grave que si únicamente se hubiera vulnerado las otras normas.

En la misma línea lo ha descrito Samson (citado en Zaffaroni, 2015), al exponer que el principio de combinación debe entenderse como aquel que combina las penas correspondientes a los diversos tipos penales que el sujeto activo ha realizado con su conducta. Es por ejemplo el caso de la aplicación invariable de

la inhabilitación y la multa; aunado a la aspersion que tenga lugar en relación a otras penas. Acota que, a su consideración, la combinación es un tipo o una consecuencia del principio de aspersion.

1.3.4.2.2. Técnica de determinación de la pena en supuestos concursales regulados en el ordenamiento jurídico peruano

Como bien se ha estudiado en líneas precedentes, nuestro ordenamiento jurídico peruano recoge una serie de supuestos concursales, que en buena cuenta tienen como fin último, determinar el procedimiento a seguir para dosificar la pena de acuerdo a su naturaleza y particularidades, siendo esto así, a continuación, se presentan las consideraciones adoptadas por el CP que deben tomarse en cuenta al momento de imponer la sanción en los diversos supuestos concursales:

a) Concurso Real

El artículo 50 del CP concerniente al concurso real prescribe:

Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años.

En tal sentido se aprecia que el dispositivo normativo antes citado regula un supuesto de acumulación de penas.

El procedimiento para determinar la pena en este caso pasa por establecer en primer lugar las penas concretas para cada delito, (tomando en consideración las circunstancias atenuantes y agravantes u otras que deban ser aplicadas y

modifiquen la pena a imponer), a continuación se procede a sumar las penas concretas parciales, la misma que no puede exceder de 35 años, ni del doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave; de darse estos supuestos, corresponderá aplicar el límite que se fija para cada uno de ellos. Asimismo, si uno de los delitos en concurso tiene cadena perpetua, sólo se aplicará esta como pena concreta.

b) Concurso ideal

El artículo 48 del CP establece que: “Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años”. Y siendo esto así, la forma de dosificar la pena en este tipo de concurso se rige bajo el principio de absorción.

Para la determinación judicial de la pena en este tipo de concurso, se identificará previamente el delito que contenga la pena abstracta más grave, y una vez logrado ello se procederá a determinar la pena concreta.

c) Concurso real retrospectivo

El artículo 51 del CP regula lo concerniente al concurso real retrospectivo; precisa que, para dosificar la pena en estos supuestos de concurrencia delictiva, el juez de juzgamiento competente debe agregar las penas concretas parciales derivadas de los delitos que ya fueron procesados, a las penas que ya fueron impuestas en anteriores juzgamientos.

Posteriormente, deberá someter la pena concreta total o el resultado del concurso real retrospectivo, a los límites y verificaciones establecidos en el mismo artículo 51 del CP, referido a que la sumatoria de las penas no exceda el

doble de la pena por el delito más grave, tampoco podrá sobrepasar los 35 años y si alguno de estos delitos se reprimiera con cadena perpetua, solo será de aplicación esta última.

d) Delito Continuado

La determinación judicial de la pena en el delito continuado sigue una corriente de índole garantista, puesto que busca impedir que el procesado sea penado con extrema severidad. En ese sentido, no toma en consideración la multiplicidad de acciones delictivas, dado que la valoración del *quantum* de la pena no se rige bajo las reglas del concurso real sino que, conforme lo señala el artículo 49 del CP, serán considerados como un solo delito y se sancionará con la pena que correspondiera al más grave. La excepción a esta regla será aplicable cuando las violaciones a la Ley penal perjudiquen a una pluralidad de personas, en tal caso la pena aumentará en un tercio de la máxima regulada para el delito más grave.

1.3.5. Efectos jurídicos del concurso medial de delitos y los fundamentos para su incorporación en el CP

Tal como se ha venido estudiando, la naturaleza del concurso medial de delitos ha sido materia de discusión en la doctrina de los ordenamientos jurídicos que la contemplan, y en la misma medida también se ha discutido ampliamente sobre las implicancias de sus elementos, sus límites con el concurso aparente de normas e incluso la proporcionalidad de su consecuencia jurídica. Por su parte, durante el desarrollo de la presente tesis, se han definido los aspectos problemáticos a los que se enfrentaría esta figura concursal de ser incorporada en CP peruano. En ese sentido, resulta imprescindible tomar postura en relación

a los efectos jurídicos que tendría esta figura concursal respecto de lo que consideramos, son los tópicos sustanciales materia de discusión antes detallados.

1.3.5.1. Sobre el elemento normativo *medio necesario*.

Joshi Jubert, Ujala (1992), al respecto señala:

La palabra medio no tiene que interpretarse forzosamente como sinónimo de instrumento. Medio es también la forma. Desde esta perspectiva, se pone el acento en el acontecer objetivo, y no en la preordenación, de carácter esencialmente subjetivo. En los supuestos de coincidencia parcial puede afirmarse que uno de los delitos es en parte forma o medio para cometer el otro. Así sucederá, por ejemplo, cuando la violencia o intimidación sirva a la vez para una utilización de un vehículo a motor y una violación cometida durante el trayecto. El Código penal, sin embargo, no se contenta con el ser medio, exige además que se trate de un medio necesario. Necesario, no supone, como ya se ha dicho, una necesidad lógica o causal. Que un delito sea una forma necesaria para cometer otro, no significa que sea imprescindible, pues, en este último supuesto, como ha dicho buena parte de la doctrina, estaríamos mas bien frente a un concurso de leyes. El medio será necesario cuando sea preciso. Y esto sucederá en dos ocasiones. Primero, en la coincidencia parcial, pues, esta zona común indica claramente que uno de los delitos constituye una forma precisa para realizar el otro. Pero, segundo, también será necesario cuando, de acuerdo con el plan del autor-valorado por supuesto ex ante y objetivamente-no se pueda alcanzar el delito de otra forma que no sea

cometiendo otro delito. No se trata aquí de una preordenación, pues no es que el sujeto incluya en su plan la realización de una serie de delitos a cometer uno tras otro; y tampoco estaremos frente a delitos que siempre acompañan al otro. El plan del autor es la ejecución de un delito, no obstante, cuando vaya a llevarlo a cabo se encontrará en una situación tal que tendrá que realizar otro. Pero respecto a este último no hay preordenación ni premeditación. Así, si A quiere violar a B, y entra en casa de este último sin su permiso cometerá además de un delito de violación, un allanamiento de morada. Obsérvese que aquí, si bien no puede hablarse de una coincidencia parcial entre los hechos, uno de ellos -la violación- se realiza cuando el otro -allanamiento de morada-todavía persiste en la situación antijurídica. (p.635)

Por su parte, Guinarte Cabada (1990) precisa que el concurso medial se compone de dos requisitos concurrentes, siendo estos la relación medial y la necesidad medial. Citando a Córdova Roda, explica que la mera preordenación psíquica de un delito a otro no motiva aún la estimación de concurso real – medial de delitos, concibiendo al delito medio como un instrumento real e indispensable para el resultado. Concuerda con Quintano, al señalar que debe existir una suerte de encadenamiento lógico de causa a efecto y de principio a fin. En razón de ello, concluye que debe existir una conexión instrumental real y objetiva entre dos delitos, de tal forma que el delito medio sirva causalmente para la comisión del delito – fin; como consecuencia se desprenden las siguientes conclusiones: a) El delito medio siempre deberá preceder cronológicamente al delito fin, b) Solo existirá relación medial cuando el delito medio pueda calificarse de instrumento idóneo para cometer el resultado, de tal forma que, al realizar un juicio hipotético

será exigible el pronóstico de que el segundo delito no se hubiera producido si el agente no hubiera perpetrado el primer delito.

Respecto al alcance del requisito de la necesidad medial, asume postura al precisar que un delito será medio necesario para la comisión de otro cuando, luego de realizar un juicio objetivo en relación a la concreta situación fáctica, y en esencia cuando de acuerdo con el plan del autor, se concluya que el delito medio puede considerarse como indispensable a fin de posibilitar, facilitar o asegurar la comisión de otro. A su juicio, la exigencia de medio necesario debería tener la potencialidad de descartar tanto a aquellos supuestos en los que el *delito medio* (delito previo) fuese objetiva y concretamente superfluo o dispensable, así como de aquellos otros en los que se hubiese producido un exceso consciente en la lesión de bienes jurídicos, precisa, en el supuesto fáctico, para alcanzar el delito-fin; en tal sentido, sin este exceso, el delito medio hubiera sido igualmente idóneo como instrumento para la comisión del delito-fin.

A su vez, en la Sentencia del Tribunal Supremo Español N°336/2014 de 11 de abril del 2014, se precisa que la fundamentación del tratamiento punitivo del concurso medial se circunscribe a “la existencia de una unidad de intención delictiva que el legislador trata como de unidad de acción” (fundamento 4). Sin embargo, agrega que la voluntad del autor no basta para que se configure este concurso ideal impropio, dado que en el CP español se requiere que la relación concursal medial sea necesaria, con lo cual, se excluye del concurso a casos donde exista sujeción sólo a la voluntad, a la conveniencia o incluso a la mayor facilidad para la comisión del delito, por lo que es imprescindible que la conexión instrumental sea objetiva, y se encuentre por sobre el criterio subjetivo, entrando

en la esfera de lo imprescindible en la forma en que realmente ocurrieron los hechos delictivos en concurso.

Asimismo, en la Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 1632/2002 de 9 de octubre del 2002, se precisa que la relación medial debe ser valorada “en un sentido concreto y en relación específica con el fin último que persigue el autor o autores de los diferentes hechos delictivos” (fundamento 3), no debiendo efectuar una valoración en abstracto.

En tal sentido, consideramos que el término *medio necesario* de un delito en el supuesto de hecho debe ser analizado desde un plano objetivo formal, de tal manera que se aprecie una conexión de causalidad entre el delito medio y el delito fin. Por lo que, si se realizara un ejercicio hipotético de supresión del delito medio, se desprendería que el delito fin no hubiera sido cometido ante la inexistencia del primero. Como consecuencia de esto, quedarán fuera de los supuestos de concurso medial aquellas situaciones en que el agente se hubiese valido de un delito sólo para facilitar aquel sobre el cual se preordenó (delito fin), o cuando hubiese cometido el delito previo por mera voluntad o conveniencia.

1.3.5.2. Sobre el límite con el concurso aparente de normas

La disyuntiva entre los límites del concurso de delitos y el concurso aparente de leyes siempre ha estado presente cuando se trata de determinar si sobre un supuesto hecho debe ser aplicado una u otra teoría; establecer cuál de ellas es la adecuada para el caso concreto, resulta ser de importancia dados los efectos jurídicos que ambas despliegan al momento de determinar la pena que corresponde por el hecho o hechos cometidos; la dificultad se acentúa cuando se pretende diferenciar entre una modalidad concursal en específico -concurso

medial- y el concurso de normas, por lo que se hace necesario desarrollar los tópicos más importantes sobre esta cuestión, a fin de llegar a una conclusión para solucionar de la manera más efectiva posible si en un supuesto de hecho nos encontramos ante un concurso medial de delitos, o un concurso aparente.

Sobre las premisas a tener en cuenta en relación al concurso aparente, es preciso detallar que, históricamente se han planteado dos formas de desarrollar esta teoría; por un lado, se encuentra el sistema clásico mediante el cual se plantean una serie de principios que dan solución al concurso aparente; y por otro lado, el sistema monista, que pregonan la existencia de una naturaleza común en los supuestos de concurso, y con la cual también se explica la solución para estos casos. Ahora bien, para la teoría clásica, desde Honing, existen cuando menos tres principios de solución del concurso aparente: especialidad, subsidiaridad y consunción.

Existirá una relación de especialidad cuando uno de los supuestos de hecho legales comprenda la totalidad de los elementos del otro, de tal forma que si se realiza el supuesto de hecho especial también se realizará el general. Dentro de esta relación se encontrarían los delitos privilegiados y calificados, así como los delitos autónomos y sus respectivas figuras básicas, y los denominados delitos complejos y los simples que los componen (Matus, 2000).

Además el mismo autor (Matus, 2000) refiere que, la relación de subsidiariedad será aplicable cuando una ley solo quiera regir en tanto la otra no pueda ser aplicada debido a su determinación expresa; y además, cuando así lo exijan las propias relaciones del concurso, a saber: relaciones entre actos preparatorios, tentativa y consumación de un mismo delito, entre delitos de peligro concreto y de resultado, en los “delitos de tránsito”, donde el primer delito es de tránsito

necesario para la consumación del segundo (ej. entre los delitos de lesiones y homicidio) así como en los ataques de diversa identidad, las formas diversas de participación del delito y las formas de participación delictiva que recae sobre un objeto

Por último, existirá consunción cuando uno de los tipos penales comprenda totalmente el contenido del injusto del otro que lo acompaña típica o regularmente (que se exige en los actos acompañantes típicos y en los actos anteriores copenados y, en cambio, no es exigible en los actos posteriores copenados puesto que en ella se advierte una entidad compleja en la que, para el autor del hecho el acto principal no tendría sentido sin el acto posterior, por lo que en este supuesto solo es exigible la existencia de un acto de utilización, aprovechamiento o aseguramiento de la posición o ventaja obtenida con el acto principal) o de aquel que en la misma forma se realiza antes o después de la consumación de tipo penal. La doctrina que acoge este principio, también admite en él un carácter valorativo, y así como en la subsidiariedad, no se discute la posibilidad que la ley que consume establezca una pena inferior a la ley consumida, lo resaltante será que el tipo preferente abarque todo el valor del injusto del otro tipo penal (Matus, 2000).

Es posible concluir entonces, que los supuestos cuyos contenidos se rigen bajo el principio de consunción, son los que encontrarían mayor identidad con el concurso medial de delitos; dadas las características en que ambos supuestos se presentan y podrían entenderse como similares (en tanto que, entre dos tipos penales existe una relación en la que se precisa de la concurrencia de un injusto para llegar a la consumación del segundo) por lo que cabría hacernos la

interrogante de cómo distinguir y/o diferenciar si en un supuesto de hecho operaría un concurso aparente de leyes por consunción, o si se trataría de un concurso de delitos, en su modalidad medial; sobre el particular, somos de la opinión que esto podría encontrar solución tomando en cuenta las ideas que plantea la teoría monista sobre el concurso de leyes; desarrollada entre otros por Ernst von Beling y Ulrich Klug, quienes señalan que los supuestos de hechos legales se guían por una serie de relaciones lógicas como las de identidad, heterogeneidad, subordinación e interferencia.

Matus (2011) citando a Klug, define a la relación de identidad de dos conceptos cuando cada objeto que cae bajo el concepto A cae también bajo el concepto B y de la misma forma en sentido contrario; que, por lo general, dentro de un mismo sistema jurídico-penal no acontece, sino que sería aplicable al derecho penal internacional y el derecho interlocal.

Asimismo, para Klug, existirá relación de heterogeneidad en el supuesto en que el objeto que cae bajo el concepto A nunca lo hace bajo el concepto B, y viceversa. Es decir, que ningún hecho simultáneamente pueda ser subsumido en dos tipos penales; situación que en el desarrollo dogmático de Beling, correspondería a la relación de exclusividad. Por su parte, la relación de subordinación acontecerá en los supuestos en que cada objeto que recaiga bajo el concepto A también caiga bajo el concepto B, pero no en sentido contrario. En estos supuestos, el concepto A tendrá la condición de subordinado, mientras que el concepto B será el subordinante o superior. (Matus, 2011).

Por último, según Klug existirá relación de interferencia – también denominada intersección o cruce- cuando "*por lo menos un objeto que cae bajo el concepto*

A cae también bajo el concepto B y por lo menos un objeto que cae bajo el concepto A no cae al mismo tiempo bajo el concepto B" y viceversa. A decir del autor, entre dos supuestos fácticos legales, que no serían entre sí heterogéneos, idénticos o subordinados, necesariamente deben ser supuestos de hecho interferentes; esta relación, en la terminología de Beling, correspondería al caso de la relación de neutralidad. (Matus, 2011)

Concluye el autor refiriendo que los principios del sistema monista subyacen a los principios del sistema clásico, en la forma en que la especialidad tiene correspondencia con la subordinación; mientras que la subsidiariedad y la consunción estarían relacionados con la relación de interferencia.

Sobre este último principio, Artaza, Mendoza y Rojas (2019) precisan que se podría pensar que la relación de interferencia es identificable debido a la relación en la que se encuentran ciertos tipos penales en forma intrínseca entre sí, que se daría en los casos en que entre delitos se presenten tanto elementos comunes, como elementos distintos entre sí y viceversa; empero esta relación únicamente podría ser detectada determinando los tipos penales que regulan el hecho; en ese sentido, resultará necesario constatarla a través de la interpretación en concreto y la identificación de las normas a ser aplicadas, a fin de identificar las relaciones de interferencia entre los tipos penales concurrentes. De esta forma, a través del ejercicio de subsunción se determinará la presencia o no de un espacio común entre los dos conjuntos, tomando en cuenta que los tipos penales siempre presentan elementos particulares. Por tanto, se concluirá que existe una relación de interferencia atendiendo a las decisiones interpretativas en concreto u orientadas al hecho.

Sin embargo, verificar que exista una relación de interferencia, no basta para determinar si debe o no ser aplicado el principio de consunción, pues esta relación podría originar o bien un caso de concurso ideal como uno de concurso aparente. Por ello, para los autores, más allá de detectar una relación de interferencia, el análisis correcto de la aplicación del principio de consunción se efectúa en atención al contenido de sentido de la consunción, de tal forma que en los casos en que el hecho se adecúe a más de un delito, pero uno de estos represente íntegramente el desvalor del hecho, el juez deberá reconocer un concurso aparente, y aplicar externamente solo el tipo penal que consume al otro. Adoptar una decisión contraria violaría el principio de *ne bis in idem*. En sentido contrario, si ninguno de los tipos penales representa en su totalidad el desvalor del hecho, el juez deberá reconocer la existencia de un concurso ideal.

Ahora bien, para determinar si uno de los tipos penales abarca completamente o no el desvalor del otro, en primer lugar, es necesario realizar un ejercicio interpretativo de los tipos concurrentes, para posteriormente realizar una comparación en sentido concreto a fin de determinar si el desvalor que representa el hecho se ve satisfecho por uno de los delitos, o si en cambio el supuesto fáctico comprende aspectos de desvaloración no contemplado en un solo tipo y sí en otros tipos penales que pudieran presentarse.

Siendo esto así, el principio de consunción como regla de preferencia entre concurso aparente de normas, encuentra su ámbito de aplicación en los supuestos en que, por decisiones interpretativas previas, se establezca que un tipo penal representa completamente el desvalor de la totalidad del hecho. En sentido contrario, si se comprende que el hecho además resulta desvalorado

debido a la afectación de otros intereses –citando un ejemplo, bienes jurídicos colectivos- ya no será posible reconocer que uno de los tipos penales comprenda el desvalor completamente del otro, por lo que, el otro tipo no podrá verse desplazado, dada la existencia de fundamentos normativos que apoyan que el elemento que contiene tal relación de interferencia entre los tipos penales que concurren en el hecho, sea legítimamente desvalorado a fin de justificar la aplicación de ambos tipos penales sin vulnerar el principio de *ne bis in ídem*.

Por último, también debe citarse la circular N° 4/2015 emitida por la Fiscalía General del Estado de España, en la que ejemplifica el tópico, indicando que para determinar si nos encontramos bien frente a un concurso aparente, o bien frente a un concurso real o medial de delitos, en los casos de robo y detenciones ilegales, cuando se priva a la víctima de su libertad mientras se lleva a cabo el robo con violencia o intimidación, debe realizarse cierta “valoración jurídica según la cual, si la sanción por uno de los delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en caso contrario, ante un concurso de delitos” (Fundamento 3).

Por todo lo expuesto, consideramos en primer lugar, que los problemas de determinación del límite entre el concurso aparente de normas y concurso medial de delitos, sucederán principalmente cuando se aprecie en el supuesto de hecho una relación de interferencia entre tipos penales, lo que implicará que entre ambos tipos existan elementos coincidentes y otros elementos que no lo sean – diferenciando a los mismos-; esto podría dar lugar a la aplicación de la regla de consunción, en el caso en que nos encontremos frente a un concurso aparente de normas. En esa línea, también somos de la posición que, para realizar un

análisis correcto a fin de determinar si en el hecho se deben aplicar las reglas del concurso medial de delitos o el concurso aparente de normas, debemos partir tomando en cuenta que la regla de consunción está dotada de un carácter valorativo; por tanto, es tarea de los órganos de administración de justicia apreciar el caso concreto en forma integral; siendo esto así, si durante el ejercicio de valoración, se advierte que en el supuesto de hecho el delito consumiente abarca la totalidad del desvalor o significación antijurídica del *factum*, será aplicable sólo este, operando el concurso aparente de normas; mientras que, serán de aplicación ambos tipos penales concurrentes cuando uno de ellos no abrace todo el desvalor del hecho concreto, aún si la relación de interferencia persista en el supuesto fáctico, lo que en modo alguno vulneraría la prohibición de doble valoración.

1.3.5.3. Sobre la justificación y proporcionalidad de la pena en el concurso medial

Resulta ser de importancia, además, expresar opinión respecto a las razones que justifican la regulación del concurso medial – cuyo resultado incidirá en el establecimiento de una fórmula particular para determinar la pena - y su estrecha vinculación con el principio de proporcionalidad, en virtud de que las penas fijadas deben guardar coincidencia con la gravedad del hecho, de tal forma que estas no deberán ser desmedidas, pero tampoco irrisorias.

Mañalich (2015) al efectuar un análisis sobre la reiteración de hechos punibles como factor penológico bajo un modelo de derecho penal de hecho, refiere que si bien en el concurso medial no existe una superposición de injusto subjetivo de los hechos punibles concurrentes propio del concurso ideal, sí existe una aproximación entre ellas, que se encuentra determinada por la relación

teleológica de medio a fin. Esta conexión medial que vincula a los dos o más hechos punibles, también se presenta atendiendo a la situación decisional del agente cuando el injusto subjetivo vincula a cada uno de los hechos concurrentes, puesto que, si no existe una intención de evitar la realización del delito medio, se entenderá también la inexistencia de una intención de evitar la realización del delito fin. De tal forma que, imponer acumulativamente penas en dos o más supuestos de hecho ideales o mediales resultaría excesivo, en cuanto desproporcionado debido que en ambos casos no existe plena independencia del injusto (subjetivo) constitutivo de cada uno de los hechos punibles.

Por su parte, la circular N° 4/2015 emitida por la Fiscalía General del Estado de España, efectuando un análisis de los antecedentes de la regulación del concurso medial, detalla que la justificación de la pena en los supuestos en que se cometían varios entre los cuales existía una relación medial, era preciso adoptar una reacción penal más intensa en comparación de los casos en que se hubiera cometido un solo delito; pero de menor intensidad en el caso en que se hubieran cometido varios sin relación entre sí. Luego precisa que en el concurso medial:

No hay un solo hecho sino dos perfectamente diferenciados, pero interconectados en una relación teleológica de medio a fin, relación de necesidad que debe ser entendida en un sentido concreto y taxativo, no bastando el plan subjetivo del autor sino que será preciso que en el caso concreto un delito no pueda producirse objetivamente sin otro delito que esté tipificado como tal de forma independiente. (Fundamento 2).

Por su parte, Sánchez (2015), precisa que la manera más adecuada en que debe desarrollarse el concurso de delitos, es en el marco de la introducción de reglas

específicas de proporcionalidad, efectuando una valoración colectiva que vaya más allá de la mera adición de las penas derivadas de una hipótesis individual. Citando un ejemplo, refiere que en el caso del concurso ideal de delitos se castiga la infracción penal más grave, que puede ser agravada en su mitad superior; la justificación de este tratamiento radicaría en el menor desvalor de la acción al haber concurrido un solo momento de rebelión frente al ordenamiento jurídico respecto a la pluralidad de conductas y resultados.

Acota, además, que la razón de ser de la teoría concursal no obedecería propiamente a la existencia de una o varias acciones, sino más bien a razones normativas que justifican una valoración colectiva de las distintas infracciones individuales que, debido a su complejidad fueron obviadas en la creación de estas figuras en los Códigos Penales.

Concluye señalando que las reglas específicas de proporcionalidad congenian y replantean la función propia de la teoría del concurso de delitos, que va más allá de la mera acumulación de penas que deriva de cada hipótesis individual, pues se yergue de una forma diferente en relación a los fundamentos del concurso real e ideal, toda vez que, se recurrirá a las reglas de deducción y adición para la determinación de la pena (reglas específicas de proporcionalidad), las mismas que encuentran su razón, en tanto permiten captar un significado cualitativo distinto del que permiten las valoraciones secuenciales que lleva a formular una desvaloración más gravosa de los hechos.

Siendo esto así, somos de la posición que, al existir en el concurso medial de delitos una aproximación entre hechos punibles, determinados por la relación teleológica de medio a fin, la reacción penal debe ser más intensa comparada a

los casos en que se hubiera cometido un solo delito o una acción que dé lugar a más de un hecho punible; pero de menor intensidad respecto del caso en que se hubieran cometido varios independientes. Y a fin de determinar una pena que guarde proporción con el hecho, concordamos con los autores que respaldan que se debe efectuar en examen de valoración colectiva del supuesto, no limitándose a verificar la sola concurrencia de dos hechos punibles; por lo que, en esta línea también para los casos de concurso medial, se deberán tomar en cuenta las particularidades de su construcción (a la concurrencia del medio necesario).

1.3.6. Propuesta normativa para la incorporación del concurso medial en el CP

Como se ha podido observar durante el desarrollo del presente trabajo de investigación, existen razones fundadas para dar un tratamiento jurídico diferenciado al concurso medial de delitos en nuestro ordenamiento jurídico peruano. Esta decisión encuentra sus límites en los fundamentos normativos que justifican una regulación orientada a cumplir tal fin, dentro del marco de la pena establecida en la Ley. Por lo que, de *lege ferenda* se plantea la siguiente propuesta normativa:

Artículo 49-A: Concurso Medial

Cuando concurren dos o más hechos punibles y uno de ellos sea medio necesario para cometer el o los otros, se impondrá una pena superior a la que fije el juez por el delito más grave, hasta por la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de

los delitos, no pudiendo exceder de 35 años de pena privativa de libertad.

Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta.

En esta propuesta de artículo, se incluyen los elementos normativos que delimitan la aplicación razonable de la figura del concurso medial (dos o más hechos punibles, medio necesario). Por su parte, los márgenes de la pena a imponer, se encuentran estrechamente relacionados con el concurso real e ideal de delitos, de tal forma que se pretende ubicar cuantitativamente a la pena del concurso medial entre las penas comprendidas por estas dos modalidades, con lo que se cumple el fin de la norma.

A su vez, se ha limitado la sumatoria de penas al máximo de 35 años de pena privativa de libertad, conforme lo prescrito en el artículo 29 del CP peruano, que establece este límite para las penas privativas de libertad temporales. Asimismo, también se ha tenido en cuenta la posibilidad de que se presente un delito en concurso que se castigue con pena de cadena perpetua; en este caso no resultaría necesaria aplicar la técnica de determinación judicial de la pena, si no ir directamente a aplicar esta última.

Ahora bien, en esta propuesta normativa se explica la forma de determinar la pena en el concurso medial de delitos, y, para ejemplificarlo se presenta el siguiente caso: En el supuesto de hecho se tiene que A, con la finalidad de hacerse de una suma de dinero, ha consignado una firma falsa en unos cheques, posteriormente se ha dirigido al Banco de la Nación y los ha presentado, el cajero que lo atendió recibió el cheque sin advertir la falsificación, con lo que A, ha logrado retirar un total de S/. 100,000.00. No existen agravantes ni atenuantes.

El primer paso consiste en seleccionar la infracción más grave, que será aquella que contenga la pena más grave. En el presente caso, el delito de estafa, regulada en el artículo 196 del CP se establece el margen punitivo de entre 1 a 6 años, mientras que el delito de falsificación de documentos, tipificado en el artículo 427 del CP, establece como pena privativa de libertad de 2 a 10 años, por lo que para determinar la pena base se tendrá en consideración a este último margen penológico.

Una vez identificada la pena abstracta de la infracción más grave, que para el presente caso es el delito de falsificación de documentos (2 a 10 años), se procederá a determinar la pena concreta, considerando lo establecido en el artículo 45-A del CP, y a su vez, aplicando las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal establecidas en el mismo dispositivo normativo; en el ejemplo acotado, correspondería individualizar la pena dentro de los tercios. Dado que el margen punitivo del delito de falsificación de documentos es de 8 años, multiplicado por 3 hacen 96 meses, y dividido entre tres se obtiene como resultado 32 meses (o 2 años 8 meses). Por lo que, el tercio inferior será de 2 años a 4 años 8 meses, el tercio intermedio de 4 años 8 meses y 1 día a 7 años 4 meses, y el tercio superior de 7 años 4 meses y un día a 10 años; y, estando a que en el caso propuesto no existen agravantes ni atenuantes nos ubicaremos en el tercio intermedio para establecer el umbral de la sanción aplicable, tomando como referencia el límite máximo de este margen punitivo (7 años 4 meses).

Seguidamente, se deberá identificar el techo o límite de la pena; esta se encontrará en función a la sumatoria de las penas concretamente imponibles a cada delito concurrente luego de haberse aplicado la regla de los tercios y haberse apreciado las circunstancias modificativas de la responsabilidad. En

nuestro ejemplo ya se tiene como pena concreta para el delito de falsificación la de 7 años y 4 meses. En lo que concierne al delito de estafa, la pena fijada por el legislador va de uno a seis años, por lo que el tercio inferior es de 1 año a 2 años y 8 meses, el tercio intermedio de 2 años 8 meses y un día a 4 años y 4 meses, mientras que el tercio superior irá de 4 años 4 meses y un día a 6 años. Estando a que para este delito tampoco existirían agravantes ni atenuantes, corresponderá ubicarnos en límite máximo del tercio intermedio que será de 4 años y 4 meses. Ahora, la adición de ambas penas concretas (del delito de falsificación y estafa) es de 11 años y 8 meses.

Una vez identificado el margen punitivo, se deberá realizar la dosificación final de la pena dentro de los límites previamente fijados, esto es –en nuestro ejemplo– de 7 años 4 meses, a 11 años 8 meses de pena privativa de libertad, la misma que quedará en decisión del juez, teniendo en cuenta que la pena concreta final a imponerse será indefectiblemente una pena más elevada a la que en el caso concreto correspondería por el delito más grave, pero nunca deberá superar la suma de las penas a fijar como si se tratara de un concurso real.

Dentro de este margen de imposición de castigo, el juez deberá determinar una pena observando el principio de proporcionalidad y tomando en cuenta la entidad y las circunstancias que hubiesen concurrido en cada injusto de tal forma que la pena determinada abarque el desvalor de los delitos en concurso, pero ya sin tomar en cuenta nuevamente las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que fueron utilizadas para la determinación de las penas concretas individualmente por cada delito, si no tomando en cuenta los presupuestos para fundamentar y determinar la pena fijados en el artículo 45 del CP, a saber:

“a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad, b. Su cultura y sus costumbres; y, c. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad”.

CAPÍTULO II: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Diseño Metodológico

2.1.1. Tipo de investigación

La presente investigación es de tipo teórica, puesto que estudia parte de la dogmática del derecho penal relacionada a la teoría concursal, específicamente sobre los alcances del concurso medial y la necesidad de su inclusión en el ordenamiento jurídico peruano.

2.1.2. Nivel de la investigación

La presente tesis es de nivel descriptivo, puesto que su finalidad es describir el concepto de concurso medial, sus características, componentes; así como las opiniones a favor y en contra del mismo, con la finalidad de analizar si es necesario o no la incorporación del concurso medial en el ordenamiento jurídico peruano.

2.1.3. Diseño de la investigación

El diseño de la presente investigación es no experimental u observacional, por cuanto carece de manipulación intencional de las variables; siendo su finalidad estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia; recurriendo además al método dogmático, ya que se describen conceptos relacionados al concurso medial de delitos, la problemática y discusión doctrinaria en torno a este tema, así como de la necesidad de su regulación como concurso independiente en el CP peruano.

2.1.2. Procedimiento de muestreo

En la presente tesis no se ha realizado un procedimiento de muestreo dado que, al ser una investigación teórica de nivel descriptivo, no estudia un fenómeno contrastable con la realidad. Tampoco centra su estudio en una población en específico; sino que se dedica a desarrollar los tópicos relacionados con el concurso medial y la necesidad de su regulación en el ordenamiento jurídico peruano.

2.2. Aspectos éticos

La autora declara que la información utilizada para el desarrollo de esta tesis ha sido recopilada de fuentes como libros, revistas físicas y virtuales, e internet; en tal sentido en las referencias bibliográficas se han consignados las citas de todos los trabajos académicos revisados, en concordancia con la guía otorgada por la universidad. Asimismo, declara que el presente trabajo de investigación es de su autoría en su integridad.

CAPÍTULO III: RESULTADOS

El abordaje de la figura jurídica del concurso medial de delitos y el análisis de su posible incorporación en del Código Penal Peruano como modalidad concursal independiente, nos permitió arribar a los siguientes resultados:

- El concurso medial de delitos no se encuentra regulado en el Código Penal Peruano, como forma modal del concurso ideal ni como modalidad del concurso real de delitos, en el mismo sentido tampoco ha sido regulado como tipología concursal independiente.
- La necesidad medial, que constituye el elemento normativo particular del concurso medial de delitos, limita la justificación de aplicación de los efectos jurídicos del concurso real (acumulación de penas), como del concurso ideal de delitos (absorción).
- En cuanto al derecho comparado, diversas legislaciones han implementado en sus códigos sustantivos una regla de determinación judicial de la pena a ser aplicada en supuestos de concurrencia medial; como ejemplo, en España la fórmula de dosificación de la pena para esta modalidad concursal, que sigue las reglas de combinación, se encuentra desarrollada en forma tal que la consecuencia jurídica se sitúa en medio de las reglas fijadas para determinar la pena en los concursos ideal y real.
- Si bien el concurso medial de delitos no se encuentra regulado en el CP peruano, la jurisprudencia nacional ha reconocido su existencia; por otro lado, ha abordado en cierto grado los supuestos de concurrencia medial,

realizando una interpretación disímil en el caso concreto atendiendo a las especiales circunstancias del hecho, lo que ha originado formulaciones disonantes respecto de sus pronunciamientos, aduciendo en algunos casos que este tipo de concurrencia delictiva formaría parte del concurso real de delitos, en otros casos se trataría de un concurso ideal de delitos e incluso postulan la idea de un concurso aparente de leyes en otros tantos .

- En la misma medida en que basan su regulación las diversas hipótesis de concurrencia delictiva reguladas en el CP peruano, los principios de legalidad, proporcionalidad de las penas y seguridad jurídica, también dotan de sentido al concurso medial de delitos en los ordenamientos jurídicos que las comprenden.

CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN

Durante el desarrollo de la presente tesis, cuyo objetivo principal fue determinar si resulta necesaria la regulación del concurso medial de delitos como modalidad de concurso independiente en el CP peruano, se han arribado a las siguientes discusiones:

- El concurso medial de delitos constituye una modalidad concursal que no cumple objetivamente con los presupuestos del concurso ideal ni del concurso real. Si bien, a la luz de la doctrina existen posiciones opuestas que consideran por una parte que este supuesto se trata de una concurrencia ideal, y otro sector defiende que tendría correspondencia con un concurso real atenuado; debemos partir por indicar que la figura del concurso de delitos se sistematiza desde la distinción entre unidad y pluralidad de hechos.

Sobre el particular la doctrina ha desarrollado diversas teorías, a fin de determinar cuándo en un supuesto nos encontramos frente a una sola acción o en varias; siendo la teoría de la acción natural, y la teoría de la acción final las que con mayores aciertos han aportado al estudio de este tema; además, nuestra Corte Suprema ha fijado como criterio para la determinación de unidad o pluralidad de acciones, la identificación de los factores que componen a esta última teoría, a saber, la voluntad del agente y la lesión de bienes jurídicos; en tal sentido, se ha partido por considerar que la teoría de acción final sería la aplicable para determinar si ante un supuesto de hecho existe unidad o pluralidad de acciones; en

tanto, el factor normativo le otorga un carácter objetivo que brinda seguridad jurídica, mientras que el factor final, le atribuye un carácter valorativo.

Siendo esto así, en los supuestos de concurso medial de delitos, no podría argüirse que este forme parte de un concurso ideal, en tanto si bien existiría un factor final plenamente determinado respecto a la unidad de resolución del agente que realiza los actos encaminándose a un solo acontecer, adolece de unidad en el factor normativo, puesto que en la conducta concurren dos tipos penales que no caben en el estudio del concurso aparente; concluyendo que no existiría unidad de acción, que importa al concurso ideal, por lo que no podría serle aplicable.

Tampoco sería parte del concurso real de delitos, dado que esta modalidad concursal demanda independencia delictiva, en contraposición a la modalidad medial, que precisa justamente la existencia de una interconexión entre delito-medio y delito-fin. Por tanto, es claro que para estos casos resulta necesario establecer una figura concursal independiente que fije un marco punitivo diferenciado de los ya existentes.

- El término *medio necesario* constituye el elemento normativo fundamental del concurso medial de delitos; el mismo que debe ser entendido desde los supuestos de concurrencia estricta, en que la relación medial exige una conexión imprescindible entre delito medio y delito fin, excluyendo a la voluntad, mera conveniencia o mayor facilidad para la comisión del delito.

Además, el *medio necesario* de un delito en el supuesto de hecho deberá ser analizado desde un plano objetivo formal, verificando que entre el delito medio y el delito fin se presente una conexión de causalidad; de tal forma que si se realizara un ejercicio hipotético de supresión del delito medio, se concluiría que el delito fin no hubiera sido cometido ante la ausencia del primero.

La conexión instrumental real y objetiva entre dos delitos, exigirá como requisitos por un lado que el delito medio siempre preceda cronológicamente al delito fin; y que, únicamente exista relación medial cuando el delito medio tenga la entidad de ser un instrumento idóneo para llegar al resultado. Asimismo, este medio necesario deberá tener la virtualidad de excluir a los supuestos en los que el *delito medio* fuese concreta y objetivamente superfluo o prescindible, así como de aquellos casos en los cuales se hubiera generado un exceso consciente en la afectación de bienes jurídicos que, si bien en el supuesto fáctico fuera precisa, para alcanzar el delito-fin; pero que, sin tal exceso, el delito medio sería igualmente apto como instrumento para cometer el delito-fin.

- Para determinar los límites entre el concurso medial de delitos y el concurso aparente de normas, así como identificar en qué supuestos de hecho debe ser aplicada una u otra teoría; resulta necesario recurrir a los sistemas que se han planteado sobre este tema; a saber, el sistema clásico, que postula la existencia de una serie de principios que fundamentan el concurso aparente, y el sistema monista, basado en la existencia de una naturaleza común en tales supuestos.

Conforme la teoría clásica, los supuestos cuyos contenidos se rigen bajo el principio de consunción – de carácter valorativo- (específicamente en los casos donde el injusto de la misma forma se realiza antes o después de la consumación de tipo penal), guardan mayor identidad con el concurso medial de delitos; atendiendo a la similitud que presentan, dado que en ambos supuestos se debe atravesar por la comisión de un injusto para llegar a la consumación del segundo.

En este extremo, los aportes de la teoría monista coadyuvan a esclarecer la situación problemática que implica identificar si el supuesto de hecho se trata de un concurso aparente de normas por consunción o un concurso medial de delitos; en tal sentido, en la relación lógica de interferencia que subyace al principio de consunción, se apreciará que existe coincidencia con al menos uno de los objetos de ambos injustos, y por lo menos un objeto de uno de los injustos no tiene relación de coincidencia con el otro y viceversa, para lo cual se realiza un ejercicio de interpretación en concreto y la identificación de las normas a ser aplicadas (subsunción), con la que se determinará la presencia de un espacio común entre los conjuntos.

Aunado a la verificación de la relación de interferencia, para determinar si existe concurso medial o en cambio, estamos frente a un concurso de normas, es preciso analizar el contenido de sentido de la consunción, de tal forma que en los casos en que el hecho se adecúe a más de un tipo penal, pero uno de estos represente completamente el desvalor del hecho, el juez a través de un examen de valoración del caso concreto,

debe reconocer un concurso aparente, y aplicar externamente solo la sanción del tipo penal que consume al otro; o, si ninguno de los tipos penales representa en su totalidad el desvalor del hecho, el juez deberá reconocer la existencia de un concurso de delitos .

Lo anteriormente señalado implica que la actividad del juez, quien será encargado de analizar el desvalor o significación antijurídica del supuesto de hecho, cuando el delito consumiente abarque la totalidad del delito consumido deberá considerar como aplicable sólo este último, operando el concurso aparente de normas; en sentido contrario si uno de los delitos no envuelve todo el desvalor del hecho concreto, debe aplicar ambos tipos penales aún si la relación de interferencia persista en el supuesto fáctico.

- El concurso medial, como figura del derecho penal concursal, se rige bajo los principios de legalidad, proporcionalidad de las penas y seguridad jurídica. En lo concerniente al principio de legalidad, en nuestro CP no existe regulación expresa, contenida en un dispositivo normativo sobre el concurso medial de delitos, así tampoco de sus consecuencias jurídicas. Actualmente los supuestos de hecho de concurrencia entre dos conductas interconectadas por una relación de necesidad medial tienen su tratamiento bajo las figuras del concurso real e ideal, regulados en el CP; empero los mismos tampoco comprenden taxativamente la norma que contenga el supuesto de concurrencia medial.

Asimismo, el principio de seguridad jurídica guarda estrecha relación con la figura del concurso medial de delitos, en la medida en que la configuración de sus elementos normativos y descriptivos coadyuvan a

tener un mayor grado de predictibilidad y uniformidad en las decisiones judiciales.

Por su parte, el principio de proporcionalidad de las penas, es concordante con el concurso de delitos; y, por lo tanto, también con el concurso medial, en la medida que la determinación judicial de las penas en los supuestos de concurrencia delictiva debe guardar relación de correspondencia con el grado de afectación del bien jurídico. Este principio a su vez se sustenta en dos principios; por un lado el principio de que cada delito debe ser penado (*quot delicta tot poenae*), en tanto, la comisión de un delito tiene como consecuencia una pena, en ese sentido, si el agente comete más de un delito será acreedor de más de una pena.

Por otro lado, el principio de *ne bis in ídem*, refiere que no se castiga más de una vez por el mismo delito; en mérito a lo cual limita la aplicación de sanciones o castigos dobles (o más veces) como consecuencia de una misma infracción cuando se de la identidad de sujeto, hecho y fundamento - formulación material-. Este principio se define como un límite a la aplicación de la teoría del concurso de delitos.

También, en concordancia con el principio de proporcionalidad, al existir en el concurso medial de delitos una aproximación entre hechos punibles, determinados por la relación teleológica de medio a fin, la reacción penal será más intensa que un supuesto de concurso ideal; pero de menor intensidad en comparación al concurso real. Aunado a ello, el examen de valoración colectiva del supuesto de hecho, que va más allá de la sola verificación de concurrencia de dos o más hechos punibles, tiene especial

relevancia; puesto que, en el caso del concurso medial, la presencia de esta relación de necesidad de medio a fin será el inicio del acto valorativo que justificará además las razones para imponer una pena diferenciada de los establecidos en los concursos preexistentes.

CONCLUSIONES

Conforme el estudio del tema tratado en la presente tesis y atendiendo a la formulación del problema planteado oportunamente en el proyecto de investigación, se ha arribado a las siguientes conclusiones:

- La ausencia de regulación expresa del concurso medial de delitos en el CP Peruano, ha originado criterios jurisprudenciales discordantes; lo que ha traído como consecuencia la aplicación de las modalidades concursales preexistentes como el concurso real e ideal de delitos, e incluso la aplicación del concurso aparente de leyes, lo que ha dado lugar a un espacio de inseguridad jurídica; este problema quedaría resuelto con la introducción de un dispositivo normativo que regule los supuestos de concurrencia medial.
- El elemento normativo *medio necesario*, que caracteriza al concurso medial de delitos, configura una modalidad concursal que no cumple objetivamente con los presupuestos del concurso ideal ni del concurso real, al adolecer de unidad de acción - propio de la concurrencia ideal - , y tampoco de independencia delictiva entre los delitos concurrentes - que caracteriza al concurso real -; por lo que esta figura concursal goza de criterios normativos particulares, razón por la que debe ser considerada como una modalidad de concurso independiente.
- Dado que en nuestro ordenamiento jurídico no existe un pronunciamiento vinculante mediante el cual se determine la teoría de unidad de acción - que importa al espectro del concurso de delitos- adoptada, y luego de

efectuar un análisis de las teorías desarrolladas concernientes a este tópico, concluimos que la teoría de unidad de acción final es la que aborda y soluciona de manera más adecuada la determinación de la unidad o pluralidad de acciones; a lo que se agrega que, en la jurisprudencia ha existido un esbozo sobre esta teoría como base para la solución del conflicto antes detallado.

- La manera más adecuada de diferenciar el concurso aparente de normas, -específicamente de los supuestos estudiados bajo el principio de consunción- con el concurso medial de delitos, es a través de un examen de carácter valorativo; analizando el caso concreto en forma integral, de tal manera que luego de esta evaluación será posible identificar si el hecho punible consumiente abarca o no la totalidad de la significación antijurídica del supuesto fáctico. Ello permitirá identificar si se está ante un supuesto de concurso aparente o si realmente existe concurrencia delictiva.
- La fórmula establecida por el CP español para determinar la pena en los casos de concurso medial de delitos, consistente en limitar sus márgenes punitivos en grado superior a la técnica del concurso ideal, pero imposibilitando su exceso que lo haría equiparable al concurso real, es concordante con los principios de proporcionalidad de las penas y seguridad jurídica. Asimismo, su incorporación en nuestra norma sustantiva reafirmaría el principio de legalidad que fundamenta al Derecho Penal.

RECOMENDACIONES

El presente trabajo tiene como finalidad brindar principalmente dos recomendaciones destinadas a dar solución a la problemática existente dentro de la teoría concursal; que si bien ha sido poco tratada en nuestro entorno jurídico, constituye una institución fundamental dentro del Derecho Penal, resultando imprescindible su estudio dadas las consecuencias materiales que ella conduce; en tal sentido a continuación se detallan las siguientes acciones a adoptar:

- En caso se llegara a asumir la postura planteada durante el presente trabajo de investigación, referida a la necesidad de regulación del concurso medial de delitos como modalidad concursal independiente en el CP Peruano, se recomienda introducir un nuevo artículo en la parte general del citado cuerpo normativo, debiendo tipificarse de la siguiente manera:

Artículo 49-A: Concurso Medial

Cuando concurren dos o más hechos punibles y uno de ellos sea medio necesario para cometer el o los otros, se impondrá una pena superior a la que fije el juez por el delito más grave, hasta por la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos, no pudiendo exceder de 35 años de pena privativa de libertad. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta.

- En sentido contrario, si el legislador considerase que el concurso medial de delitos no necesariamente configura una modalidad independiente en el CP peruano y por tanto no es necesaria su regulación en un apartado propio, se recomienda adicionar bien al artículo 48, o bien al artículo 50 del CP que regulan el concurso ideal y real respectivamente, un párrafo que prescriba la pena y el enunciado normativo que abarque los supuestos de concurso medial, conforme el contenido del texto propuesto en el párrafo precedente.
- Asimismo, atendiendo a que durante el estudio de las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales, se han advertido criterios discrepantes al momento de analizar los casos de concurrencia delictiva; en los que además, en muchos de ellos se ha omitido incluso fundamentar adecuadamente la base sobre la cual se arriba a una determinada posición respecto de la concurrencia de delitos o ausencia del mismo; se recomienda la unificación de criterios jurisprudenciales, a través de un acuerdo plenario, que establezca como doctrina legal la teoría aplicable para la determinación de los supuestos de unidad y pluralidad de acción que atañen a la teoría concursal.

BIBLIOGRAFÍA

Arce Aggeo, M. (1996). *Concurso de delitos en materia penal*. Editorial Universidad S.R.L.

Artaza Valera, O., Mendoza Tapia, R., y Rojas Morán, L. (2019). La consunción como regla de preferencia en el marco del concurso aparente de leyes, *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (53), 147-176
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512019005000501>

Bustos Ramírez, J. J. y Hormazabal Malareé, H. (1997). *Lecciones de Derecho Penal Volumen I*. Editorial Trotta S.A.

Cancho Espinal, C. J. (2017). *El quantum del dolor de la pena e imputación penal*. Editores del Centro E.I.R.L.

Cuello Contreras, J. (2009). *El derecho Penal Español. Parte General. Volumen II Teoría del delito (2)*. Editorial Dykinson, S.L.

Cuello Contreras, J. (1979). La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos. La función de la normativa concursal (I), *Anuario de derecho y ciencias penales de la Universidad de la Rioja España*, (32), 45-92
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2796430>

Galván Gonzales, F. (2010). *Concurso de delitos. Análisis comparado entre España y México* (tesis de doctorado, Universidad de Salamanca). Repositorio Documental Gredos

https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/108969/DDPG_Galvan_Gonzalez_F_ConcursoDeDelitos.pdf?sequence=1&isAllowed=y

García Cantizano, M. (1996). De la relación concursal en los delitos de estafa y falsedad documental: nuevas soluciones a un viejo problema. *Revista Derecho y Sociedad*, (11), 195-213.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14360/14975>

García Cavero, P. (2019). *Derecho Penal - Parte General* (3° ed.). Ideas Solución Editorial S.A.C.

Guinarte Cabada, G. (1990). El concurso “medial” de delitos. *Estudios Penales y Criminológicos*, 13 (9) 154-206. Recuperado de https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4211/pg_154-207penales13.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal Parte General I* (3° ed.). Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L.

Jescheck, H. H. y Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal*. (M. Olmedo, Trad). Instituto Pacífico S.A.C. (Obra original publicada en 1995)

Joshi Jubert, U. (1992). Unidad del hecho y concurso medial de delitos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales del Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado*, 45, (2), 613-636.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46413>

Maldonado Mella, S. A. (2016). *Concurso de delitos y problemas de determinación de la pena en las estafas “masivas”: Lecciones de los casos “La Polar”, “Fermex” y “Madoff” frente a la dogmática penal* (tesis de licenciatura, Universidad de Chile). Repositorio de la Universidad de Chile. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/137746/Concursos-de-delitos-y-problemas-de-determinaci%C3%B3n-de-la-pena-en-las-estafas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Matus Acuña, J. P. (2000). Teoría del Concurso (Aparente) de Leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (primera parte), *Ius et praxis*, 6 (2), 295-371. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19760212>

Matus Acuña, J. P. (2001). Teoría del Concurso (Aparente) de Leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (segunda parte), *Ius et praxis*, 7 (2), 357-400 https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200016

Méndez Jerez, J. R. (1994). *Los sistemas de penalización en la dinámica del concurso de delitos* (tesis de licenciatura, Universidad de San Carlos de Guatemala). Repositorio de la Universidad San Carlos de Guatemala http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_1416.pdf

Mezger, E. (1958) *Derecho Penal, libro de estudio, parte general* (R.C. Nuñez, Trad.). Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L. (Obra original publicada en 1955)

Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal Parte General*, (3.º ed.). Euros Editores S.R.L.

Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2010) *Derecho Penal Parte General* (8ª ed.). Tirant to Blanch.

Ortega Matesanz, A. (2018). *Unidad de acción y resultados homogéneos: ¿concurso real de delitos?* [comunicación]. XIX Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal de la Universidad de León.

Paredes Vargas, C. (2010). Teoría del concurso de leyes y delitos. *Revista Institucional de la Academia de la Magistratura*. Artículos sobre Derecho Penal y Procesal Penal Tomo II, 6 (2), 53-63.
<http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/232>

Peña Castillo, F. (2009). El concurso aparente de leyes en la legislación nicaragüense. *Revista de Derecho*, 6 (12). 59-96.
<http://repositorio.uca.edu.ni/855/1/59-95.pdf>

Polar Cadillo, J. (2019). *Los Delitos Preterintencionales Cualificados por el resultado, y el concurso ideal de delitos* (tesis de maestría, Universidad San Martín de Porres). Repositorio de la Universidad San Martín de Porres
https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/4759/polar_cjl.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Prado Saldarriaga, V. (2016). *Consecuencias jurídicas del delito*. Idemsa.
- Ramírez Julca, M. (2020) El concurso medial de delitos y su relación con el delito de peculado. *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*, 137 (8). 87-98.
- Roxin, C. (1997) *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos estructura de la teoría del delito* (2°ed.) (D. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remseal, Trad.) Civitas S.A. (Obra original publicada en 1994)
- Villavicencio Terreros, F. (2006) *Derecho Penal Parte General*, Grijley.
- Von Liszt, F. (1999) *Tratado de Derecho Penal, Tomo III* (20° ed.) (L. Jiménez de Asúa y Q. Saldaña y García – Rubio, Trad.) Reus. (Obra original publicada en 1916)
- Welzel, H. (1956) *Derecho Penal Parte General*. (C. Fontán Balestra y E. Friker, Trad.) Roque Depalma (Obra original publicada en 1955).
- Wessels J., Beulke W. y Satzger H. (2018) *Derecho Penal. Parte General. El Delitos y su estructura*, (46° ed.) (R. Pariona Arana, Trad.) Pacífico Editores S.A.C. (Obra original publicada en 2016)
- Zaffaroni, E. (2015) *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV. Ediar S.A.C.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1997). Caso *“Tamayo Vs. Perú”*.

Corte Suprema de Justicia de la República (2002). Recurso de Nulidad N° 221-2001 Puno.

Corte Suprema de Justicia de la República (2008) Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, asunto: Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena.

Corte Suprema de Justicia de la República (2008) Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, asunto: Alcances de la pena de inhabilitación.

Corte Suprema de Justicia de la República (2009) Acuerdo Plenario N° 04-2009/CJ-116, asunto: Determinación de la pena y concurso real.

Corte Suprema de Justicia de la República (2011) Recurso de Nulidad N° 2414-2010 Lima.

Corte Suprema de Justicia de la República (2016). Recurso de Nulidad N° 2116-2014 Lima.

Corte Suprema de Justicia de la República (2016). Recurso de Nulidad N° 2531-2014 Apurímac.

Corte Suprema de Justicia de la República (2017). Recurso de casación N° 1121-2016 Puno.

Corte Suprema de Justicia de la República (2017). Recurso de casación N° 795-2017 Ancash.

Corte Suprema de Justicia de la República (2018). Recurso de casación N° 1020-2017 Lima.

Corte Suprema de Justicia de la República (2018). Recurso de Nulidad N° 743-2018 Lima.

Corte Suprema de Justicia de la República (2019) Acuerdo Plenario N° 06-2019/CJ-116, asunto: Problemas Concursales en el Delito de Trata de Personas y Delitos de Explotación sexual.

Corte Suprema de Justicia de la República (2019). Recurso de Nulidad N° 1558-2018 Lima Norte.

Corte Suprema de Justicia de la República (2021). Recurso de Nulidad N° 1010-2020 Lima..

Corte Suprema de Justicia de la República (2022). Recurso de casación N° 1204-2019 Arequipa.

Fiscalía General del Estado de España (2015) Circular N° 4/2015, *interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos.*

Tribunal Constitucional (2003). Expediente N° 0016-2002-AI/TC.

Tribunal Constitucional (2005). Expediente N° 4587-2004-AA/TC-LIMA.

Tribunal Constitucional (2012). Expediente N° 01010-2012-PHC/TC.

Tribunal Constitucional (2013). Expediente N° 02704-2012-PHC/TC.

Tribunal Constitucional (2017). Expediente N° 04234-2015-PHC/TC.

Tribunal Supremo Español (1991). Recurso de casación N° 4830-199.
Resolución N° 3278-1988.

Tribunal Supremo Español (2001). Recurso de casación N° 670-2001.
Resolución N° 670-2001.

Tribunal Supremo Español (2003). Recurso de casación N° 2343-200.
Resolución N° 504-2003.

Tribunal Supremo Español (2014). Recurso de casación N° 1739-2013.
Resolución N° 336/2014.

Tribunal Supremo Español (2015). Recurso de casación N° 396-2015.
Resolución N° 3518/2015.

Tribunal Supremo Español (2022). Recurso de casación N° 1739-2013.
Resolución N° 1632/2002.

Normas

Congreso de la República (2013). Ley N° 30076 - Ley que Modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea Registros y Protocolos con la finalidad de combatir

la inseguridad ciudadana. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-el-codigo-penal-codigo-procesal-penal-cod-ley-n-30076-976387-1/>

Consejo de Ministros (2017) Decreto Legislativo N° 1322, - Decreto Legislativo que regula la vigilancia electrónica personal. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-regula-la-vigilancia-electronica-per-decreto-legislativo-n-1322-1471010-1/>

Congreso Nacional (1874) Ley N° 18.742 - Código Penal de Chile. <https://iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-de-chile.pdf>

Asamblea Legislativa (1997) Decreto Legislativo N° 1030 - Código Penal de El Salvador. <https://iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-de-el-salvador.pdf>

Congreso de Diputados y Senado (1995) Ley orgánica 10/1995 - Código Penal de España. <https://iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-en-vigor.pdf>

Asamblea Nacional (2007) Ley N° 641 - Código Penal de Nicaragua. https://iberred.org/sites/default/files/codigo_penal_de_nicaragua.pdf

Referencias Web

Real Academia Española (s.f.). Concurso real retrospectivo. En el *Diccionario panhispánico de español jurídico*. Recuperado el 12 de enero del 2021, en <https://dpej.rae.es>

Real Academia Española (s.f.). Concurso medial. En el *Diccionario panhispánico de español jurídico*. Recuperado el 15 de enero del 2021, en <https://dpej.rae.es>

Real Academia Española (s.f.). Pena privativa de libertad. En el *Diccionario de la Real Academia Española*. Recuperado el 6 de enero del 2022, en <https://www.rae.es/>