



Informe de Investigación

TÍTULO: Concurso Real Retrospectivo

Rama del Derecho: Derecho Penal	Descriptor: Concurso Material o Real
Tipo de investigación:	Palabras clave: Concurso, Material, Real, Pena
Fuentes: Doctrina y Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 2/11/2010

Índice de contenido de la Investigación

1. RESUMEN.....	1
2. DOCTRINA.....	2
a) Elementos Constitutivos.....	2
b) Concepto.....	2
c) Efecto Distorsionador de los fines de la Pena.....	3
d) Concurso Real Retrospectivo.....	4
3. JURISPRUDENCIA.....	5
a) Reglas generales para la unificación de penas.....	5
b) Adecuación de penas en sentencias pendientes.....	5

1. RESUMEN

La presente recopilación recoge los supuestos doctrinales sobre los que se sustenta el concurso real o material retrospectivo, enlazado con los fines de la pena. Se contemplan así, sus elementos constitutivos, concepto y aplicación práctica de dicho concepto. Se anexan unos breves extractos jurisprudenciales sobre la aplicación de este instituto y su relación con la ejecución de la pena.

2. DOCTRINA

a) Elementos Constitutivos

[ARCE AGGEO, Miguel Ángel]¹

“Estableceremos dos relaciones básicas entre elementos, que será necesario precisar a nivel conceptual para evitar confusiones; ellas son:

Conducta: ejercicio de una actividad final.

Fin: objetivo propuesto por el ejecutor de la conducta; contenido estructural de la misma.

Acción: mero movimiento causal, físico y mecánico.

Tipo: entendido como el instrumento legal lógicamente necesario de naturaleza predominantemente descriptiva, que otorga relevancia penal a las conductas que individualiza.”

b) Concepto

[ARCE AGGEO, Miguel Ángel]²

“Afirmamos ya que el fin es la consecuencia motivadora de la conducta y, por lo tanto, diremos que siempre que exista un fin, éste corresponderá a una determinada conducta, ya que aquél se encuentra ínsito como componente básico de la misma (no hay conducta sin finalidad) dando origen con esta aseveración a lo que llamaremos la relación a nivel pretípico.

Denominaremos 2a relación a nivel típico a la existente entre la conducta y el tipo o, si se quiere, entre la conducta y su encuadramiento típico, pudiendo entonces aseverar que a cada uno de los encuadres corresponde una conducta, conformándose mediante la misma un supuesto de concurso material si se pluraliza dicha relación.

Volviendo a la 1° relación, podemos afirmar que siempre en primera instancia es el "fin" y no la "acción" el que nos determinará la pluralidad de conducta.

Pero decimos en principio porque a esta comprobación a nivel pretípico debemos llevarla luego a la 2° relación a nivel típico, para tratar de determinar si esa pluralidad de conductas tiene su correlato a nivel típico, pues en algunos casos existe una conducta unitaria que encuadra en más de un tipo, como en los casos de delitos culposos concurrentes en el supuesto de una única violación a un deber de cuidado.

Pero siempre que existan varias conductas existirá más de un encuadramiento (art. 55 del Cód. Penal, supuesto de concurso real); la excepción serán los casos de concurso ideal a la inversa y los de unidad de ley.

En cuanto a la 1° relación, podemos afirmar que a cada uno de los fines propuestos por el agente le corresponderá una conducta.

En Alemania, la doctrina establece diferencias en cuanto a la determinación de unidad y pluralidad de delitos culposos, según se trate de tipos culposos de resultado o de simple actividad.

El tema resulta, sin embargo, complejo, a causa de la problemática que aún "plantea la distinción entre la unidad y la pluralidad de hecho, y la delimitación entre las hipótesis de unidad delictiva y los supuestos de concurso de delitos.”

c) Efecto Distorsionador de los fines de la Pena

[CUERDA RIEZU, Antonio]³

“El sistema de acumulación es el más riguroso de todos los que se prevén para las consecuencias jurídicas concursales. Se ha dicho que la acumulación es el criterio que mejor se adecúa a la teoría penal absoluta de la retribución. Desde mi punto de vista, creo que se puede matizar esta opinión: una concepción preventivo-general de la pena puede estimar justificado el cumplimiento de todas las penas impuestas para ejemplo de la sociedad; y también puede entenderse correcta la acumulación para los que ven el fin de la pena en el objetivo de que el delincuente no vuelva a delinquir, dada la pluralidad de los hechos cometidos. Esto es lo que ocurre al menos en una consideración abstracta de los principios penales. Pero, si se tiene en cuenta el concreto sistema de determinación de la pena en el ordenamiento jurídico español, las cosas son distintas.

Con el actual modelo de determinación de la pena previsto en el Código, el momento fundamental en que se tienen en cuenta las consideraciones relativas a los fines de la pena, es el nivel llamado de determinación judicial de la pena, esto es, cuando el marco penal ya está determinado tanto en lo que se refiere a las escalas graduales como en lo relativo a la extensión de la pena, y sólo resta al juez la tarea de imponer una pena totalmente determinada. Para esta tarea debe darse cumplimiento a la declaración constitucional de que las penas privativas de libertad «estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social», es decir, a la prevención especial. La consideración de este objetivo previsto en el artículo 25.2 de la Constitución, así como de otros fines de la pena, sólo puede tener lugar en el ámbito de las penas individuales, es decir, respecto a la pena prevista para cada concreta infracción.

Pero, si el juez se dispone a hacer efectivo el principio de acumulación, no puede volver a tener en cuenta los fines de la pena. Sencillamente, porque de la acumulación no se deriva una nueva pena que requiera otra vez de determinación judicial, sino que con este procedimiento cada pena ya determinada simplemente se suma a las restantes. De esta manera se produce un efecto distorsionador de los fines de la pena, pues la suma de sanciones tiene que alterar necesariamente los efectos preventivos buscados con cada pena individual. Por mucho que el juez determine las penas individuales de cada hecho delictivo en una dirección preventivo-especial, la suma de todas ellas hará perder todo su sentido a las consideraciones preventivo-especiales, que sólo serían válidas si se tuvieran en cuenta los efectos globales de todas las sanciones para la vida del delincuente; pero precisamente esta estimación global resulta impedida por el principio de acumulación.

Esta objeción político-criminal hace abrigar considerables dudas sobre la constitucionalidad del sistema acumulativo. Especialmente, en lo que respecta a las penas privativas de libertad, que constitucionalmente deben perseguir la reinserción social del delincuente.

La ciencia jurídica ha puesto de manifiesto que una disposición sólo es inconstitucional cuando no puede ser interpretada «conforme a la Constitución»: si de varias interpretaciones posibles, hay una que no contradice los principios de la Norma Fundamental, hay que preferir ésta y rechazar las demás; pero también se ha indicado que la interpretación «conforme a la Constitución» no es posible contra el claro tenor literal de la disposición porque entonces ya no sería interpretación, sino creación del Derecho.

En materia de acumulación, las disposiciones del Código Penal impiden necesariamente la puesta en práctica de un objetivo de rango constitucional, como es el dí que las penas privativas de libertad estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social. Estos fines deben cumplirse en

atención a una persona concreta, por lo que se defraudarían las pretensiones constitucionales si se alegara que con el principio acumulativo se cumplen las prescripciones del artículo 25.2 de la Constitución con relación a cada pena individual, pero no a todas las penas en conjunto; es el condenado a penas privativas de libertad el que tiene derecho a la reeducación y a la reinserción social. Hace más de un siglo, Groizard se expresaba al respecto en estos términos:

Las penas tienen condiciones características, requisitos esenciales de que deben estar revestidas para llenar su alto fin social. Deben ser un mal real, efectivo, eficaz; pero un mal análogo proporcionado al delito, un mal que corrija, que regenere al culpable, que no le quite toda esperanza de poder volver un día al seno de la sociedad. De aquí que sea contrario al sentimiento de la justicia y a la índole en sí del delito y de la pena, el acumular siempre sobre un culpable, de una manera absoluta, las penas todas de los delitos que pueda haber cometido.

Y en sentido similar manifestaba Silvela que:

Por el contrario, el sistema que admite la acumulación o repetición rigurosa e inflexible, olvida cuánto influye el hábito en la humana naturaleza para que todo lo que la afecte sea sentido bien diversamente y no en puro aumento según su duración más o menos larga, preocupado del carácter principalmente expiatorio y remunerador del castigo según la ley del mal por el mal. Pasado cierto tiempo, la pena ya no es medicinal y correctoria, sino puro padecer y dolor, es decir, deja de ser verdadera pena.

Por otro lado, no encuentro una interpretación del principio acumulativo que salve la objeción de inconstitucionalidad, sin superar los límites de cualquier labor interpretativa. Y, en consecuencia, creo que la acumulación de penas privativas de libertad debe entenderse contraria a la Constitución.

No obstante, el sistema acumulativo se sigue manteniendo prácticamente sin variaciones tanto en el Proyecto de 1980, como en la Propuesta de 1983. A mi entender, sin embargo, el actual momento de reforma resulta perfectamente idóneo para conciliar la declaración constitucional del artículo 25.2 de la Norma Fundamental con el sistema de penalidad que se prevea para el concurso real.

Volviendo al punto de partida, creo, pues, que el principio acumulativo no resulta en abstracto contrario a los fines preventivos de la pena, pero sí lo es en nuestro concreto sistema de determinación de la pena.”

d) Concurso Real Retrospectivo

[CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco]⁴

“11.—El concurso real retrospectivo existe cuando, habiendo sido juzgados varios delitos distintos atribuidos a un mismo agente en procesos diferentes, es necesario aplicar la limitación de pena establecida por el artículo 76 Cód. pen. Según este artículo deben aplicarse las penas correspondientes a todos los delitos cometidos "no pudiendo exceder del triple de la mayor y en ningún caso de veinticinco años de prisión".

Si hubo procesos distintos por acciones en concurso real atribuidas a un mismo agente, pero las penas impuestas no chocan con el artículo 76 Cód. Pen., no se presenta la figura del concurso real retrospectivo.

12.—Cuando se hayan juzgado en distintos procesos acciones que forman un concurso real, dos situaciones pueden presentarse:



a-1) Si se tiene conocimiento de la existencia del concurso real, el juez de la última sentencia debe unificar las penas. Tal solución es establecida para una hipótesis particular por el artículo 23 Cód. proc. pen., pero ella puede extenderse por analogía a situaciones similares (Véase también, Artículo 356 Cód. proc. pen.).

a-2) Si los procesos se desarrollaron independientemente entre sí, de tal modo que en todos hubo sentencia firme y que las penas aplicadas superan el límite legal dispuesto por el artículo 76 Cód. pen., debe el Tribunal que aplicó la pena mayor o la mayor cantidad de penas modificar, de oficio, las sentencias en lo relativo a las penas y reducirlas al límite legal. El artículo 13 Cód. pen., referente al conflicto de normas en el tiempo, consagra solución parecida a la propuesta, aplicable por analogía. El condenado puede pedir que se reduzcan las penas al mínimo legal; para ello debe utilizar el incidente de ejecución (Art. 502 Cód. proc. pen.).”

3. JURISPRUDENCIA

a) Reglas generales para la unificación de penas

“El concurso material retrospectivo existe cuando, habiendo sido juzgados varios delitos atribuidos a un mismo agente en procesos diferentes, es necesario aplicar la limitación de pena establecida por el artículo 76 del Código penal. Según este artículo deben aplicarse las penas correspondientes a todos los delitos cometidos no pudiendo exceder del triple de la mayor y en ningún caso de cincuenta años de prisión. Si hubo procesos distintos por acciones en concurso real atribuidas a un mismo agente, pero las penas no chocan con el artículo 76 Código Penal, no se presenta la figura del concurso real retrospectivo. El concurso material retrospectivo existe pues, para corregir los defectos en cuanto a penalidad y monto de la misma, que puedan derivarse del juzgamiento separado de acciones que integraban entre sí el concurso real, de manera que aplicando retroactivamente las reglas que rigen su penalidad, puedan unificarse todas las penas impuestas, a fin de que entre sí, de su suma, no excedan del triple de la pena mayor impuesta, ni excedan de los cincuenta años...”⁵

b) Adecuación de penas en sentencias pendientes

“Se trata de una «adecuación» de penas por delitos y sentencias que no tienen entre sí relación alguna ni posibilidad de unificación a tenor de lo dispuesto por el artículo 23 del Código de Procedimientos Penales, o bien de un grupo de sentencias que entran en concurso material retrospectivo entre sí, y cuya unificación ya se dio, en su relación con otras sentencias que resultan ajenas a esos presupuestos y que, o se están descontando ya o no se han descontado aún. Hablamos de la interpretación que de los alcances del numeral 51 citado ha dado la Sala y que, siguiendo la voluntad expresa del legislador, ha permitido la «creación», por desprenderse así de la voluntad legislativa, de la posibilidad de adecuación de las penas, cuando éstas, pese a que no estén entre sí en relación concursal alguna, en los términos expuestos, impliquen que en su cumplimiento, por ser penas sucesivas, se pueda llegar en un determinado momento, a que una persona, por el total de penas impuestas y que le falten por descontar, sobrepase en cuanto a estas últimas, los cincuenta años... Procede en consecuencia la «adecuación» de que habla la Sala según la interpretación del artículo 51, con relación al artículo 40 constitucional, si la pena impuesta sumada a lo que falta al imputado por descontar de la pena que sufre en ese momento, más las que aún no ha descontado, superen los cincuenta años de prisión, de modo que el descuento

sucesivo que de ellas se hiciera, implicaría la imposición de una pena cuya duración y dimensiones sobrepasan el límite impuesto por el legislador y constituyen una violación a lo dispuesto por el numeral 40 de la Constitución Política. Esta interpretación debe ser así, aunque ello pudiera eventualmente implicar que el acusado no llegue a descontar efectivamente algunas de las penas impuestas, pero es el precio que ha de pagarse al tenerse en cuenta el respeto de la dignidad humana y la prohibición de penas perpetuas, inhumanas o degradantes, como lo constituye de hecho una prolongada estadía en prisión.”⁶

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 ARCE AGGEO, Miguel Ángel: *Concurso de Delitos en Materia Penal*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1996, p. 117.
- 2 *Ibid.*, pp. 117-118.
- 3 CUERDA RIEZU, Antonio: *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 36-40.
- 4 CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco: *El Concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense*, Imprenta y Litografía LIL S.A., San José, 1981, p. 78.
- 5 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 2500-1997, de las quince horas con treinta minutos del siete de mayo de mil novecientos noventa y siete.
- 6 *Ibid.*