

# SECCION DE JURISPRUDENCIA

## Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por  
**SANTIAGO MIR PUIG**  
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

### **ROBO CON TOMA DE REHENES, UTILIZACION ILEGITIMA DE VEHICULOS A MOTOR Y DETENCIONES ILEGALES** (Comentario a la STS de 31 de mayo de 1988)

**UJALA JOSHI JUBERT**  
Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

#### I

1. El objetivo de las páginas que siguen es comentar y analizar toda una tendencia doctrinal que se inicia de forma contundente con la Sentencia del 31 de mayo de 1988 y que llega, en palabras del Tribunal Supremo, *no sin fisuras*, hasta la actualidad (1). Es por ello que nuestro análisis se centrará con preferencia en los hechos y fundamentos de derecho de la mencionada Sentencia. Veamos a continuación cuáles son estos hechos, cómo los resuelve el Tribunal Supremo y finalmente, cuáles son, a mi juicio, los problemas que se plantean.

2. Comencemos, pues, por exponer los *hechos declarados probados*. Los procesados, «tras tomar un taxi conducido por el ofendido, lo inmovilizan dentro del vehículo en lugar propicio para ello, haciendo uso de la navaja que portaba uno de los procesados, encerrándolo luego en el maletero para finalmente atarlo a un olivo del monte, en cuyo lapso de tiempo, que duró varias horas, le despojaron del dinero, cadena y medallas que llevaba el taxista...» Estos hechos fueron calificados por la Audiencia como tres delitos de robo con intimidación, de utilización ilegítima de vehículos de motor ajeno y otro de detención ilegal. Fueron condenados a las penas de cinco años de prisión menor por el primer delito, cinco años de prisión menor y privación del permiso de conducir o prohibición de obtenerlo por tiempo de cuatro años por el segundo delito y ocho años y seis meses de prisión mayor por el tercero. El Tribunal Supremo estimó el recurso presentado por uno de los procesados y en consecuencia dictó segunda sentencia en la que condena a cada uno de ellos por robo con toma de rehenes del artículo 501, núm. 4 y párrafo último del Código Penal, absolviéndolos de los demás delitos.

---

(1) SSTS de 1 de junio de 1990; 19 de abril de 1990; 12 de diciembre de 1990; 16 de febrero de 1991; 25 de febrero de 1991; 1 de julio de 1991; 11 de septiembre de 1991.

3. Podrá observarse que las conclusiones que alcanzó en su día la Audiencia en nada se parecen a las que ha llegado el Tribunal Supremo al casar la Sentencia. De estimar que concurrían tres delitos —robo con intimidación, utilización ilegítima de vehículo a motor ajeno y detenciones ilegales, en *concurso real*— se ha pasado a entender que es un *solo delito* —debido a la existencia de *concurso de leyes*— el que ejecutan los procesados, a saber, el de *robo con toma de rehenes*. El razonamiento jurídico de nuestro Tribunal se basa en las siguientes consideraciones:

*En primer lugar*, entiende preferente —en estos casos— «el artículo 501-4 del Código Penal o robo con toma de rehenes sobre el delito de detención ilegal perpetrada para propiciar el ataque patrimonial contra la víctima del robo, preferencia que se funda en el principio de especialidad rector del concurso de normas, o si se prefiere, del de consunción»...

*En segundo lugar*, «el delito más grave, en fenómeno de progresión delictiva absorbe al robo menos grave de las pertenencias del perjudicado»...

Y, *en tercer lugar*, «si el robo violento con toma de rehenes absorbe la sustracción violenta de las pertenencias del taxista, de igual modo, una utilización del vehículo propiedad de aquél, usando de los mismos medios violentos debió quedar subsumido en aquel robo». Consecuencia lógica de todo lo anterior es apreciar un sólo delito de robo con toma de rehenes, ya que los demás actos quedan absorbidos por éste más grave.

Con esta Sentencia se da inicio a una doctrina jurisprudencial cuya principal tesis consiste en sostener que existiendo cierta unidad de tiempo, lugar y sujeto pasivo, y siendo los bienes jurídicos atacados similares debe apreciarse únicamente el delito más grave por aplicación del concurso de leyes (2).

4. ¿E correcta dicha tesis jurisprudencial? ¿Concorre aquí realmente un concurso de leyes (3), o es preferible entender —como había hecho hasta ahora el mismo Tribunal— que debe aplicarse el artículo 71 del Código Penal (4), o quizá lo más adecuado es retroceder más en el tiempo de la jurisprudencia y aplicar el artículo 69 del Código Penal (5)? Antes de tomar una decisión es preciso poner en claro diversos conceptos. En efecto, esta tendencia jurisprudencial plantea, y a su modo resuelve, problemas que afectan a dos materias distintas del Derecho Penal. Por una parte, hay una toma de posición frente al tema del *concurso*, y, por otra parte, realiza una determinada interpretación de algunos *tipos* de la parte especial, a saber, del robo con toma de rehenes, de las detenciones ilegales y de la utilización ilegítima de vehículos a motor. Únicamente esta doble toma de posición permite al Tribunal Supremo concluir que tan sólo existe un delito de robo con toma de rehenes. Nuestro análisis va a seguir este mismo

(2) Ver, por ejemplo, STS 25 de febrero de 1991: «Mas esta doctrina recae sobre supuestos de unidad de víctima e incluso de acción y por ello no cabe su aplicación a casos como el presente en que existen dos sujetos pasivos distintos, dos bienes jurídicos sucesivos de la acción delictiva, aunque inmediatos entre sí.» En el mismo sentido: SSTS de 31 de mayo, 4 de julio, 26 de octubre de 1988; 11 de abril, 16 y 20 de junio, 15 de septiembre de 1989; 16 de febrero, 22 de octubre de 1991.

(3) Aprecian concurso de leyes entre el robo (violento o con fuerza en las cosas) y las detenciones ilegales, o entre el robo y la utilización violenta o finalmente entre robo, detenciones ilegales y utilización violenta, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 31 de mayo, 4 de julio y 26 de octubre de 1988; 20 de enero, 11 y 28 de abril, 16 y 20 de junio, 15 de septiembre y 10 de octubre de 1989; 19 de abril, 1 de junio de 1990; 16 de febrero, 1 de julio y 11 de septiembre de 1991.

(4) Aplican el artículo 71 del Código Penal ya sea por concurso ideal o medial de delitos entre el robo (violento o con fuerza en las cosas) y las detenciones ilegales, o entre el robo y la utilización violenta o finalmente entre robo, detenciones ilegales y utilización violenta, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 29 de enero de 1980; 29 de septiembre de 1987; 7 de diciembre de 1988; 25 de febrero de 1991.

(5) Aprecian concurso real de delitos entre el robo (violento o con fuerza en las cosas) y las detenciones ilegales, o entre el robo y la utilización violenta o finalmente entre robo, detenciones ilegales y utilización violenta, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 25 de mayo de 1983; 13 de marzo de 1984; 17 de enero, 3 de octubre y 4 de noviembre de 1985; 30 de abril, 27 de mayo, 13 de octubre y 15 de diciembre de 1986; 3 y 4 de febrero, 20 de marzo de 1987; 11 de abril de 1989; 17 de junio de 1985; 22 de octubre de 1991.

esquema: primero estudiaremos la teoría del concurso utilizada en estas Sentencias; luego examinaremos los tipos de la parte especial mencionados, y finalmente veremos si asiste la razón al Tribunal Supremo o si, por el contrario, su solución se hace insostenible.

## II

5. La llamada teoría del concurso —de delitos y de leyes— no es un tema que goce de consenso ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. La doctrina está dividida. La jurisprudencia es confusa. En seguida veremos el porqué de estas afirmaciones.

*La Jurisprudencia es confusa.* ¿Cómo resuelve el Tribunal Supremo el problema del concurso? Es decir, ¿cuándo aprecia concurso de leyes y cuándo de delitos? Y, en este último supuesto, ¿qué casos constituyen concurso real, y cuáles concurso ideal? Finalmente, de apreciarse el artículo 71 del Código Penal ¿cuáles son los requisitos para apreciar el primer inciso y cuáles para apreciar el segundo? Si frente a hechos similares la jurisprudencia respondiera con criterios similares, su posición, aunque cupiera criticarla por razones de política-criminal, por razones extrasistemáticas, sería atendible. Sin embargo, y no por suerte, no cuenta el Tribunal Supremo en esta materia con unos criterios bien definidos, que permitan resolver del mismo modo y con la necesaria seguridad jurídica casos similares. Basta la lectura de la jurisprudencia que estudia estos temas para darse cuenta de la realidad de lo afirmado: ante hechos similares, se observan soluciones dispares (6). Este estado de confusión, no obstante, no nos dispensa de realizar un breve examen de la situación jurisprudencial.

*La Doctrina está dividida.* Y no sólo está dividida frente al tema de la distinción entre concurso real, ideal y medial de delitos, sino que la disparidad de criterios va más allá, alcanzado también al concurso de leyes. En este último supuesto, se discute incluso la misma terminología y ubicación sistemática (7). Vayamos, sin embargo, por partes.

6. El punto de partida de toda la discusión doctrinal ha sido y es el *concepto de unidad de acción*.

En nuestro país, habida cuenta de la terminología usada en los artículos 68 y ss. del Código Penal, es preferible, por ser más ajustado a la letra de la ley, hablar de *unidad de hecho*. Por el contrario, en Alemania, y por la misma razón, debe hablarse de *unidad de acción* (8). No obstante, se observa en nuestra doctrina una preferencia por el con-

(6) Cfr. notas 3, 4 y 5.

(7) Maurach, «Tratado de Derecho Penal», trad. y notas de Córdoba Roda, 1962, p. 438: «el término generalizado de *concurso de leyes* resulta muy desafortunado»; Mir Puig, «El delito de coacciones en el Código Penal», *ADPCP*, 1977, p. 996, nota 19: no debería seguir hablándose de concurso aparente de normas; Klug, «Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz», *ZStW* 68 (1956), pp. 399 y ss.; LK (Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10 ed., 1978), Vogler, ante # 52, Nr. 102; S/S (Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 23 ed., 1988); Stree, ante # 52, Nr. 102; Schmidhäuser/Alwart, «Strafrecht, Allgemeiner Teil», *Studienbuch*, 2 ed., 1984, p. 431; Fiandaca/Musco, «Diritto penale», Parte Generale, 1985, p. 503; LK (Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 9 ed., 1970), Mösel, ante # 73, Nr. 45; R. Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 45; Haft, «Strafrecht, Allgemeiner Teil», 3 ed., 1987, p. 279.

Sobre la ubicación sistemática, cfr. Cobo/Vives, «Derecho Penal, Parte General», 2 ed., 1987, p. 533; Vives, «La estructura de la teoría del concurso de infracciones», 1981, pp. 8-9: pertenece a la teoría de las fuentes.

Ver sobre el tema el reciente libro de Peñaranda Ramos «Concurso de leyes, error y participación en el delito», 1991.

(8) Cfr. de todos modos, Schmidhäuser/Alwart, «Strafrecht», p. 431, para el cual el número de hechos penales —y no de acciones— es el punto decisivo; Cuello Contreras, «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función normativa concursal», *ADPCP*, 1979, p. 63: los tipos realizados y no la unidad o pluralidad de acciones es el criterio fundamental, p. 75: la distinción entre unidad y pluralidad de acciones depende de criterios formales e irrealizables; Kindhäuser, «Normverstoss und natürliche Handlungseinheit», *BGH, NJW*, 1984, 1568, *JuS* 1985, pp. 100 y ss., para el cual lo importante es el concepto de *infracción de la norma*. Puppe, «Funktion und Konstitution der ungelichartigen idealkonkurrenz», *GA*, 1982, pp. 156 y ss., para la cual lo importante es el concepto de *injustos emparentados*.

cepto de *unidad de acción* debido, sin duda alguna, a la influencia que la dogmática alemana ha ejercido y ejerce sobre nosotros (9).

El que estemos frente a un concurso de leyes, ideal o real se ha vinculado a que la acción sea única o exista una pluralidad de ellas. De este modo, se ha dicho (10) que mientras que en el concurso de leyes y en el ideal subyace una *unidad de acción*, en el concurso real hay varias acciones. En mi opinión, esta afirmación no es del todo exacta. Menos lo es todavía, no obstante, como veremos a continuación la tesis del Supremo, de acuerdo con la cual el concurso de leyes es un supuesto de *unidad delictiva*, mientras que en el concurso de delitos, sea éste real o ideal, se trata siempre de una *pluralidad de infracciones*.

La afirmación básica del Supremo es la siguiente: «Dentro de la cuestión titulada «Formas de aparición del delito» puede distinguirse entre la unidad delictiva y la pluralidad de infracciones y, en el seno de esta última figura, entre otras distinciones, se contraponen el denominado concurso real o material, regulado en los artículos 69 y 70 del Código Penal y el llamado concurso ideal o formal —art. 71 del Código Penal—, dentro del cual el legislador alberga dos hipótesis distintas, la de las infracciones pluri-ofensivas cuando «un solo hecho constituya dos o más delitos» y la que, con propiedad, podría denominarse concurso instrumental o teleológico «cuando uno de ellos sea necesario para cometer otro», cuya modalidad, según amplios sectores doctrinales, se asemeja más al concurso real que al ideal» (11).

No obstante, como se verá en seguida, se viene reconociendo en la actualidad que en la base del concurso de leyes puede también existir una pluralidad de infracciones y de hechos. Este sería el caso de los llamados actos anteriores y posteriores copenados. En consecuencia, las razones de acudir al concurso de leyes no serán exclusivamente de carácter lógico, sino que en muchos casos habrá razones valorativas. Hay que rechazar, pues, la construcción jurisprudencial del concurso de leyes, de acuerdo con lo cual, como se ha dicho, en estos casos no existe pluralidad de infracciones. Sigamos, de todos modos, con la construcción jurisprudencial del concurso de leyes.

7. La jurisprudencia ha estimado requisitos necesarios del concurso de leyes: a) un único acto de voluntad encaminado a la realización de toda la dinámica delictiva; b) que todos los actos que se realicen tiendan directamente a la producción del resultado lesivo en un mismo bien jurídicamente protegido, por lo que es preciso que se dé identificación tipológica (12). En su opinión, esto se cumple sobradamente en el llamado «fenómeno de progresión delictiva» en el cual el delito más leve debe quedar absorbido en el de mayor rango punitivo, siempre y cuando afecten ambos delitos a bienes jurídicos de la misma especie (13). El Tribunal Supremo en alguna Sentencia no considera ningún obstáculo a la apreciación del concurso de leyes el hecho de que se trate de una sola acción que afecta a varios sujetos pasivos, ni que se proyecte sobre diversos bienes muebles (14). En otras, por el contrario, exige la unidad de víctima (15). A

(9) Ver, por ejemplo, Sanz Morán, «El concurso de delitos», *Aspectos de política legislativa*, 1986, pp. 148, 212, para el cual unidad de acción equivale a unidad de hecho; Córdoba Roda, «Comentarios al Código Penal», II, 197, p. 314; Antón Oneca, *DP*, pp. 488 y ss.

(10) Por ejemplo, Córdoba Roda, «Comentarios II», pp. 327 y ss.

(11) Ver SSTS 13 de marzo de 1984; 2 de noviembre de 1984; 30 de marzo de 1987; 11 de abril de 1989; 21 de mayo de 1990.

(12) Ver STS 2 de mayo de 1984.

(13) SSTS 26 de octubre de 1988; 10 de octubre de 1989; 11 de abril de 1989; 31 de mayo de 1988; 11 de abril de 1989.

(14) Así, por ejemplo, STS 15 de septiembre de 1989: «si la dinámica es única pero encaminada a amedrentar a dos o más personas, así como la consecución de distintos objetos materiales, la infracción es también única... Si una intención polivalente gravitó sobre dos personas distintas y sobre bienes dispares, lo cual no empece a la unidad delictiva... que obedeció a un designio único no empañado por la pluralidad de episodios...».

(15) STS 25 de febrero de 1991.

veces resuelve el concurso de leyes acudiendo al principio de consunción, al que llama también de absorción, según el cual «las acciones menos graves se integran en las más graves, por formar parte de un mismo *iter criminis* si tienen una inmediata sucesión y atentan contra el titular de un mismo bien jurídico» (16). Principios que a veces también se han equiparado al de especialidad.

8. Esta doctrina plantea, como seguramente se habrá advertido, diversos problemas. Primero, la equiparación de los principios de consunción y de especialidad, que tanto se ha esforzado la doctrina en separar. Las razones del concurso de leyes pueden ser de dos clases: lógicas o teleológicas (valorativas) (17). El criterio de especialidad supone una relación lógica: un precepto es especial respecto de otro cuando concurre una relación de subordinación. Esto sucede en el caso de que todos los actos (o resultados materiales, en caso de que éste se tenga en cuenta para la unidad de hecho) descritos en un tipo son incluíbles en el otro, mientras que no ocurre a la inversa. En cambio, el criterio de la consunción es esencialmente valorativo. Es más, en su base existen dos hechos, cada uno de los cuales es subsumible en un tipo distinto. No obstante, por motivos interpretativos no lógicos se llega a la conclusión de que es preferible aplicar un solo tipo. Este es el caso de los actos copenados. No cabe, pues, confundir ambos criterios. De hacerlo incurrirá el Tribunal Supremo en contradicciones e irracionalidades (18) difícilmente salvables. En el caso que estamos analizando no se da una relación de subordinación: el robo con toma de rehenes no es ley especial ni respecto las detenciones ilegales, ni menos aún respecto la utilización de un vehículo a motor. En consecuencia, los mencionados preceptos o bien guardarán entre ellos una relación de interferencia, lo que podrá dar lugar, según un sector de la doctrina (19), a un concurso de leyes o a uno ideal, y según lo que aquí se sostiene, a un concurso de leyes o a uno real (20), o bien serán tipos heterogéneos, y entonces estaremos frente al concurso real, que de dar lugar al llamado concurso real aparente, podrá tratarse como concurso de leyes. Sobre cuál de estas relaciones hay que apreciar en nuestro supuesto, es una cuestión que analizaremos más adelante.

Segundo, es también problemático el hecho de que algunas veces se exija unidad de víctima y otras no para apreciar el concurso de leyes. La doctrina jurisprudencial tendría que ser más precisa, y explicar las razones por las cuales a veces se exige la mencionada unidad y otras se prescinde de ella. Pues del examen jurisprudencial, es difícil inferir el criterio utilizado: hechos similares son resueltos de distinta forma. Otra cuestión problemática es la relativa al bien jurídico afectado. En efecto, el que se tenga que afectar al mismo bien jurídico tampoco es cuestión pacífica, y la realidad es que la jurisprudencia se contenta con que sean de la *misma clase*.

Tercero, el concepto de progresión delictiva que manejan tampoco está exento de dificultades. Efectivamente, la progresión delictiva supone que el sujeto avanza en la misma línea de ataque del bien jurídico, acercándose cada vez más a su completa lesión. Así se admite por la doctrina que la tentativa queda absorbida por la consumación, por ejemplo. Ahora bien, si el hecho afecta a dos bienes jurídicos que la jurisprudencia reconoce como distintos, en modo alguno se dará el fenómeno de progresión delictiva. Este supone unidad de bien jurídico lesionado.

---

(16) SSTS 27 de mayo de 1981; 14 de marzo de 1981.

(17) Ver, Klug, ZStW 68 (1956), pp. 403 y ss.

(18) Ver Hruschka, «Strafrecht nach logisch-analytischer Methode», 2 ed., 1988, p. 393.

(19) Hruschka, «Strafrecht», p. 390, exige como requisitos de la interferencia: 1) que existan actos que sólo sean incluíbles en un tipo y no en el otro; 2) que existan actos que sólo sean incluíbles en el segundo tipo y no en el otro; 3) que existan actos que sean incluíbles en ambos tipos.

(20) Podrá dar lugar a un supuesto de concurso real porque la relación de interferencia supone —de acuerdo con la opinión que aquí se sostiene— la existencia de más de un hecho, entre los cuales existe una zona común.

Cuarto, es igualmente ambiguo el término utilizado para distinguir el concurso ideal del medial: **infracciones pluriofensivas**. ¿Querrá esto decir que en dichas infracciones se lesionan diversos bienes jurídicos? Si esto es así, la mencionada pluriofensividad no será más una característica exclusiva del concurso ideal, pues también en el concurso real y en el medial se lesionan diversos bienes jurídicos.

9. Antes de decidir las relaciones concursales que puedan concurrir en nuestro supuesto de hecho, debemos todavía analizar otras cuestiones. En otro trabajo sobre algunos aspectos de la teoría del concurso (21), he planteado la conveniencia de distinguir diversas situaciones, que ahora es preciso recordar:

1. *Supuestos de incongruencia total*. El sujeto realiza distintos hechos típicos que dan lugar a distintos resultados materiales:

1.1. Lesiona la misma clase de bien jurídico. Por ejemplo, realiza distintos hechos de apoderamiento de cosas ajenas con ánimo de lucro: a) en una misma unidad espacio-temporal y con un plan u ocasión conjunta; b) en distintas unidades espacio-temporales.

1.2. Lesiona distinta clase de bien jurídico. Por ejemplo, mata a Pedro y se apodera de cosas muebles ajenas con ánimo de lucro de Juan, todo ello en momentos distintos.

2. *Supuestos de coincidencia total*. El sujeto realiza una acción que produce un solo resultado material (= un solo hecho), pero resultan afectados dos bienes jurídicos distintos. Ejemplo: un sujeto lesiona gravemente a un agente de la autoridad.

3. *Supuestos de coincidencia parcial*. Esto puede suceder por los siguientes motivos:

3.1. El sujeto realiza acciones que coinciden parcialmente y cada una de ellas da lugar a un resultado material. Aquí puede ocurrir:

3.1.1. Que las acciones se refieran al mismo bien jurídico, ejemplo: violaciones-abusos deshonestos.

3.1.2. Que las acciones afecten a distintos bienes jurídicos. Ejemplo: *zona de comportamiento común*: violencia/intimidación; *zona de comportamiento no común*: a) yacimiento; b) lesiones (las no absorbidas); *resultados materiales distintos*: a) el yacimiento; b) las lesiones; *bienes jurídicos afectados distintos*: a) libertad sexual; b) integridad física.

3.2. El sujeto realiza una sola acción que produce resultados materiales distintos.

3.2.1. Resultan lesionados bienes jurídicos idénticos. Ejemplo: una bomba que produce 10 muertes.

3.2.2. Resultan lesionados bienes jurídicos distintos. Ejemplo: una bomba que mata a una persona y produce unos daños.

3.3. El sujeto realiza una acción que produce más de un resultado, pero éstos coinciden parcialmente. Ejemplo: utilización ilegítima de vehículos a motor y conducción bajo los efectos del alcohol.

3.4. El sujeto realiza acciones parcialmente coincidentes que dan lugar a resultados materiales también parcialmente coincidentes. Ejemplo: utilización de vehículos a motor con violencia o intimidación y conducción bajo los efectos del alcohol.

10. El caso que nos ocupa es uno de los llamados por nosotros casos intermedios, es decir, de coincidencia parcial. Se da, primero, *pluralidad de hechos*, porque existe más de una acción, pero éstas coinciden parcialmente, y, segundo, hay *pluralidad de delitos* (lesión de más de un bien jurídico, en este caso, de distintos bienes jurídicos). Con ello queda claro que se da una relación de interferencia, con lo cual pueden entrar en juego las reglas del concurso real, pero también las del concurso de leyes, por la vía de la interpretación teleológica (concurso real aparente).

(21) En prensa.

Lo correcto (22) será, primero, examinar si puede entenderse que —por diversos motivos, por ejemplo, por razones de justicia material, por consunción— lo más conveniente es castigar la pluralidad de hechos a través de un sólo tipo penal (concurso real aparente); después, y descartado lo anterior habrá de examinar si puede interpretarse dicha pluralidad de hechos como una unidad jurídica de hecho, en cuyo caso habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 69 bis del Código Penal. Finalmente, y excluido también el delito continuado, de los dos preceptos que regulan el concurso real —arts. 69 y 71, segundo inciso CP— deberá comprobarse ante todo si se cumplen los requisitos del llamado concurso medial, por ser más beneficioso al reo. Antes de decidir qué clase de concurso es el que procede aplicar en nuestro caso, conviene detenernos unos instantes en el concepto de concurso medial, puesto que ésta es la modalidad menos precisa en la jurisprudencia.

11. Nuestro punto de partida fue entender que el concurso medial no presupone una relación de medio a fin, esto es, que se cometa un delito **para** cometer otro. De este modo, los casos en que el único vínculo existente entre dos delitos sea la preordenación delictiva, en otras palabras el plan del sujeto, no podrán dar lugar al concurso medial. Si, por ejemplo, un sujeto roba una pistola para cometer luego un asesinato, no habrá concurso medial alguno, sino puramente real. Pues, no se entiende por qué al sujeto que planea de antemano una serie de delitos va a resultar además beneficiado. Sobre todo, cuando en nuestro Código Penal la preordenación es muchas veces —si da lugar a la premeditación— circunstancia agravante y no atenuante.

El artículo 71 del Código Penal habla solamente de *medio necesario* (23). Esta relación se dará, como ya dijimos en otro lugar (24), en los casos de coincidencia parcial. En efecto, el hecho de que exista una zona común demuestra que uno es medio para cometer el otro, aunque no exista preordenación. Bastará el dato objetivo de, por ejemplo, concurrencia de acciones que se cubren parcialmente para iniciar el concurso medial. Contra esta conclusión no cabe argumentar que estos supuestos están ya previstos en el primer inciso del artículo 71, porque, desde nuestra perspectiva, en la coincidencia parcial, estamos frente a una pluralidad de hechos, y el mencionado precepto exige un solo hecho. Que la doctrina alemana se vea obligada a tratarlo como un supuesto de unidad de acción, es comprensible, pues no cuentan en este país con un precepto como el nuestro (25).

Desde nuestra perspectiva, no obstante, no es suficiente la existencia de una zona común y otra distinta para recurrir a las reglas más benévolas del concurso medial. Es necesario además que no queden afectados bienes jurídicos altamente personales. Pues en este último caso, y con la finalidad de lograr una protección adecuada, habrá que aplicar las reglas del concurso puramente real. Planteado de este modo el tema de las relaciones concursales, debemos a continuación abordar el análisis de los tipos penales contemplados en nuestro supuesto de hecho.

### III

12. Efectivamente, debemos ahora considerar los delitos objeto de nuestras Sentencias. Recordemos: el robo con violencia o intimidación en las personas con toma de rehenes, la utilización ilegítima de vehículos a motor y las detenciones ile-

---

(22) Ver nota anterior.

(23) En realidad, como señalaba ya Quintano Ripollés, «Comentarios al Código Penal», 2 ed., 1966, por Gimbernat, p. 383, «el término de *necesario* parece más perturbador que suficiente, bastando en puridad el uso más lato de *medio*, que por cierto en muchas legislaciones es motivo de agravación».

(24) Ver nota 21.

(25) No obstante, los casos de preordenación delictiva los excluyen de este trato más benévolo.

gales. Lo primero que habrá que averiguar es el bien jurídico protegido en cada caso, su naturaleza, esto es, si es de aquellos que afectan cualitativamente a la posibilidad de participar del ciudadano, o bien sólo cuantitativamente. Lo segundo que habrá que realizar es determinar si la lesión de los bienes jurídicos mencionados ha tenido lugar en unidad o pluralidad de hechos. En consecuencia habrá que determinar las conductas que se han realizado y los resultados materiales. Sólo después estaremos en condiciones de determinar las reglas concursales aplicables. Comenzaremos pues por examinar el tipo del delito de utilización ilegítima de vehículos a motor.

13. Doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que el bien jurídico protegido en el delito de utilización ilegítima de vehículos a motor es por lo menos la facultad de uso (26). Las dificultades surgen al intentar configurar tal facultad de uso. ¿Se trata de una facultad derivada del más amplio derecho de propiedad? (27). ¿O se protege la facultad de uso aunque no dimanase de la propiedad? (28). De acogerse el primer criterio salta a la vista que no se protegerá la facultad de uso de los que posean el vehículo por otro título que no sea de propiedad. De este modo, si el propietario ha cedido el uso y ha dejado de ser titular de la facultad de usar, y resulta que lo utiliza sin la autorización del nuevo usuario no podrá ser castigado en virtud de este precepto. La segunda posición, sin embargo, puede plantear problemas de legalidad, al requerir el tipo del artículo 516 bis que el vehículo de motor sea ajeno. Pues lo que es cierto es que el propietario que utiliza su coche, aunque haya cedido la facultad de usar, no utiliza un coche ajeno. De todos modos, sería aconsejable entender que lo que se protege es la facultad de usar el vehículo derivada de la propiedad o de otro título (29). Se interprete al bien jurídico de una u otra manera, no es ésta una cuestión que nos afecte: los que utilizan el coche en la STS objeto de nuestro análisis no son los propietarios. En consecuencia, en principio, caben en el supuesto de hecho del artículo 516 bis CP.

14. Sí en cambio va tener consecuencias la interpretación de la conducta típica. El artículo 516 bis habla de utilización (sin la debida autorización). Aquí caben diversas posibilidades. Primero, entender que utilizar equivale a cualquier aprovechamiento del vehículo, sea el propio u otro. Desde esta perspectiva, realizarían la conducta típica los que por ejemplo en una noche de lluvia se cobijan dentro del coche, o los que se meten dentro de un vehículo con el solo objetivo de escuchar la radio. Esta posición es rechazada por la doctrina (30), porque, en realidad, estas conductas no suponen lesión del bien jurídico protegido. Para restringir el ámbito del término *utilización*, segunda posibilidad,

(26) Ver notas siguientes y las SSTs: 31 de mayo de 1988; 26 de octubre de 1988; 16 de febrero de 1988; 20 de enero de 1989; 11 de abril de 1989; 2 de mayo de 1986; 12 de noviembre de 1986; 19 de abril de 1990; 11 de septiembre de 1991; 1 de julio de 1991. Además, ver por todos, Zugaldía Espinar, «Los delitos contra la propiedad y el patrimonio», 1988, pp. 145 y ss.

Algunos autores han entendido, sin embargo, que el bien jurídico protegido estaba también vinculado a la peligrosidad de la seguridad pública: Dreher/Tröndle, «Strafgesetzbuch», 45 ed., 1991, # 248 b), Nr. 1.

(27) Así, SK-Samson, # 248 b), Nr. 1; S/S-Eser, # 248 b), Nr. 1; Zugaldía Espinar, «Los delitos contra la propiedad», p. 145; Bajo Fernández, «Manual de Derecho Penal, Parte especial» (delitos patrimoniales y económicos), I, 1989, p. 110; Vives Antón, «El contenido sustancial del robo y hurto de uso de vehículos de motor», en *Delitos contra la seguridad en el tráfico*, 1975, p. 420; Muñoz Conde, «Derecho Penal, Parte Especial», 7 ed., p. 246.

(28) En este sentido: Wessels, «Strafrecht, Besonderer Teil», 1982, pp. 93 y ss; Rodríguez Ramos, «Compendio de Derecho Penal, Parte Especial», 1985, p. 301; Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, «Derecho Penal, Parte Especial», 2 ed., 1988, p. 826; LK-Vogler, # 248 b), Nr. 6; Lackner, «Strafgesetzbuch, 1988, # 248 b), Nr. 4; Dreher/Tröndle, # 248 b), Nr. 4; Haft, «Strafrecht, Besonderer Teil», 3 ed., 1988, p. 137.

(29) Rodríguez Ramos, «Compendio», p. 301.

Cfr. Zugaldía Espinar, «Los delitos contra la propiedad», p. 153, excluye al propietario del círculo de sujetos activos de este delito a partir no sólo del concepto de ajenidad, sino utilizando además otros argumentos.

(30) S/S-Eser, # 248 b), Nr. 4; Zugaldía Espinar, «Los delitos contra la propiedad», pp. 155 y ss.; Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, «DP», PE, p. 828, SK (Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch)-Samson, # 248 b), NR. 6; Dreher/Tröndle, # 248 b), Nr. 3.



se equipara el concepto de **uso propio del vehículo**, a la locomoción (31). Imprescindible será que el autor se sirva del vehículo como medio de locomoción, siendo indiferente que se haga o no con la fuerza del motor. No bastará —por lo menos para la consumación— la mera puesta en marcha (32). Interpretado así el término utilización, parece claro que puede dar cabida al llamado caso del polizonte, por ejemplo. En efecto, el que viaja sin billete utilizaría en sentido propio el vehículo. Para evitar tal extensión, un sector de la doctrina recurre, tercera posibilidad, a una interpretación más estricta exigiendo que la utilización se concrete en conducción o manejo del automóvil (33). Esto evita, es verdad, que dicho precepto sea aplicado a supuestos que caen fuera de su finalidad. No obstante, plantea el problema de si de este modo no se estará configurando quizá el delito de utilización ilegítima de vehículos a motor como un delito de propia mano, con la consecuencia de que sólo serán autores los que realicen la conducta de conducir.

La jurisprudencia ha optado por una interpretación más laxa del precepto y ha entendido que son autores «todos aquellos que vayan participando en el uso del vehículo ajeno, a sabiendas de la falta de autorización del dueño». Basta para realizar la conducta típica que se sea mero ocupante del vehículo (34). Esto sin duda se debe, como ha dicho algún autor (35), a que se confunde la autoría como categoría de la realización del injusto con la autoría como categoría de la responsabilidad criminal.

Comparto la opinión de un sector doctrinal alemán amplio, de acuerdo con el cual es posible considerar que el mencionado delito no es de propia mano y, no obstante, excluir de su ámbito de aplicación aquellas conductas que consistan en un mero viajar como pasajero, e incluso aquellas que suponen un abuso de la autorización (36). De este modo, las conductas que consistan en un mero aprovecharse de la utilización que realiza otro quedarán impunes.

15. La conducta típica plantea otro problema: debe concretarse si la utilización requerida por el Código Penal exige previamente un apoderamiento, o si por el contrario, puede obtenerse la utilización del vehículo por otros medios. Esto es, si estamos frente a un hurto o robo de uso de vehículo o no. Por lo menos será difícil incluir la estafa de uso, puesto que aunque por medios engañosos, el sujeto activo habrá conseguido la debida autorización. Me inclino a pensar que el artículo 516 bis está protegiendo debido, entre otras razones, a su ubicación sistemática el hurto o robo de uso. En consecuencia, a la utilización habrá de proceder un apoderamiento o sustracción del vehículo, al modo del hurto o robo común. Esta parece ser la posición jurisprudencial y doctrinal más mayoritaria (37). No obstante, alguna Sentencia ha apreciado dicho delito aun cuando el sujeto activo había obtenido la utilización a través de medios engañosos

(31) Esta parece ser también la posición de la jurisprudencia: SSTS 27 de mayo de 1986 y 4 de febrero de 1987 consideran que «la acción del delito que se estudia consiste en usar...»; La STS 26 de octubre de 1988 añade además que se trata de «usar el vehículo con arreglo a su normal destino».

(32) S/S-Eser, # 248 b), Nr. 4; Sk-Samson, # 248 b), Nr. 6.

(33) Cobo/Vives/Orts/Boix/Carbonell, «DP», PE, p. 827.

Plantea el problema, Luzón Peña, «Concurso de utilización ilegítima intimidatoria o robo con amenazas condicionales o detenciones ilegales (notas a las Sentencias TS 4-2 y 13-7-1987)», en Derecho Penal de la Circulación, página 264.

(34) SSTS 4 de febrero de 1987; 28 de noviembre de 1984; 13 de julio de 1987.

(35) Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, «DP», PE, p. 827.

(36) S/S-Eser, # 248 b), Nr. 4; LK-Vogler, # 248 b), Nr. 3; Zugaldía Espinar, «Los delitos contra la propiedad», pp. 159 y ss.

Acoge un concepto más amplio de utilización: Muñoz Conde, PE, p. 247.

(37) SSTS 11 de abril de 1989; 31 de mayo de 1988; 10 de octubre de 1989: entienden que el art. 516 bis castiga una figura de hurto o robo de uso de vehículo de motor.

Zugaldía Espinar, «Delitos contra la propiedad», p. 125 (con exposición de la doctrina que acoge este criterio, y de sus ventajas), exige que se quebrante la custodia sobre el vehículo. También de esta opinión, cuando se trata de la falta del art. 587.1; De Vicente Remesal, «La falta de uso ilegítimo de vehículo de motor ajeno» (art. 587, 1 del Código Penal), ADPCP, 1990, p. 601; Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, «DP», PE, p. 827; Bajo Fernández, «DP»,

(38). De todos modos, desde nuestra perspectiva, el delito del artículo 516 bis exigirá apoderamiento —previo o coetáneo— y utilización.

16. La cuestión se complica, sin embargo, cuando los hechos se realizan con violencia o intimidación (art. 516, 4 párrafo). ¿En qué momento debe concurrir la violencia, en el momento del apoderamiento, en el de la utilización, en ambos o en cualquiera de ellos? Por ejemplo, ¿en cuáles de los siguientes supuestos podemos aplicar este tipo agravado: a) en el caso de que A con violencia hace bajar al propietario de su coche —apoderamiento con violencia— para luego utilizarlo —sin violencia—; b) en el caso de que A entra en un coche con el consentimiento de su dueño, y sólo luego consigue su utilización con violencia; c) o finalmente, en el caso de que A despoja violentamente del coche a su propietario y lo hace conducir con violencia a otro pasajero? Para dar respuesta a estos interrogantes habrá que determinar, ante todo, cuál es el *hecho* que ahora nos interesa, pues según el precepto mencionado la violencia o intimidación deben concurrir *en la ejecución del hecho*. Este no puede ser otro que del tipo básico: apoderamiento seguido de utilización (39).

La primera consecuencia que se desprende de este planteamiento es que el apoderamiento por sí solo no puede constituir *el hecho*. El apoderamiento es *parte del hecho*, pero no el hecho en su totalidad. Por tanto, la sola sustracción no seguida de utilización será a lo sumo tentativa del delito que estamos estudiando. Otra consecuencia será que tampoco bastará, para que pueda hablarse del hecho, la mera utilización ilegítima del automóvil. Hemos dicho más arriba que es discutible que una utilización distinta a la autorizada pueda dar lugar a este delito. No obstante, seguramente será distinto si el abuso del uso se obtiene con violencia o intimidación. En estos casos el apoderamiento será un acto coetáneo al uso violento o intimidatorio: el sujeto que, por ejemplo, tras tomar un taxi, utiliza la violencia o intimidación para conseguir el uso del vehículo, en realidad se está también apoderando del coche, está, en definitiva, quebrantando la custodia del coche. Algún sector doctrinal prefiere incluir estos casos dentro de los tipos de coacciones y amenazas (40), pero en realidad es dudoso que la obtención de la utilización por medios violentos no implique a su vez un apoderamiento del vehículo (41). Es suficiente, en mi opinión, que la violencia o intimidación concurra en cualquier momento del hecho, siendo sólo preciso que el delito no se halle consumado. Esta interpretación es por demás cohe-

---

PE, I, p. 108, 111; Luzón Peña, «Robo y hurto de uso y delito continuado» (Comentario a la Sentencia TS 12-11-1973), en *Derecho Penal de la Circulación*, p. 254, habla de hurto de uso y robo de uso; Rodríguez Ramos, «Compendio», p. 302.

De otra opinión, Suárez Montes, «Modificaciones introducidas en el delito de robo y hurto de uso de vehículos de motor por la Ley 39/1974, de 28 de noviembre, sobre la reforma del Código Penal», *Separata del Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo*, núms. 9 y 10, 1975, p. 57; Muñoz Conde, «DP», PE, p. 246; LK-Vogler, # 248 b), Nr. 5; S/S-Eser, # 248 b), Nr. 5.

Reclama la vuelta a la nomenclatura anterior a la reforma de 1974 (Ley 39, de 28 de noviembre de 1974); Rodríguez Ramos, «Consideraciones sobre la reforma del artículo 516 bis del Código Penal», *Temas de Derecho Penal*, 1977, pp. 88 y ss.

(38) Por ejemplo, STS 28 de noviembre de 1989, estima este delito en un supuesto en que «el perjudicado accediendo engañosamente a los requerimientos del recurrente y su acompañante, accede a que suba a su automóvil para trasladarles a la carretera de Andalucía, donde supuestamente tenía el coche aparcado: en el trayecto es cuando sacan la navaja para exigirle *la pasta*».

(39) En este sentido: Zugaldía Espinar, «Delitos contra la propiedad», p. 204.

(40) Así, Zugaldía Espinar, «Los delitos contra la propiedad», p. 206.

(41) Es cierto que por ejemplo en Alemania, al no contar con un precepto similar al art. 516 bis, 4 párr., estas conductas se castigan acudiendo al concurso de delitos entre el # 248 b) y el 253 StGB —ver S/S-Eser, # 253, Nrs. 8, 31, 35.

Otra cuestión, con la que sí estaría de acuerdo, es si en una próxima reforma legislativa no sea quizá más apropiado que desaparezcan estas figuras agravadas, y se solucionen estos casos acudiendo a la teoría del concurso.

rente con la realizada por la doctrina mayoritaria de los términos motivo u ocasión el artículo 501, al cual remite este artículo 516 bis, 4 párrafo (42).

17. En cuanto a la autoría y participación hay que estar a las reglas generales, al no tratarse, como hemos dicho más arriba de un delito de propia mano. Será pues posible la autoría mediata (43). Lo único que hay que tener en cuenta es que al ser un delito permanente (44) habrá más espacio temporal para la participación. Problemático es decidir si cabe autoría de aquellos que no han participado en el apoderamiento. De acuerdo con la configuración que la doctrina da a este delito —delito permanente—, entiendo que para la autoría debe ser posible imputar al sujeto, por lo menos, al modo de la teoría de la pertenencia del hecho, el apoderamiento. En cuanto al momento de la consumación, la jurisprudencia entiende que se produce en el momento en que se consigue el uso del automóvil (45).

18. En conclusión, el bien jurídico protegido en el delito de utilización de vehículos a motor es la facultad de usar, derivada de la propiedad o de otro título. Si además la privación del uso se realiza con violencia o intimidación se lesionará también el bien jurídico integridad física. La conducta típica consiste en apoderarse (o sustraer) y utilizar. Para «utilizar» no basta cualquier uso, pero no se requiere el conducir: no basta con el mero viajar como pasajero. Mucho más es necesario para ser autor que el sujeto activo mantenga una posición preminente en el desarrollo de los hechos, al modo de la teoría de la pertenencia del hecho (46). Así pues, los sujetos que —como ocurre en los hechos que estamos analizando— tras parar a un taxi, consiguen con violencia e intimidación el uso propio del coche (así pues, sin la debida autorización y por supuesto sin ánimo de haberlo como propio) realizan el tipo del artículo 516 bis, 4 párr.: con violencia se apoderan y usan un vehículo de motor

19. Recordemos que la Audiencia condenó también por un delito de robo con violencia o intimidación y otro de detenciones ilegales. El Tribunal Supremo casa la Sentencia y aprecia un solo delito de robo con toma de rehenes, argumentando concurso de leyes. ¿A quien hay que dar la razón? ¿Es realmente el robo con toma de rehenes ley especial respecto a las detenciones ilegales, como pretende el Tribunal Supremo? En mi opinión, la respuesta no puede ser más que negativa. Hay que dar pues la razón a un sector muy minoritario de la doctrina, según el cual los artículos 501.4 y 481 del Código Penal protegen bienes jurídicos distintos (47). Examinemos las razones de esta afirmación.

(42) Ver por todos, para antes de la reforma de 1983, Gimbernat Ordeig, «Delitos cualificados por el resultado y causalidad», reimp. 1990, pp. 180 y ss. Para después de la reforma, Bajo Fernández, «Manual» I, pp. 67 y ss.

Sobre el momento de la violencia en estos delitos cfr., no obstante, Zugaldía Espinar, «Los delitos contra la propiedad», p. 206.

(43) La STS 13 de julio de 1987 parece referirse a esta clase de autoría cuando declara que «obligando bajo esta constante amenaza a conducir al propietario del vehículo, que de esta manera fue, por así decirlo, desposeído del vehículo, pasando a ser una especie de servidor —obligado— de la posesión». Ver, S/S-Eser, # 248 b), Nr. 10; Rodríguez Ramos, «Compendio», p. 304; LK-Vogler, # 248 b), Nr. 11; Dreher/Tröndle, # 248 b), Nr. 6.

Sobre algunos casos problemáticos de autoría y participación, ver Zugaldía Espinar, «Los delitos contra la propiedad», pp. 215 y ss.

(44) En este sentido la doctrina mayoritaria, ver por todos, S/S-Eser, # 248 b).

(45) SSTS 24 de mayo, 20 de octubre, 28 de noviembre de 1982; 2 de mayo de 1984; 30 de abril de 1984 (en los hechos examinados en esta sentencia el sujeto se apodera y retiene primero el coche, luego realiza un robo y finalmente huye con el coche que se había apoderado previamente. Pues bien, la jurisprudencia entiende que el delito de robo del vehículo de motor quedó consumado cuando se apoderó y retuvo del vehículo sustraído, es decir en el primer momento.

Ver, S/S-Eser, # 248 b), Nr. 4; SK-Samson, # 248 b), Nr. 7; LK-Vogler, # 248 b), Nr. 10; Dreheer/Tröndle, # 248 b), Nr. 7.

(46) Ver Mir Puig, «DP», p. 396.

(47) Luzón Peña, «Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales», en *Estudios Penales*, 1991, pp. 369 y ss.

20. Es opinión mayoritariamente aceptada, la de entender que la privación de libertad momentánea, estrictamente necesaria para la comisión del robo violento o intimidatorio, no da lugar al delito de detenciones ilegales. Al tratarse de un acto consustancial al mismo robo violento debe entenderse que el legislador lo ha tenido ya en cuenta en la pena de este delito. Ahora bien, no toda privación de libertad que acompaña de una u otra forma al robo queda consumida por éste. Este es el caso, por ejemplo, de la privación de libertad que excede temporalmente al apoderamiento de las cosas muebles. Hasta aquí existe acuerdo (48). Se discute, no obstante, si dicha privación de libertad tiene que dar lugar al delito de detenciones ilegales (arts. 480 y 481.1 del Código Penal) o bien lo correcto es apreciar un solo delito de robo violento o intimidatorio con toma de rehenes (art. 501.4 del Código Penal). Existen diversas interpretaciones en torno a la relación existente entre ambos preceptos:

1. Cabe entender que protegen el mismo bien jurídico y que se refieren a idénticas situaciones y conductas. Esta posición que, como sabemos, es la que mantiene el Tribunal Supremo, lleva a apreciar un concurso de leyes, en favor del robo con toma de rehenes por ser más específico y moderno. El único límite para apreciar este delito, para ellos equivalente al del artículo 481.1 —STS 17 de junio de 1985— es que la toma de rehenes haya contribuido a facilitar la ejecución del robo o fuga del culpable (49). Un sector de la doctrina entiende también que lo correcto para solucionar el conflicto entre estos dos preceptos es acudir al concurso de leyes, pero aplicando el de mayor gravedad (50).

2. Otra posibilidad es entender que si bien se protege el mismo bien jurídico, la aplicación de uno u otro precepto dependerá del momento en que tenga lugar la privación de la libertad ambulatoria (51). Desde esta perspectiva, lo decisivo es determinar cuándo la privación de la libertad ambulatoria se realiza con motivo u ocasión del apoderamiento, pues en este caso habrá que apreciar el artículo 501.4. Esto sucederá cuando la privación de libertad ambulatoria sirva para posibilitar o facilitar el apoderamiento. La violencia o intimidación ha de ser el medio común para el apoderamiento y para la toma de rehenes. También será un supuesto incluíble en el artículo 501.4, el de privación de libertad ambulatoria para facilitar la huida, siempre que contribuya a asegurar el apoderamiento. En cambio, la aplicación del artículo 481.1 exige la desconexión causal entre la privación de libertad y el apoderamiento: en el momento de la detención, el apoderamiento ya se habrá consumado (52).

3. Finalmente, un sector doctrinal considera que los bienes jurídicos protegidos no coinciden, puesto que en la detención ilegal se protege exclusivamente la libertad ambulatoria de la víctima, mientras que la previsión específica de la toma de rehenes cumple otra función. Con la toma de rehenes, el sujeto activo «utiliza al detenido como garantía frente a la actividad de terceros», y es que, de acuerdo con esta tesis, rehén sólo puede ser el sujeto que «el captor utiliza como garantía frente a la actividad de terceros» (53). Según esta posición, para la toma de rehenes se exige: 1) que el detenido quede en poder de la parte hostil; 2) y ello como prenda, fianza, garantía o seguro fren-

(48) Ver por todos, Bajo Fernández, «Manual de Derecho Penal, Parte Especial», *Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, III, 2 ed., 1991, p. 9.

(49) SSTS 17 de junio de 1985; 26 de octubre de 1988; 28 de abril de 1989; 1 de junio de 1990.

(50) Así, Muñoz Conde, *PE*, p. 238.

(51) De esta opinión, Ruiz Antón, «Los robos con violencia o intimidación en las personas» (art. 501 del Código Penal), en *Comentarios a la legislación penal de 1983*, dirigidos por Cobo del Rosal, T. V, Vol. 2, p. 1103; Bajo Fernández, «Manual III», p. 85. También parece ser ésta la opinión de la STS 12 de diciembre 1990; Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, «DP», *PE*, p. 804.

(52) Ruiz Antón, «Comentarios», pp. 1103 y ss.

(53) Así, Luzón Peña, en *Estudios Penales*, pp. 380-381.

te a otra parte enemistada por él, hasta que se llega al arreglo que interesa al sujeto activo.

21. A) La interpretación del Tribunal es insostenible, y no por motivos dogmáticos exclusivamente, sino que entra en pugna con principios elementales de justicia material. Dogmáticamente, en primer lugar, utiliza conceptos erróneos. En efecto, como se ha puesto de relieve en la primera parte de este trabajo, no es adecuado el concepto de concurso de leyes que maneja. En segundo lugar, es discutible la ampliación que hace del concepto de rehén. Son numerosas las Sentencias (54) que opinan que, si bien es cierto que «el vocablo “rehén” procede una palabra árabe “rhahn”— que significa prenda, y la consideración de prenda, mientras está pendiente un ajuste, se recoge en la definición que ofrece el Diccionario de la Lengua Española editado por la real Academia Española, pero la jurisprudencia ha ensanchado el concepto». Dicha ampliación se ha hecho en el sentido incluir dentro del artículo 501.4 todas las privaciones de libertad que, relacionadas con el robo, superan el tiempo necesario para el apoderamiento de las cosas. Una ampliación del concepto de rehén como la que acaba de exponerse, determina que sea casi imposible distinguir las detenciones ilegales agravadas del robo con toma de rehenes. La única posibilidad es acudir a la segunda vía interpretativa, que como a continuación se verá, no está exenta de problemas.

B) Desde el punto de vista de la justicia material, principio de política criminal que debe guiar siempre a la interpretación, de seguirse la posición del Tribunal Supremo se llegará a la conclusión, como muy bien ha señalado algún autor (55), de que dicho precepto tendrá la función de atenuar la pena. Conclusión que produce discordancias valorativas inaceptables, puesto que la función del artículo 501 no es de ningún modo atenuar la pena del reo, sino todo lo contrario, agravarla. Paradójicamente, una de las consecuencias sería que si el sujeto roba privando de libertad a la víctima, debería imponerse, según la interpretación que ahora estudiamos, la pena de prisión mayor (art. 501.4); en cambio, si el autor realiza una conducta de apropiación indebida, privando también de libertad a la víctima, se le castigará por lo menos con arresto mayor, más prisión mayor en su grado máximo. De este modo, el sujeto que comete un delito menos grave, apropiación indebida, será castigado con mayor pena que si comete un robo con toma de rehenes, delito, en principio, más grave. Consecuencia, por tanto, totalmente absurda.

22. La segunda interpretación puede conducir a resultados arbitrarios. Al no respetar tampoco el concepto de rehén y atribuirle un significado amplio, dependerá de un factor totalmente aleatorio y de poca importancia que se castigue al sujeto más beneficiosamente con la pena del delito de robo con toma de rehenes, o con la del robo básico más las detenciones ilegales cualificadas. Además, como señala Luzón Peña (56), no es cierto que no exista toma de rehenes sin violencia o intimidación. Puede encerrarse a alguien en una habitación sin recurrir a dichos medios, y utilizarlo de prenda. En definitiva, para la delimitación del artículo 501.4 del artículo 481.1 no importan los medios comisivos, como tampoco el momento en que tenga lugar la privación de la libertad ambulatoria: el apoderamiento puede estar ya consumado y, no obstante concurrir toma de rehenes (57). Es, entonces incluso preferible la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo (58).

(54) Así, por ejemplo, SSTS 17 de junio de 1985; 26 de octubre de 1988.

(55) Luzón Peña, en *Estudios Penales*, pp. 396 y ss.

(56) Luzón Peña, en *Estudios Penales*, pp. 400 y ss.

(57) Así, acertadamente, Luzón Peña, en *Estudios Penales*, pp. 400 y ss.

(58) Digo mayoritaria porque existe alguna sentencia que acoge también, por lo menos a nivel teórico esta teoría. En este sentido la STS 12 de diciembre de 1990, de acuerdo con la cual ambas infracciones, con autonomía y ámbito propio, se desenvuelven en distinta panorámica. En la primera de ellas la detención se origina sin solución de continuidad e inmediatamente tras el delito contra la propiedad. En la segunda, en exigencia más precisa y constricta, la toma de rehenes se produce «con motivo u ocasión», no tras el ataque contra el patrimonio sino cuando

23. La tercera interpretación es la única que consigue dar coherencia dogmática y político-criminal a estos preceptos.

Primero, en su favor está el hecho de que utiliza el concepto de rehén en sentido propio, con lo cual evita interpretaciones analógicas que pudieran desembocar en resultados contrarios al principio de legalidad. Este es el caso si, por una parte, se utiliza un concepto amplio de rehén, y por otro, se delimitan ambas figuras según el momento en que se produzca la detención. En efecto, si la víctima es privada de libertad mientras el apoderamiento no se ha consumado, habrá, de acuerdo con esta perspectiva que ahora criticamos, robo con toma de rehenes. En cambio, si se priva de libertad a la víctima una vez el autor tiene la disponibilidad de los efectos se acudirá al artículo 481.1 (para algunos en concurso de delitos, para otros de leyes).

Segundo, respeta la voluntad del legislador y mantiene al máximo la coherencia interna entre los preceptos del Código Penal, al considerar más graves las conductas establecidas en el artículo 501 del Código Penal.

Tercero, delimita más claramente el ámbito de aplicación de ambos preceptos, dando un contenido propio a cada uno, sin que se produzcan discordancias valorativas, es decir, lo consigue de un modo racional.

Así pues, en el supuesto de que haya un robo con toma de rehenes, a los cuales se les prive además de su libertad ambulatoria, la solución más coherente será apreciar un delito de robo del artículo 501.4 y otro de detenciones ilegales. Discutible será sólo si la relación entre ambos delitos es ideal o real (sea esta última real en sentido estricto o medial).

#### IV

24. Hechas estas consideraciones en torno al concepto de concurso de leyes que utiliza el Tribunal Supremo y analizados los tipos penales en juego, estamos, por fin, en condiciones de valorar la solución dada por el Tribunal Supremo. Basta para ello una sola frase: *no es ni de mucho la mejor solución*.

25. En primer lugar, no estamos frente a supuestos de robo con toma de rehenes. La víctima no sirve aquí para doblegar la voluntad de nadie, pues no existen terceras personas implicadas. En cambio, se le priva de su libertad ambulatoria, más allá del tiempo estrictamente necesario para cometer el robo. No ya sólo por el hecho de que es encerrado y transportado en su coche contra su voluntad, sino porque además se le ata a un olivo después de perpetrado el robo intimidatorio. Este comportamiento nos conduce directamente al artículo 481.1 del Código Penal: detenciones ilegales perpetradas tras un delito contra la propiedad. A continuación habrá que decidir si existe unidad o pluralidad de hechos, según los conceptos definidos en la segunda parte. De tenerse exclusivamente en cuenta la privación de libertad ambulatoria sucedida durante el tiempo de la conducción ilegítima podría afirmarse la unidad de hecho. Pues con una sola conducta —que según la doctrina mayoritaria es lo que importa para la unidad de hecho— se comete más de un delito: el robo y las detenciones. No obstante, no debemos olvidar que la víctima es atada a un olivo del monte, después de haberse ya consu-

---

se genera tal agresión, esto es, durante el delito de robo, bien para facilitar la ejecución, bien para facilitar la fuga del culpable. «A continuación y seguidamente» es la expresión atinentee al 481.1 del Código Penal. En todo caso, el conflicto de normas habría de resolverse conforme al criterio de la especialidad (*lex specialis derogat generali*) conforme al cual sólo regirá la detención agravada del 481.1 del Código Penal, como disposición más genérica, si la acción enjuiciada rebasare los propios términos semánticos del art. 501.4 del Código Penal, si la detención en suma no fuere durante, sino después.

mado el robo. No hay duda de que nos encontramos frente a una nueva conducta y un nuevo hecho. Así pues, existe un concurso real (pues hay dos hechos claramente separados, que mantienen una relación de incongruencia) entre un robo intimidatorio del tipo básico y unas detenciones ilegales cualificadas.

26. En segundo lugar, más problemático resulta decidir en qué relación se encuentran la conducta de utilización ilegítima de vehículos a motor y el robo intimidatorio. Al comienzo de este trabajo se ha puesto de relieve cómo la jurisprudencia ha oscilado en la resolución de estos casos. Algunas veces ha acudido al concurso ideal, o al medial, otras al real, y finalmete ha aplicado el concurso de leyes. Esta última es la postura dominante en la jurisprudencia actual. A pesar de que se reconoce que el autor lesiona dos bienes jurídicos distintos, a veces incluso mediante dos conductas distintas, se estima preferible entender que concurre un solo delito de robo *por razones de justicia material*.

En efecto, desde estas posiciones jurisprudenciales, puesto que al autor que se apropia del coche se le castiga por un único delito de robo, no tiene sentido castigar al sujeto que sólo lo usa por dos delitos: uno de robo y otro de utilización ilegítima. De esta forma, el Tribunal Supremo se aproxima en realidad a la regulación alemana, de acuerdo con la cual si la utilización concurre con otros delitos más gravemente penados, sólo se tendrán en cuenta estos últimos. La doctrina de este país, sin embargo, ha entendido esta cláusula de subsidiariedad, como de susidiariedad relativa, es decir, la utilización sólo queda subsumida cuando el precepto más grave castigue también delitos contra la propiedad (59).

En nuestro Código Penal, sin embargo, no contamos con una cláusula similar. A pesar de ello, debemos preguntarnos si es posible y conveniente una resolución en aquel sentido por entender que existe subsidiariedad tácita. Nos hallamos, entonces, no frente a una cuestión lógica, sino de interpretación teleológica, esto es, esencialmente valorativa. Por ello tiene fuerza el argumento que conduce al Tribunal Supremo a apreciar concurso de leyes: no se puede tratar peor al que hace menos (al que sólo usa el coche y no se apodera de él). Esta consideración, tan cierta, de naturaleza material, no puede impedir revelar la verdadera situación de hecho.

27. Estructuralmente, en mi opinión estamos frente al clásico caso intermedio de concurso: concurren dos hechos parcialmente coincidentes. Efectivamente, existe una zona común: la violencia o intimidación que sirve: a) para el apoderamiento de los efectos del taxista, y b) para conseguir la utilización del coche; y luego hay zonas no comunes: a) el apoderamiento de los efectos del propietario; b) el apoderamiento y utilización del coche, y c) resultados materiales distintos. Ahora, con esto no queda aún dicho que lo correcto sea acudir al artículo 71 del Código Penal, pues previamente habrá que examianrse la posibilidad de un concurso medial aparente. Es decir, tendremos que resolver si desde la perspectiva de justicia criminal no es acaso más correcto estimar que cuando la *utilización* concurre con otra conducta de ataque también al bien jurídico patrimonio o propiedad, pero más gravemente penada, la primera queda subsumida en éste. Dos serán pues las condiciones para entender que se da una situación de concurso medial aparente: *una*, que resulte igual al autor sustraer los efectos del propietario, que los efectos más el automóvil; *dos*, que el robo intimidatorio que haya realizado esté castigado con pena más grave que la utilización.

La primera condición —aducida por el Tribunal Supremo— en mi opinión no concurrirá siempre. Es cierto que a partir de 1983 se suprime el sistema de cuantías en la

---

(59) S/S-Eser, # 248 b), Nr. 13; SK-Samson, # 248 b), Nr. 18; Lk-Vogler, # 248 b), Nr. 13; Dreheer/Tröndle, # 248 b), Nr. 9.

punición de los delitos contra el patrimonio. Ahora bien, esto no quiere decir que no se tenga en absoluto en cuenta el valor de lo sustraído. Precisamente, el tipo básico del robo intimidatorio o violento puede ser agravado por revestir «especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos robados...» y la jurisprudencia ha apreciado esta agravante a partir del 1.000.000 o incluso en casos de menos perjuicio (60), lo que normalmente será el caso si además se sustrae el automóvil. Esto quiere decir lo siguiente: A) si el sujeto se apodera de cosas que no sobrepasan estas cantidades la pena será la de prisión menor; B) si lo sustraído sobrepasa dichas cantidades, la pena será de prisión menor en su grado máximo.

La segunda condición, desgraciadamente, tampoco será de obligatorio cumplimiento. Pues, como han puesto de relieve los autores que se han ocupado del tema (61), se puede producir una inversión valorativa y resultar más gravemente penada la utilización intimidatoria que la apropiación definitiva del vehículo.

28. ¿Qué hacer pues frente a tal situación caótica de nuestra legislación penal, que castiga lo menos grave como más grave y lo más leve más gravemente? Frente al caos legislativo, que no es en modo alguno culpa del reo, no puede optarse por la solución más gravosa para éste. Por ello, y mientras no se modifiquen las penas previstas para el delito del artículo 516 bis en consonancia con los delitos de apoderamiento definitivo, estimo que lo correcto será apreciar, como ha hecho el Tribunal Supremo, un concurso de leyes (concurso medial aparente). Y esto a pesar de que esta opción entra en conflicto con la realidad de lo sucedido. La existencia de una conducta de utilización ilegítima de vehículo a motor deberá tenerse en cuenta, a lo sumo, en la determinación de la pena. En definitiva, pues, la solución del T.S. es sólo correcta en parte: mientras que es acertado apreciar un concurso de leyes entre el robo y la utilización ilegítima de vehículos a motor, no lo es, y por tanto, es erróneo entender que concurre un robo con toma de rehenes. Se trata más bien de un supuesto de robo con violencia o intimidación del tipo básico en concurso real con unas detenciones ilegales.

---

(60) Ver SSTS 11 de junio, 18 de diciembre, 27 de marzo de 1984, 27 de marzo de 1985: 580.000; 26 de septiembre de 1985: 625.000; 29 de abril de 1987: 780.000; 18 de enero de 1989: 854. 606.

(61) Ver por todos, Zugaldía Espinar, «Delitos contra el patrimonio», pp. 134, 235 y ss.; De Vicente Remesal, «La falta», p. 591, nota 30; Vives Antón, «Delitos contra la seguridad del tráfico», p. 420; Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, «DP», PE, pp. 832-833.

Sobre algunas dificultades que en este ámbito ocurrían ya antes de la reforma de 1974, ver, por ejemplo, Gimbernat Ordeig, «Dos aspectos de la imprudencia y un aspecto del hurto de uso de vehículos de motor en el Derecho Penal español», en *Delitos contra la seguridad en el tráfico y su prevención*, 1975, p. 130.

Recordemos que el art. 516 bis, 4 párr., además de remitirse a las penas del art. 501, prevé como obligatoria la retirada del carnet de conducir.