

DETENCIONES ILEGALES Y ROBO CON INTIMIDACIÓN (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2003)*

ESTRELLA ESCUCHURI AISA

Profesora de Derecho Penal
Universidad de Zaragoza

I

El recurso de casación que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2003 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio) impugnaba la condena dictada por la Audiencia Provincial de Pamplona contra D. Luis María como autor de delito de robo con intimidación, tenencia ilícita de armas y seis delitos de detención ilegal, concurriendo la agravante de disfraz, a las penas de cinco años de prisión por el delito de robo, un año y tres meses de prisión por el delito de tenencia ilícita de armas, y cinco años de prisión por cada uno de los seis delitos de detención ilegal.

* Abreviaturas empleadas: ADPCP: Anuario de Derecho penal y Ciencias penales; art.: artículo; AT: allgemeiner Teil; CDJ: Cuadernos de Derecho judicial; com.: comentario; coord.: coordinador; CP: Código penal; dir.: director; ed.: edición; EPyCr: Estudios penales y criminológicos; FS: Festschrift; JBl: Juristische Blätter; Jura: Juristische Ausbildung; JuS: Juristische Schulung; marg.: marginal; núm.: número; PG: Parte general; RDPyCr: Revista de Derecho penal y Criminología; RJ: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, citado por año y número marginal; SK-StGB: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch; StGB-LK: StGB Leipziger Kommentar; STS: sentencia del Tribunal Supremo; SSTS: sentencias del Tribunal Supremo; t.: tomo.

De los hechos que da por probados la Audiencia reproducimos los relevantes para este comentario:

«El acusado Luis María, mayor de edad y sin antecedentes penales, el día 15 de febrero del 2000, acompañado de otro individuo no identificado, acudió sobre las 18.40 horas al almacén de la empresa Logística SA sito en el Polígono Industrial “El Soto” de Berriozar (Navarra), portando una carabina marca JW Calibre 22 NR, con el n.º borrado y el cañón recortado, hallándose en perfectas condiciones de uso, con cinco cartuchos del calibre 22, marca Super X, asimismo el otro individuo no identificado portaba un revólver de fogeo, marca OLYMPIC 38, calibre 380 9 mm K, made Italy, con n.º 150.702.

Al llegar al citado almacén, Luis María se introdujo en el mismo y subió a la primera planta donde se encuentran las oficinas y acercándose a Constantino (representante legal de Logística, SA), y mostrándole la escopeta, le hizo bajar a la planta baja, donde con cinta adhesiva lo amordazó y sujetó las manos, indicándole que no se moviese si quería contactarlo, oyendo cómo uno de los individuos le decía al otro: “Si alguno se mueve le pegas un tiro”.

Momentos después, el acusado se acercó a José Daniel, que igualmente se encontraba en las instalaciones, indicándole que quitara la alarma del almacén y que se tumbara en el suelo, dejándolo atado en el mismo.

Sobre las 20.10 horas llegó al almacén Rubén, con una furgoneta de reparto de la empresa Logística, SA y al ver que no le abrían la puerta se introdujo en el almacén, siendo sorprendido por el acusado y el otro individuo no identificado, siendo igualmente atado con cinta adhesiva y conminado para que no se moviera de donde lo dejaron.

Sobre las 20.20 horas llegó al almacén el camión Renault modelo 180, matrícula VO-...-OD, tasado en 10 millones de pesetas, y conducido por Carlos Alberto. Al bajarse para desconectar la alarma, fue sorprendido por el acusado y mostrándole la escopeta fue atado con cinta adhesiva de pies y manos, amordazado y tumbándole en el suelo, dejándole inmovilizado.

Sobre las 20.30 horas llegó un segundo camión de reparto, Renault modelo 180 matrícula FI-...-IG, tasado igualmente en 10 millones de pesetas, y ocupado por José Miguel y Fernando. Ambos entraron en el almacén con el camión, siendo cerrada la puerta por el individuo no identificado y mostrando a su vez Luis María la escopeta recortada, los obligó a ambos a tirarse al suelo, procediendo a atar de pies y manos a José Miguel.

Luis María y el individuo no identificado obligaron a Fernando a manejar una máquina de carga que existía en el almacén, con la finalidad de proceder a cargar en uno de los camiones antes indicado tabaco

que se encontraba en el almacén, propiedad de la empresa Logística, SA, y que ha sido tasado en 94.968.354 pesetas.

Una vez cargados los camiones llevaron a Fernando donde estaban el resto de los compañeros atados e inmovilizados, procediendo igualmente a atar al mismo de pies y manos, advirtiéndoles de que estuvieran quietos y que no pasaría nada, que les estaban vigilando y que no se movieran por espacio de una hora.

Durante el tiempo, aproximadamente de una hora, en que Fernando estuvo cargando de tabaco el camión señalado, pudo observar al acusado Luis María, observar sus ojos y pelo, así como su andar, a pesar de llevar el rostro tapado con un pasamontañas, lo que le permitió posteriormente reconocerle sin dudas.

Pasados unos diez minutos, sobre las 21.15 horas, después de haber abandonado Luis María y el otro individuo no identificado el almacén, Fernando pudo soltarse y liberar al resto de los compañeros. [...]».

Los motivos alegados en el recurso de casación interpuesto por la representación del acusado eran dos: el primero se basaba en la indebida aplicación del artículo 163.1 del CP, por entender que entre este delito y el de robo con intimidación existía un concurso de leyes penales; en el segundo, de carácter subsidiario al anterior, se planteaba que la relación del delito de detención ilegal con el robo sería la de concurso medial del artículo 77 y no de concurso real de delitos como consideró la Audiencia. El Tribunal Supremo estima el segundo de los motivos y dicta una segunda sentencia donde condena a D. Luis María como autor de seis delitos de detención ilegal en concurso medial, cada uno, con un delito de robo, a seis penas de cinco años y seis meses, que suman treinta y tres años de prisión, sin perjuicio del límite de cumplimiento de la pena conforme a lo dispuesto en el art. 76 del CP de 1995 (manteniendo el pronunciamiento de la sentencia de instancia en lo referido al delito de tenencia ilícita de armas).

La fundamentación de la sentencia da pie al análisis de tres interesantes puntos:

- a) El primero va referido al alcance del principio de consunción como criterio de resolución del concurso de leyes penales (II).
- b) El segundo tiene que ver con los requisitos que determinan la existencia de un concurso medial de delitos (III).
- c) Y, finalmente, se plantea el problema de cómo deben calificarse aquellos casos en que uno de los delitos unidos en conexión medial (bien el delito medio, bien el delito fin o ambos) no constituye una única infracción sino varias (unidas en concurso ideal o real) (IV y V).

II

La cuestión que aborda el fundamento primero de la sentencia atañe a la delimitación de los casos en que entre el delito de detención ilegal y el delito de robo con intimidación debe apreciarse concurso de leyes o, por el contrario, concurso de delitos. El Tribunal Supremo siguiendo la tendencia expresada en otras resoluciones¹ señala que «el delito de robo solamente absorbe al delito de detención ilegal cuando la privación o restricción de libertad es la realizada necesaria y momentáneamente para la consumación del acto depredatorio dentro de la normal dinámica comisiva del robo violento y siempre que se limite al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo, según el «modus operandi» en cada caso, afirmándose por el contrario la autonomía de la detención ilegal cuando el tiempo de la supresión dolosa de la libertad excede del que fue preciso para efectuar la sustracción [...]». En relación con el supuesto enjuiciado llega a la conclusión de que no puede apreciarse un concurso de normas —limitado a los supuestos en que la privación de libertad del sujeto pasivo es de mínima duración temporal— ya que seis personas fueron atadas e inmovilizadas en una secuencia temporal que se inicia a las 18,40 horas y termina aproximadamente a las 21,05 horas.

Coincidimos con la solución adoptada en este caso concreto por el Tribunal Supremo respecto a la imposibilidad de acudir aquí a las reglas del concurso de leyes (art. 8 CP) ya que el contenido de desvalor que presenta cada delito de detención ilegal no queda comprendido o incluido en el delito de robo con intimidación; no obstante, conviene hacer unas reflexiones respecto a la argumentación empleada por el mismo para trazar la frontera entre el concurso de leyes y el de delitos.

En la jurisprudencia está asentada la idea de que todo delito de robo con violencia o intimidación en las personas conlleva una cierta limitación de la libertad ambulatoria del ofendido al que durante la comisión del hecho no se le permite moverse del lugar o se le traslada a otro

¹ Véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7369), 27 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9446), 11 de abril de 2000 (RJ 2000/2702), 23 de junio de 2000 (RJ 2000/4751), 22 de noviembre de 2000 (RJ 2000/8945), 22 de mayo de 2001 (RJ 2001/5663), 27 de febrero de 2002 (RJ 2002/3876), 19 de abril de 2002 (RJ 2002/4957), 25 de junio de 2002 (RJ 2002/7210), 12 de julio de 2002 (RJ 2002/6732), 9 de octubre de 2002 (RJ 2002/10043), 23 de enero de 2003 (RJ 2003/681), 14 de marzo de 2003 (RJ 2003/2907) y 29 de mayo de 2003 (RJ 2003/4280).

para obtener el lucro propio de esta clase de infracciones². Por ello el Tribunal Supremo aprecia un concurso de normas o de leyes, por aplicación de la regla de la absorción del número 3 del art. 8 del CP —ya que el precepto más amplio o complejo (el robo) consume en su seno al otro más simple (la detención ilegal)—³, en aquellos supuestos «de comisión más o menos instantánea del robo y en aquellos otros que, por la mecánica de la comisión delictiva hay una prolongación temporal, de modo que el traslado forzoso de un lugar a otro de la víctima o de un rehén mientras se obtiene el objeto del delito se considera que forma parte de esta intimidación o violencia que se utiliza contra el sujeto pasivo»⁴.

Fijar el marco de operatividad de los principios de solución del concurso de leyes penales, y en particular del de consunción, no resulta una cuestión sencilla. La definición propuesta por la doctrina del criterio de consunción coincide básicamente con la del concurso de leyes: un precepto desplaza a otro porque es capaz de valorar exhaustivamente el contenido de injusto del hecho, es decir, en la consunción el contenido de injusto de un tipo (consumente) comprende o abarca el del otro (consumido)⁵. No obstante, el principio de consunción tendría

² Véanse, por ejemplo, las SSTS de 25 de enero de 2002 (RJ 2002/1440) y 9 de octubre de 2002 (RJ 2002/9161).

³ En alguna resolución el TS apela, incorrectamente, al principio de especialidad. Así la STS de 22 de noviembre de 2000 (RJ 2000/8945): «en el supuesto actual y atendiendo al relato fáctico ha de estimarse que ni el tipo de robo con violencia o intimidación ni el de detención ilegal, por sí solos, abarcan completamente el contenido de injusto de los hechos, por lo que no nos encontramos ante un concurso de normas en que, conforme al principio de especialidad, el delito de robo con intimidación absorba una privación momentánea de libertad ínsita en su dinámica comisiva, sino ante un concurso de diferentes infracciones [...]». También en el mismo sentido la STS de 23 de junio de 2000 (RJ 2000/4751).

⁴ En el mismo sentido, por ejemplo, las SSTS de 22 de septiembre de 2001 (RJ 2001/8507) y 9 de octubre de 2002 (RJ 2002/10043). Esta última junto a los casos en que hay que apreciar concurso de normas, distingue otros dos supuestos en los que se aprecia concurso de delitos: a) si no existe coincidencia temporal porque consumado el hecho de la apropiación material del bien mueble ajeno se deja a la víctima o algún rehén impedido para moverse de un sitio a otro habrá que apreciar un concurso real de delitos; b) si existe coincidencia temporal pues la detención se produce durante el episodio central del robo pero durante un prolongado período de tiempo procederá aplicar un concurso ideal de delitos del art. 77 CP.

⁵ Véanse, por ejemplo, E. BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, PG, 5.ª ed., Akal, 1998, pp. 420 y s.; J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español*, PG, 4.ª ed., PPU, 1997, p. 155; S. CARDENAL MONTRAVETA, «Homicidio intentado y lesiones consumadas en el mismo sujeto pasivo: ¿Concurso de leyes o concurso de delitos?», ADPCP (1995), p. 1034; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, 2002, p. 494; A. J. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política*

una característica que lo diferenciaría de los otros criterios del concurso de leyes: mientras que en el caso de los principios de especialidad y subsidiariedad son determinantes las relaciones abstractas entre los preceptos (bien porque existe una relación lógica de inclusión, bien porque es determinante la relación sistemática entre ellos), el principio de consunción opera atendiendo al suceso concreto realizado siendo razones valorativas las que determinan que una ley sea desplazada por otra⁶. En buena medida esa valoración se vincula a la forma habitual de aparición de la criminalidad⁷.

Conforme a la idea expresada los supuestos que habitualmente se incluyen en el ámbito del principio de consunción son los de los denominados hechos acompañantes típicos y los hechos posteriores impunes o copenados⁸. Y es a la primera de estas categorías a la que parece acudir el Tribunal Supremo en el supuesto que estamos comentando. Cuando se habla de hecho acompañante típico se hace referencia a un

legislativa, Universidad de Valladolid, 1986, p. 125; y RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, PG, 18.^a ed., Dykinson, 1995, p. 199.

⁶ Así A. J. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, p. 125, quien señala que se trata de «hipótesis en las cuales, con base no en la comparación abstracta de los tipos concurrentes, sino en el modo efectivo y concreto de verificarse el supuesto en estudio, y operando únicamente con pautas valorativas, puede concluirse que el desvalor captado por uno de los tipos aparece incluido en el desvalor tenido en cuenta por el otro». También consideran decisivo atender a las circunstancias del caso concreto M. BURGSTALLER, *Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht*, JBl (1978), p. 459; y F. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hansischer Golden Verlag, 1961, p. 221.

⁷ En este sentido J. SEIER, *Die Gesetzeseinheit und ihre Rechtsfolgen. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung der Gesetzeseinheit in strafrechtlichen Gutachten*, Jura (1983), p. 230; y F. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz*, p. 203.

⁸ En la doctrina no hay una delimitación unívoca de los principios de subsidiariedad y consunción. Con carácter general se considera que es el principio de subsidiariedad tácita el que resuelve las relaciones entre los distintos estadios de ataque a un mismo bien jurídico o entre las formas de ataque al mismo bien jurídico de distinta intensidad. Según esto son cuatro los grupos de casos en los que media la relación de subsidiariedad: a) entre las distintas fases de realización del delito; b) entre delitos de peligro y delitos de lesión; c) entre las distintas formas de participación; d) entre el delito imprudente y el delito doloso. Véanse por ejemplo F. BÉJAR GARCÍA, *Concurso de leyes en Derecho penal*, CDJ (1995), p. 15; S. CARDENAL MONTRAVETA, ADPCP (1995), p. 1033; S. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6.^a ed., Reppertor, 2002, pp. 640 y ss.; e I. SERRANO BUTRAGUEÑO, en Del Moral García/Serrano Butragueño, *Código penal (Comentarios y jurisprudencia)*, t. I, Comares, 2002, p. 141. Hay que tener en cuenta, no obstante, que alguna de las relaciones mencionadas se suele llevar al ámbito de la consunción, pero no resulta claro qué es lo que queda dentro del principio de subsidiariedad tácita. Por ejemplo, J. DELGADO GARCÍA, *Los concursos en el Derecho penal*, La Ley (7 de febrero de 1996), p. 2, explica dentro del principio de consunción la relación entre consumación y tentativa, entre distintas formas de participación y entre delitos de peligro y delitos de lesión.

hecho que no necesariamente realiza la descripción típica de varios preceptos (como sucede en el caso de la especialidad), pero sí que normalmente se realiza junto a otro hecho típico⁹. Mayoritariamente se estima que el hecho acompañante típico no debe castigarse de forma autónoma por presentar un contenido de injusto menor que queda embebido en el del hecho principal, de manera que entre él y el hecho principal existe una relación de concurso de leyes que se resolvería a través del principio de consunción¹⁰. Así lo explica *García Albero*: puesto que los casos en los que resulta imaginable la realización del hecho principal sin que se realice al mismo tiempo el hecho acompañante son excepcionales, no tiene sentido una función de esclarecimiento, ya que la aplicación de la ley principal supone normalmente la realización del hecho acompañante¹¹.

Para fundamentar la aplicación del principio de consunción se señala por la doctrina mayoritaria que el legislador ha tenido en cuenta a

⁹ Véase, por ejemplo, S. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, p. 642. También C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en Conde Pumpido Ferreiro (dir.) y otros, *Código penal, Doctrina y jurisprudencia*, t. I. *Derechos fundamentales. Artículos 1 a 137*, Trivium, 1997, p. 395, quien señala que en los hechos acompañantes típicos «el legislador ya ha tenido en cuenta que, por regla, el hecho tipificado debe ir acompañado de otro, que en sí mismo también es antijurídico, pero que queda consumido en la antijuridicidad del hecho principal». Según JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5.ª ed., Duncker & Humblot, 1996, p. 737, hay que admitir el hecho acompañante típico cuando el legislador en el establecimiento de un precepto penal ha tenido en cuenta la circunstancia de que el hecho aparece regularmente en conexión con otro hecho, de contenido de injusto esencialmente menor, que no se tiene en cuenta frente al hecho principal.

¹⁰ Recurren al principio de consunción, entre otros, E. BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, PG, p. 421; M. BURGSTALLER, *JBl* (1978), p. 459; R. GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, Cedecs, 1995, pp. 384 y ss.; F. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz*, pp. 216 y ss.; K. GEPPERT, «*Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 a 55 StGB)*», *Jura* (1982), p. 425; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 737; S. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, p. 642; A. J. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, p. 125; SAMSON/GÜNTHER, *SK - StGB*, Band I, AT, §§ 38-79 b, Luchterhand, 1994, com. previo al § 52, núm. marg. 97; G. WARDA, «*Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre*», *JuS* (1964), p. 90; y H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11.ª ed., Walter de Gruyter, 1969, p. 235. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, p. 487, no llegan a incluir estos supuestos dentro del concepto de concurso de leyes. En su opinión determinadas concepciones sociales, aunque no estén recogidas expresamente en la ley, condicionan la apreciación de un concurso o de un solo delito en el caso concreto. Así por ejemplo entienden que los daños que se causan en la ropa de la víctima no se consideran generalmente en concurso con el delito de asesinato; lo mismo sucede con el empleo de violencia como forma de agresión sexual que cuando no produce lesiones relevantes no se considera como delito autónomo de lesiones en concurso con la agresión sexual.

¹¹ R. GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*» material, p. 392.

la hora de fijar la pena del delito principal la circunstancia de que regularmente o normalmente ambos delitos se cometen juntos¹²; se afirma incluso que, frente a la valoración sistemático-teleológica que subyace a la subsidiariedad, en este caso es la fenomenología criminal la que justifica el desplazamiento del delito¹³. Esto significa que la sanción prevista para el delito principal también refleja el desvalor del otro delito que normalmente acompaña y, por ello, el castigo conforme a ambos delitos supondría una doble desvaloración del hecho acompañante al estar éste ya desvalorado en el delito principal¹⁴.

No es preciso para poder hablar de hecho acompañante que éste se dirija contra el mismo bien jurídico que el delito principal. No obstante, se destaca la importancia de tener en cuenta la relación de los bienes jurídicos afectados ya que la decisión valorativa de que un delito resulta castigado a través de otro se facilita a través del hecho de que los bienes jurídicos protegidos coincidan al menos parcialmente¹⁵. En el aspecto penológico se observa que cuando la pena señalada al delito principal es esencialmente superior a la del otro delito no plantea problemas la admisión de la relación concursal, pero si los dos hechos delictivos tienen señalada una pena similar no resulta tan clara la relación de consunción. Con carácter general puede decirse que la doctrina no considera un obstáculo la previsión de una pena mayor para el delito acompañante; lo decisivo para la consunción no sería la comparación abstracta de los delitos en cuestión sino la ponderación del concreto desvalor del correspondiente caso¹⁶. En relación con este pun-

¹² Véanse S. CARDENAL MONTRAVETA, ADPCP (1995), p. 1035; F. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz*, p. 217; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, p. 737; SAMSON/GÜNTHER, *SK-StGB*, com. previo al § 52, núm. marg. 97; G. STRATENWERTH, *Strafrecht, AT*, t. I: *Die Straftat*, 4.^a ed., Carl Heymanns Verlag, p. 444; H. WEGSCHEIDER, *Echte und scheinbare Konkurrenz. Zu materiell-rechtlichen und prozessualen Fragen des Zusammentreffens strafbarer Handlungen (§ 28 StGB)*, Duncker & Humblot, 1980, p. 235; y G. WARDA, *JuS* (1964), p. 90.

¹³ K. GEPPERT, *Jura* (1982), p. 425. Para JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, p. 736, la diferencia entre la consunción y la subsidiariedad reside en que los distintos tipos penales no están entre sí en una determinada relación lógica aunque sí de relación (*Näheverhältnis*) criminológica próxima que el legislador ha tenido en cuenta en el establecimiento de los tipos en cuestión.

¹⁴ Así M. BURGSTALLER, *JBl* (1978), p. 459; R. GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*» *material*, p. 386; y J. SEIER, *Jura* (1983), p. 230, quien señala que a través del castigo del hecho principal queda compensado el desvalor del hecho acompañante de manera que ya no existe una posterior necesidad de pena.

¹⁵ Véase M. BURGSTALLER, *JBl* (1978), p. 459. R. GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*» *material*, p. 390, entiende que la absorción de un delito por el otro presupone cierta semejanza en los respectivos valores tutelados por los preceptos concurrentes.

¹⁶ K. GEPPERT, *Jura* (1982), p. 425; y G. STRATENWERTH, *Strafrecht, AT*, p. 445.

to ha manifestado *García Albero* que «no resulta descartable a priori, y dada la más que discutible racionalidad que preside la regulación de muchas materias en nuestro Código, la operatividad del principio de consunción incluso frente a delitos conminados con mayor pena que el delito principal»¹⁷.

De todos modos, no hay que olvidar que el principio de consunción no resulta aplicable siempre y en todo caso. La inclusión del hecho acompañante en la amenaza penal del hecho principal es una cuestión de interpretación. Si el contenido de injusto o de culpabilidad del hecho acompañante no resulta agotado o comprendido, la pena del delito principal no desplazará la del hecho acompañante. Se trata, por tanto, de sopesar el contenido de injusto del hecho acompañante y por eso es importante el alcance de la lesión. Si el delito acompañante se aparta del curso normal del hecho principal y muestra un contenido de injusto propio hay que apreciar un concurso de delitos¹⁸. En esta línea señala *Díez Ripollés* que «siempre que se supere lo que socialmente se considere como comportamiento normalmente vinculado al delito consuntamente procederá apreciar un concurso de delitos»¹⁹.

Frente a lo expuesto consideramos que los dos criterios utilizados por la doctrina mayoritaria para explicar la impunidad del hecho acompañante (el de la unión o vinculación regular entre dos tipos y la circunstancia de que en el marco penal correspondiente al delito princi-

¹⁷ R. GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*» material, p. 390. Para COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, PG, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, 1999, p. 177, n. 20, los supuestos excepcionales en que la ley que consume es menos grave que la consumida representan defectos de técnica legislativa, no obstante, no constituyen ningún obstáculo para la operatividad de la consunción.

¹⁸ R. RISSING-VAN SAAN, *StGB-LK*, 11.^a ed., Walter de Gruyter, 1999, com. previo a los §§ 52 y ss., núm. marg. 119; G. JAKOBS, *Strafrecht, AT, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Walter de Gruyter, 1991, p. 876; y JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, p. 737. Para R. GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*» material, p. 391, sólo las infracciones que se muestran «normales» en la producción del delito principal deben ser absorbidas. Así, por ejemplo, en relación con el delito de violación entiende que todas aquellas lesiones que excedan de lo que se represente como habitual en la dinámica comisiva del delito de violación han de considerarse no abarcadas en el desvalor de esa conducta; el «excedente» en la lesión tiene que concurrir en concurso con el delito principal.

¹⁹ J. L. Díez RIPOLLÉS, en Díez Ripollés/Gracia Martín/Laurenzo Copello, *Comentarios al Código penal, Parte Especial, I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, 1997, p. 770. A propósito de las relaciones concursales que se plantean con el delito de detención ilegal señala el autor que el delito de detención quedará desplazado en virtud del principio de consunción cuando la lesión de la libertad de abandono se produzca en el grado implícito normalmente en el otro delito, si no es así procederá aplicar concurso de delitos.

pal se ha tenido en cuenta la ulterior infracción que normalmente aparece unida al otro hecho) no constituyen fundamentos sólidos que permitan justificar la apreciación de un concurso de leyes penales. La primera pregunta que habría que responder es cuándo un tipo se realiza normalmente o de forma típica con otro; si la consunción va a depender de la frecuencia estadística con que una lesión va a aparecer junto a otra habría que establecer esa frecuencia²⁰. Al margen de la imposibilidad de contestar a esta cuestión puede añadirse que en los casos de concurso de delitos también aparecen «uniones regulares» de delitos. El hecho de que dos delitos concurren regularmente no aclara nada sobre la existencia de concurso propio o impropio²¹.

En relación con los delitos que comentamos parece entenderse que la circunstancia de que normalmente el robo con intimidación implique una cierta privación de libertad justificaría el desplazamiento del delito de detención ilegal cuando la duración de éste es mínima o cuando conforme al *modus operandi* del autor resulte necesario para la consumación del acto predatorio²². Pero la presencia o ausencia del concurso de leyes está en función de si uno de los preceptos es capaz de valorar exhaustivamente el contenido de injusto y de culpabilidad del

²⁰ En sentido similar I. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen (Logische Studien zur Verhältnis von Tatbestand und Handlung)*, Duncker & Humblot, 1979, p. 322.

²¹ G. HOCHMAYR, *Subsidiarität und Konsumtion. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Konkurrenzlehre*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1997, pp. 33 y s. También en este sentido Th. VOGLER, *Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit*, FS für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, 1979, p. 721, para quien la regularidad de concurso del contenido de injusto y de culpabilidad del hecho acompañante con el del hecho principal describe sólo una regla estadística pero no fundamenta la imputación del hecho acompañante.

²² Así, por ejemplo, señala J. MUÑOZ CLARES, *El robo con violencia o intimidación*, Tirant lo Blanch, 2003, p. 375, que «todo robo violento comporta una leve detención ilegal absorbida por el tipo del art. 242 en cuanto tenga la duración suficiente para permitir la depredación; superado tal umbral surge la imputación separada de lo que debe ser tenido por delito independiente del complejo robo, normalmente porque el delincuente ha planeado un robo con iter criminis dilatado (robo con detención del sujeto pasivo para, obtenida una tarjeta de crédito y el número secreto hacer uso de la misma) [...]». Para J. A. BRANDARIZ GARCÍA, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Comares, 2003, p. 179, las retenciones de breve duración, consustanciales a la dinámica comisiva del robo, quedarán consumidas en el injusto del robo, como actos copenados. Si no se entendiese así considera que en todos los casos de robo habría que apreciar concurso con las detenciones ilegales. No obstante, puesto que los casos concretos pueden ser muy variados entiende que habrá que atender a la entidad de la detención, su duración, su proyección más allá de la perfección del apoderamiento y, en su caso, el carácter necesario o innecesario de la detención para la perpetración del robo.

hecho, no de si los delitos aparecen normalmente juntos o de la normal dinámica comisiva del robo. En nuestra opinión si se ha realizado el tipo de las detenciones ilegales junto al delito de robo con intimidación ninguno de los dos está en condiciones de abarcar el contenido de injusto del otro, por esa razón la relación concursal que se plantea entre ambos es la del concurso de delitos (que podrá ser ideal o real en función de la existencia de una o varias acciones)²³.

La argumentación anterior no implica, sin embargo, que necesariamente haya que apreciar un concurso con las detenciones ilegales siempre que se cometa un delito de robo. Algunos autores, desde distintas perspectivas, excluyen del ámbito del art. 163 los supuestos en que la privación de libertad es mínima. Para *Mirat Hernández* todo acto de encerrar o detener supone un ataque a la libertad de abandono, pero las exigencias del principio de ofensividad hacen necesario en determinados casos una duración mínima de la detención, pues de lo contrario los hechos no alcanzan relevancia típica²⁴. En cambio, *Muñoz Sánchez* considera que una interpretación gramatical y teleológica del precepto permite excluir del tipo aquellos casos en que la duración es mínima (por entender que no existe detención), sin que sea necesario acudir al principio de insignificancia o de adecuación social como causas de atipicidad²⁵.

Este planteamiento no se ve afectado por la discusión en la doctrina acerca de si la consumación del delito de detención exige una cierta duración o no de la privación de libertad. Para un sector de la doctrina el delito se consuma desde el momento en que se produce la imposibilidad de abandono y basta con que dure un mínimo espacio de tiempo. Así se expresa también el Tribunal Supremo en la resolución objeto de análisis: «El delito de detención ilegal es de ejecución

²³ Llama la atención sobre el elevado contenido de lo injusto que comporta el delito de detención ilegal J. L. DIEZ RIPOLLÉS, en Díez Ripollés/Gracia Martín (coord.), *Comentarios*, p. 770. Por su parte J. A. BRANDARIZ GARCÍA, *El delito de robo con violencia*, p. 179, n. 536, resalta que la desaparición del delito complejo de robo con toma de rehenes (art. 501.4.º CP 1973) exige una mayor rigurosidad a la hora de determinar qué retenciones pueden entenderse consumidas en el desvalor propio del apoderamiento intimidatorio o violento.

²⁴ M.ª P. MIRAT HERNÁNDEZ, *Detenciones ilegales (Artículo 163 del Código penal)*, Edersa, 2001, p. 171. Indica esta autora que, por ejemplo, un simple forcejeo no constituirá una detención por la escasa duración temporal, aunque tampoco tiene obligatoriamente que constituir un tipo de coacciones; simplemente la conducta es atípica. En estos casos no se produce una aprobación social de la conducta sino sólo una relativa tolerancia de la misma dada su escasa gravedad. El principio de insignificancia excluiría la presencia del tipo penal.

²⁵ Véase J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de detención*, Trotta, 1992, p. 146.

instantánea y se consuma aun en los supuestos en que la víctima consiga evadirse poco después de ser privada de libertad». Otra línea doctrinal exige, por el contrario, una cierta duración en la privación de libertad para considerar consumado el delito, sobre todo para poder diferenciarlo del delito de coacciones²⁶. Siguiendo a *Muñoz Sánchez* admitimos la posibilidad de excluir del tipo aquellos supuestos en los que la privación de libertad es mínima. Pero como señala este mismo autor «el hecho de aceptar que el tipo exige un intervalo de tiempo de cierta entidad como elemento del tipo que si no se da impide la consumación, no significa negar la consumación instantánea en este delito. La realización de todos los elementos del tipo surge en un momento único, de forma instantánea, si bien afirmar este punto en el tiempo es difícil»²⁷.

En definitiva, lo que se intenta cuestionar aquí es la idea de apelar a la difusa categoría del hecho acompañante típico, cuya fundamentación difícilmente encuentra apoyo en el *non bis in idem*, para desplazar el delito de detención ilegal. Pueden ser otras las razones que expliquen la impunidad del delito de detención ilegal: en este caso creemos que cuando la privación de libertad no tiene la suficiente entidad sólo aparentemente se realiza el tipo de las detenciones ilegales, lo que significa que si ese comportamiento aparece junto a una acción de sustracción no es necesario acudir a las reglas del art. 8 CP para resolver la relación entre ambos delitos porque *no* se plantearía una situación concursal. En el resto de supuestos habría que acudir a las reglas del concurso de delitos.

III

El segundo motivo del recurso de casación interpuesto denuncia la indebida inaplicación del art. 77 del CP. La representación del recurrente alega que la relación del delito de detención ilegal con el de robo sería la de concurso medial.

La evaluación de la relación concursal (ideal, real o medial) que se produce entre estos dos delitos exige con carácter previo analizar algunas de las peculiaridades del delito de detención ilegal. Ya hemos señalado como el Tribunal Supremo en esta sentencia y también la doctri-

²⁶ Sobre esta discusión véanse J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de detención*, pp. 144 y ss.; y M.^a P. MIRAT HERNÁNDEZ, *Detenciones ilegales*, pp. 166 y ss.

²⁷ J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de detención*, p. 146.

na mayoritaria coinciden en señalar que el delito del art. 163 es un delito de resultado de consumación instantánea, pero a ello hay que añadir su carácter de delito permanente.

El delito permanente suele definirse como un delito en el que, como consecuencia de la actividad del sujeto, se crea una situación antijurídica que se prolonga en el tiempo y cuya cesación depende de la voluntad del autor²⁸. Sólo los tipos penales cuyo bien jurídico es de naturaleza comprimible o extensible pueden ser delitos permanentes y no aquellos que protegen bienes jurídicos que sufren un menoscabo irreversible que impide que el bien jurídico vuelva al estado original tras el cese del ataque antijurídico²⁹.

Parte de la doctrina distingue entre delitos «necesariamente permanentes» y «eventualmente permanentes». Los primeros son aquellos en los que la perduración del estado antijurídico es imprescindible para la existencia misma del delito; en los segundos, el delito se consuma ya con la realización de la conducta típica y, aunque la situación antijurídica puede prolongarse en el tiempo, no da lugar a una multiplicidad de infracciones sino a un delito único³⁰. Sin embargo esta clasificación no se admite de forma generalizada debido a la diversidad de pareceres respecto de la consumación del delito permanente. Para algunos autores en estos delitos no se da un momento consumativo sino un estado o periodo de consumación que dura hasta que cesa la situación antijurídica³¹. Más correcta nos parece la posición doctrinal que alega que no puede hablarse de un período consumativo puesto que la

²⁸ Precisamente la creación de un estado antijurídico que se prolonga en el tiempo es una característica que comparten el delito permanente y el delito de estado. Ahora bien en estos últimos el mantenimiento de la situación creada por el hecho no tiene ningún significado independiente puesto que el reproche jurídico-penal se anuda sólo a su producción pero no a su mantenimiento. Véase E. BORJA JIMÉNEZ, «*La terminación del delito*», ADPCP (1995), p. 154.

²⁹ Véanse E. BORJA JIMÉNEZ, ADPCP (1995), p. 154; y J. M. AYALA GARCÍA, «*Delito permanente, delito habitual y delito complejo*», en *Unidad y pluralidad de delitos* (director: A. Calderón Cerezo), CDJ (1995), p. 307.

³⁰ Sobre esta distinción véanse RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal*, PG, p. 421; CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, Ariel, 1972, p. 316; y A. J. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, p. 116.

³¹ En este sentido, por ejemplo, A. J. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, p. 116; y J. M. AYALA GARCÍA, CDJ (1995), p. 308. En relación con la detención ilegal señala M.^a P. MIRAT HERNÁNDEZ, *Detenciones ilegales*, p. 172, que la lesión al bien jurídico se produce de forma instantánea, pero el periodo consumativo se inicia con la concreción típica y se extiende temporalmente en tanto dure la privación de libertad, porque la acción típica continúa de forma ininterrumpida después de la consumación y el estado antijurídico se mantiene.

consumación es el momento (no una fase) en que se realizan todos los elementos del tipo. Lo característico del delito permanente es que la acción típica continúa de forma ininterrumpida tras la consumación³².

La peculiaridad que presenta el delito permanente ha llevado a la doctrina a plantearse la cuestión de si los delitos cometidos durante el transcurso de un delito permanente están con éste en relación de concurso ideal o real. Con carácter general para distinguir una y otra modalidad concursal, en definitiva, para constatar si existe una acción o varias se recurre a una fórmula que atiende a la identidad total o parcial de las acciones realizadas. Según la opinión dominante existe unidad de acción en caso de identidad total de las acciones ejecutivas típicas, es decir, cuando la actividad típica ejecutiva coincida plenamente en los delitos concurrentes o cuando los actos de ejecución de uno de los delitos comprendan en sí totalmente a los del otro delito. No obstante, es suficiente para fundamentar el concurso ideal con la identidad parcial de las acciones ejecutivas, cuando alguno de los actos contribuye a la realización de los tipos que concurren, incluso cuando se trata de bienes jurídicos personalísimos³³.

En el marco de los delitos permanentes la admisión de un concurso ideal del delito permanente con otro delito se suele condicionar al hecho de que el acto o actos mediante los cuales se realiza ese segundo delito sirvan para fundamentar o conservar el estado antijurídico³⁴;

³² Véase J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de detención*, p. 142. En esta línea parece situarse también el Tribunal Supremo. Así en la STS de 23 de junio de 2000 (RJ 200/4751) señala: «la detención ilegal constituye un delito permanente, en el sentido de que la acción típica se sigue realizando, de modo ininterrumpido, más allá del momento consumativo inicial [...]».

³³ Véanse, entre otros, A. J. SANZ MORÁN, «*El concurso de delitos en la reforma penal*» en Unidad y pluralidad de delitos (director: Calderón Cerezo), CDJ (1995), p. 213; M.^a L. MAQUEDA ABREU, en Zugaldía Espinar (dir.), *Derecho penal*, PG, Tirant lo Blanch, 2002, p. 882; E. BACIGALUPO, *Principios*, PG, p. 435; y R. GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 2.^a ed., Aranzadi, 2001, p. 432. También la jurisprudencia recurre a este criterio, así señala por ejemplo la STS de 29 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6662): «la unidad de acción en que se cimenta o apoya el concurso ideal no coincide con el concepto general de acción según la teoría general del delito; aquella acción es equiparable a «hecho» que viene determinado por la identidad, al menos parcial, de los actos de ejecución correspondientes a los tipos de delito concurrentes, sin que pierda su unidad sustancial por la pluralidad de resultados y de bienes jurídicos lesionados».

³⁴ H. HAU, *Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen*, Duncker & Humblot, 1974, p. 138. Según J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de detención*, p. 281, esta fórmula no significa ninguna modificación sino sólo una caracterización de la fórmula general. Dado que es propio del delito permanente que la acción típica continúe de forma ininterrumpida después de la consumación, realizarán el tipo no sólo

si, por el contrario, se trata de actos que se cometen sólo con ocasión del delito permanente, se considera que habrá que estimar concurso real entre el delito permanente y el otro delito realizado puesto que las acciones ejecutivas no coinciden en ningún punto³⁵. Pero cabe aun otro supuesto: los casos en los que el delito permanente se realiza para cometer otro delito.

En esta última hipótesis Sanz Morán manifiesta que habrá concurso ideal cuando el delito permanente crea un presupuesto para la comisión del otro hecho y se ejecuta con ese fin. Esto exige que el dolo se haya dirigido a otro hecho concreto en el momento del comienzo del delito permanente; si el dolo surge con posterioridad, existirá concurso real entre el delito permanente y el otro delito³⁶. A esta postura se le objeta el no explicar por qué motivo se aprecia concurso ideal cuando esté presente el dolo del otro hecho delictivo en el inicio de la realización del delito permanente, cuando en realidad dicho elemento no tiene nada que ver con la identidad de acción (que se determina conforme a elementos objetivos). En estos casos la existencia de concurso ideal estará en función de la identidad parcial de la acción³⁷.

No se suele mencionar en la doctrina, en cambio, la posibilidad de aplicar en estos casos un concurso medial de delitos, modalidad concursal regulada en el segundo inciso del artículo 77 del Código penal. El elemento que caracteriza su supuesto de hecho es la exigencia de una relación de medio a fin entre los delitos concurrentes. Pese a su ubicación doctrina y jurisprudencia entienden que el concurso medial es un concurso real equiparado a efectos penológicos al concurso

las acciones que crean el estado antijurídico, sino también las que lo conservan. Así si una tal acción lesiona al mismo tiempo otra ley existe identidad de acción con el delito permanente. Por el contrario, todo acto particular que no sea presupuesto para la creación del estado antijurídico ni para mantenerlo no será relevante para el delito permanente, por lo que en estos casos no existirá identidad de acción entre los tipos realizados sino sólo la unidad temporal de las acciones realizadas, de ahí que se apliquen las reglas del concurso real. También en este sentido, A. J. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, p. 157.

³⁵ Véase, con más referencias, H. HAU, *Die Beendigung der Straftat*, p. 138. También U. JOSHI JUBERT, «Unidad de hecho y concurso medial de delitos», ADPCP (1992), p. 628; A. J. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, p. 157; y J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de detención*, p. 282.

³⁶ A. J. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, p. 158.

³⁷ Véase J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de detención*, p. 283. También J. J. GONZÁLEZ RUS, en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. III (arts. 24 a 94), Edersa, 2000, p. 1029, y J. JOSHI JUBERT, ADPCP (1992), p. 628, sostienen que la unidad de hecho debe determinarse aquí conforme a los criterios generales, en los mismos términos que en otros delitos.

ideal³⁸. El legislador, ya desde el Código de 1848, ha incluido esta figura en nuestros Códigos. La explicación histórica de la misma remite a los planteamientos de los autores de la escuela clásica italiana. Para éstos, la intención unificaba ambas infracciones y, en consecuencia, si se considerasen como delitos distintos se sancionaría dos veces una misma intención³⁹. Actualmente la doctrina considera que ya no resulta justificado su tratamiento privilegiado y, por ello, reclama su punición conforme a las reglas del concurso real de delitos⁴⁰.

³⁸ Así se señala expresamente en la sentencia que comentamos: «El concurso medial, conocido también como teleológico o instrumental, como es sabido, es una modalidad del concurso real —pluralidad de acciones y de delitos— pero sancionada como si se tratara de un concurso ideal —unidad de acción y pluralidad de delitos—. La pluralidad de acciones que concurre en el concurso medial equivale a una sola en el propósito de los autores». En el mismo sentido se pronuncian, entre otras, las SSTs de 19 de octubre de 2001 (RJ 2001/10176), 9 de octubre de 2002 (RJ 2002/9161) y 3 de febrero de 2003 (RJ 2003/991). Igualmente en la doctrina se considera casi de forma unánime que el concurso medial se caracteriza por la existencia de una pluralidad de hechos y, por tanto, es un concurso real. Véanse J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, III, Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, 2001, p. 304; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal, PG*, p. 772; J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995, vol. I (arts. 1 a 233)*, Tirant lo Blanch, 1996, p. 442; R. GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios*, p. 432; G. GUINARTE CABADA, «El concurso medial de delitos», EPyCr t. XIII, p. 164; U. JOSHI JUBERT, ADPCP (1992), p. 632; M.ª L. MAQUEDA ABREU, en Zugaldía Espinar (dir.), *Derecho penal, PG*, p. 888; A. J. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, p. 217; y J. M.ª SUÁREZ LÓPEZ, *El concurso real de delitos*, Edersa, 2001, p. 27. Una excepción a este planteamiento la encontramos en Antón Oneca, quien entendió que la razón de que se haya establecido para el concurso medial el mismo régimen que para el concurso ideal se justifica porque aquél tiene la misma naturaleza que éste. Para este autor en el artículo 71 del CP 73 se recogían dos hipótesis cuyo elemento común era la unidad de hecho. Así, afirmaba Antón Oneca que la voluntad del legislador era la de «contemplar, junto a la identidad total del hecho común a dos o más delitos, una segunda hipótesis de identidad parcial, o sea que el hecho integrante de una figura delictiva fuera al mismo tiempo parte de la otra». De todas formas también admite el concurso medial aunque no exista identidad parcial siempre que los hechos estén en conexión teleológica necesaria. Véase J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal, PG*, 2.ª ed., Akal/iure, 1986, p. 491. Indica J. A. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, Marcial Pons, 1997, p. 76, que, de seguir la interpretación de Antón Oneca, no tendría sentido una regulación expresa del concurso medial por tratarse de un concurso ideal propio basado en la unidad de hecho.

³⁹ Sobre ello, con más referencias, G. GUINARTE CABADA, EPyCr t. XIII, p. 159.

⁴⁰ Véanse A. J. SANZ MORÁN, *Concurso de delitos. Criterios y problemas*, en Asúa Batarrita, Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996, Servicio editorial Universidad del País Vasco, p. 84; J. CEREZO MIR, *Curso, III, Teoría jurídica del delito/2*, p. 306; y A. CUERDA RIEZU, *La regulación del concurso de delitos en el Anteproyecto de Código penal de 1992*, en Política Criminal y Reforma penal (Homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan Del Rosal), Edersa, 1993, p. 312. Este último autor proponía la supresión del inciso relativo al

Como decíamos el artículo 77 exige que exista una relación instrumental de medio a fin entre las infracciones. Doctrina y jurisprudencia entienden que dicha relación exige la concurrencia de dos elementos, uno de carácter objetivo y otro de carácter subjetivo:

- a) El primero de ellos se concreta en la existencia de una conexión instrumental real y objetiva entre dos delitos, de manera que la realización de uno de ellos (delito-medio) sirva causalmente a la comisión del otro (delito-fin)⁴¹. En la jurisprudencia se exige tener en cuenta los elementos lógicos, temporales o espaciales que puedan servir de vínculo entre los diversos hechos delictivos⁴².
- b) El elemento subjetivo exige la preordenación de un delito a la realización de otro. Se subraya frecuentemente que no basta dicho aspecto subjetivo para que proceda la estimación del concurso medial⁴³; no obstante, aunque no sea suficiente tampoco puede establecerse la conexión medial atendiendo simplemente a datos objetivos. Al exigir la regulación legal que un delito sea «medio para» es preciso que el delito fin aparezca como un auténtico fin o intención, es decir, como la representación de un resultado que el agente se ha propuesto conseguir⁴⁴.

Pero el elemento problemático en la concreción del supuesto de hecho de esta clase de concurso es la determinación de la necesidad, es decir, cuándo o cómo una de las infracciones es medio *necesario* para cometer otra. En un primer momento se exigió necesidad en abstracto, es decir, que el delito fin no se pudiese cometer nunca sino mediante la previa comisión del delito medio. Sin embargo, esta opinión se abandonó puesto que chocaba con el concepto de concurso de leyes, concretamente con el principio de consunción. Si siempre que se cometiese un delito se realizaba al mismo tiempo el otro, el delito-fin consumiría el delito-medio, de manera que el *non bis in ídem* impediría aplicar los dos delitos⁴⁵. Abandonado el criterio abstracto que tenía como consecuencia la inaplicación de la figura del concurso medial se

concurso medial al considerar que algunos de los supuestos serán de concurso real (cuando a pesar de la relación medial no haya ni siquiera identidad parcial del hecho) y otros de concurso ideal (cuando se dé la relación medial y exista identidad al menos parcial del hecho).

⁴¹ G. GUINARTE CABADA, EPyCr t. XIII, p. 173.

⁴² STS de 3 de febrero de 2003 (RJ 2003/991).

⁴³ Véanse, por ejemplo, CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, p. 363 y la STS de 19 de octubre de 2001 (RJ 2001/10176).

⁴⁴ G. GUINARTE CABADA, EPyCr t. XIII, p. 182.

⁴⁵ Véanse CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, pp. 363-364; y S. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, p. 634.

pasó a interpretar la necesidad de la conexión teleológica de modo concreto. Esta perspectiva se perfila con distintos matices en la doctrina:

- a) En opinión de *Guinarte Cabada* «un delito será medio necesario para otro cuando, de acuerdo con un juicio objetivo acerca de la concreta situación fáctica y, en su caso, por tanto, al plan del autor, deba concluirse que aquél puede considerarse como imprescindible a efectos de posibilitar, facilitar o asegurar la comisión de otro»⁴⁶.
- b) Para *Córdoba Roda* la simple preordenación psíquica de un delito a otro no basta para apreciar concurso medial, aunque sí es necesario que la voluntad del agente se proyecte sobre el vínculo real de necesidad. Esta última debe entenderse en un sentido concreto referido a la situación fáctica: si en el caso particular la comisión de uno de los delitos supone la realización del otro deberá entenderse que éste es medio necesario para el primero⁴⁷.
- c) Según *García Albero* el juicio objetivo acerca de la necesidad de la infracción medial en esa concreta situación fáctica, debe realizarse ex ante valorando, sobre la base del plan del autor, la viabilidad y la mayor o menor dificultad de realización de otras alternativas que no signifiquen la comisión del delito medio. Si el juicio se realizase ex post, dice el autor que todo delito medio resultaría necesario para la comisión del delito-fin tal y como éste se realizó. En definitiva considera que la necesidad medial no ha de afirmarse descriptivamente según parámetros causales, sino valorarse con criterios de mayor o menor dificultad de perpetración de un delito sin pasar por otro⁴⁸.
- d) *Joshi Jubert* estima que la actual interpretación concreto-objetiva que se realiza del concurso medial lleva a soluciones polí-

⁴⁶ G. GUINARTE CABADA, EPyCr t. XIII, p. 192.

⁴⁷ CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, p. 363.

⁴⁸ R. GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios*, p. 433. En sentido similar J. J. GONZÁLEZ RUS, *Comentarios al Código penal*, p. 1038. Para este autor el concurso medial no puede apreciarse cuando el delito-medio no fuese objetivamente indispensable en la ocasión concreta. En su opinión, se trata de analizar las posibilidades que en la situación concreta se ofrecían al autor para cometer el delito-fin sin haber llevado a cabo el delito-medio. Si el sujeto hubiera tenido a su alcance otras alternativas de conducta para conseguir su objetivo final, con semejantes dificultades, riesgos y posibilidades de éxito, no se podrá apreciar la necesidad medial, puesto que ya no se trató de una actuación obligada, sino de la elección buscada de una de entre las varias formas de ejecución posibles, capaces todas ellas de alcanzar el delito-fin sin necesidad de realizar el delito-medio.

tico-criminalmente insatisfactorias. Por ello propone una interpretación diferente del supuesto de hecho de la norma que regula el concurso medial. Según esta autora cuando el único vínculo existente entre los dos delitos sea el plan del autor no estaremos ante un concurso medial. La necesidad de que un delito sea medio necesario para cometer otro se dará cuando sea preciso cometer un delito para cometer el otro: esto sucede, en primer lugar, cuando exista coincidencia parcial de los hechos, salvo en el caso de que se vean afectados bienes jurídicos de carácter eminentemente personal y, en segundo lugar, cuando conforme al plan del autor no se pueda alcanzar el delito de otra forma que no sea cometiendo el otro delito⁴⁹.

La jurisprudencia parte de que el concurso medial exige dos requisitos: a) la existencia de dos o más acciones que estén tipificadas como delitos distintos e independientes; b) que entre ambos se establezca una relación de instrumentalidad, de medio a fin. Respecto a la determinación de la necesidad el Tribunal Supremo ha manifestado que «el medio necesario, como dice el art. 77 del CP, no ha de entenderse bajo un prisma de subjetividad, en un plano puramente psíquico, sino en un sentido objetivo, real y concreto, con referencia a la particular situación fáctica. Necesaria se ofrecerá una acción cuando aparezca en apreciación racional de los hechos, como vehículo o instrumento caracterizado e idóneo para la comisión con éxito de la segunda infracción»⁵⁰. Para estimar la conexión medial se ha recurrido frecuentemente a un juicio hipotético: «no basta la preordenación psíquica, porque la necesidad no ha de ser contemplada en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino en el aspecto objetivo, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiere producido de no haber realizado previamente el o los que le hubiesen precedido, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no en el orden teleológico individual»⁵¹.

⁴⁹ U. JOSHI JUBERT, ADPCP (1992), pp. 634 y ss. En caso de que se afecte a bienes jurídicos de carácter eminentemente personal habrá que aplicar las reglas del concurso real. Ello se basa en la idea de que los bienes jurídicos altamente personales no sólo facilitan la participación del ciudadano en la sociedad, sino que son el substrato de toda participación.

⁵⁰ Así la STS de 19 de octubre de 2001 (RJ 2001/10176).

⁵¹ Véanse las SSTS de 28 de febrero de 2000 (RJ 2000/886), 12 de julio de 2000 (RJ 2000/1289), 22 de noviembre de 2000 (RJ 2000/8945), 19 de octubre de 2001 (RJ 2001/10176) y 25 de enero de 2002 (RJ 2002/1440).

En el caso que nos ocupa el Tribunal Supremo descarta una posible coincidencia de los elementos típicos y, a partir de la existencia de una pluralidad de hechos, fundamenta la relación medial (frente a lo expuesto anteriormente) con apoyo en un criterio concreto-subjetivo. Así se indica en la sentencia que la determinación de si un delito es medio necesario para cometer otro «no debe hacerse en abstracto sino en concreto y en función específica del fin último perseguido por el autor o autores de los diferentes hechos delictivos»⁵². Creemos que en este supuesto específico la apreciación de un concurso medial resulta discutible; dando un paso más puede decirse que no sería descartable la posibilidad de apreciar la existencia de un concurso ideal de delitos en la medida en que las acciones ejecutivas de cada delito de detención ilegal (teniendo en cuenta su carácter de delito permanente) se solapan parcialmente con las acciones ejecutivas del robo⁵³.

IV

A las dificultades que plantea la determinación de la conexión medial cabe sumar otra referida al radio de acción de esta modalidad concursal. Anteriormente el artículo 71 CP 1973 establecía que las disposiciones del artículo anterior no eran aplicables en el caso de que un solo hecho constituyese dos o más delitos o *cuando uno de ellos fuese medio necesario para cometer otro*. La redacción suscitó la duda de si «uno de ellos» iba referido al «hecho» o al «delito», duda que se resolvió considerando al «delito» como término de la relación medial⁵⁴. La actual redacción del art. 77 ha sustituido el término «delito» por el de «infracción»: «Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra». Conforme al tenor literal del precepto cada uno de los extremos de la relación medial debe constituir, pues, una única infracción. Bajo el término «infracción» (ya antes se equiparaba el término «delito» al de infracción singular) quedarían comprendidos según la doctrina los

⁵² En el mismo sentido la STS de 9 de octubre de 2002 (RJ 2002/9161).

⁵³ Esta posición tampoco ha sido desconocida por la jurisprudencia. En algunas resoluciones, por ejemplo en las SSTS de 8 de julio de 2000 (RJ 2000/7745) y 9 de octubre de 2002 (RJ 2002/9161), se ha sostenido que los delitos de detención ilegal y robo están ordinariamente en régimen de concurso ideal porque se superponen las acciones propias de la privación de libertad con las generadoras del atentado contra la propiedad, de tal manera que se puede afirmar que hay un solo hecho.

⁵⁴ Véase G. GUINARTE CABADA, EPyCr t. XIII, pp. 165-166.

supuestos de unidades típicas en sentido estricto (delito permanente, delitos complejos y compuestos, delitos de varios actos, tipos con conceptos globales, leyes mixtas alternativas), el delito habitual, los supuestos de unidad típica en sentido amplio (casos de realización iterativa del mismo tipo penal), y el delito continuado⁵⁵. Por supuesto la utilización del término infracción ha permitido superar la discusión relativa a la posibilidad de admitir un concurso (ideal o medial) entre dos faltas o entre un delito y una falta.

La pregunta que surge a continuación concierne a la posibilidad de admitir la relación medial cuando el delito-medio o el delito-fin no constituya una infracción sino varias. Son dos las hipótesis que podrían plantearse: a) bien el delito-medio bien el delito-fin (o ambos) constituyen dos o más delitos en concurso ideal⁵⁶; b) bien el delito-medio o bien el delito-fin (o ambos) constituyen dos o más delitos en concurso real⁵⁷. En el caso objeto de nuestro comentario —si se sigue la postura del Tribunal Supremo de apreciar un concurso medial— el delito-medio viene constituido por seis detenciones ilegales perpetradas para cometer un posterior delito de robo (delito-fin).

Un problema similar a éste se ha planteado en aquellos casos caracterizados porque las acciones ejecutivas típicas de dos delitos (A y B) no son idénticas entre sí ni total ni parcialmente, pero sí lo son con acciones de un tercer delito (C)⁵⁸. Esto significa que se cumplen las

⁵⁵ Véanse G. GUINARTE CABADA, EPyCr t. XIII, pp. 166-167; y A. J. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, p. 219. En general sobre los supuestos de unidad delictiva A. J. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, pp. 115 y ss.

⁵⁶ G. GUINARTE CABADA, EPyCr t. XIII, p. 194, menciona como ejemplo la falsificación de documentos para realizar un hecho que al mismo tiempo es constitutivo de un delito de contrabando y otro de tráfico de drogas o el supuesto en que se comete un delito de atentado y otro de lesiones para cometer una violación.

⁵⁷ G. GUINARTE CABADA, EPyCr t. XIII, p. 196, alude al caso en que se cometen dos falsedades distintas para realizar una estafa o un delito de uso de nombre supuesto y otro de falsedad para cometer una estafa.

⁵⁸ A. J. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, p. 155, cita como ejemplo las lesiones culposas en accidente de tráfico, y la omisión de socorro tras el accidente (acciones independientes entre sí) respecto de la utilización de vehículo de motor ajeno previamente hurtado. A. GIL GIL, *Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán condenando por el delito de genocidio (Sentencia del BGH de 30 de abril de 1999 —3 StR 215/98— OLG Düsseldorf)*, *Relaciones concursales entre un delito contra un bien jurídico colectivo —el genocidio— y los delitos contra bienes jurídicos individuales personalísimos cometidos en su ejecución*, RDPyCr n.º 4 (1999), pp. 780 y ss., se refiere al delito de genocidio y cada una de las figuras delictivas que consideradas por sí solas constituyen delitos autónomos contra bienes jurídicos individuales (vida, integridad corporal, libertad sexual...). También se plantearía este problema en el supuesto que analizamos si el Tribunal Supremo hubiese

condiciones para apreciar un concurso ideal entre el delito C y el delito A, y un concurso ideal entre el delito C y el delito B, pero los delitos A y B estarían en concurso real. Para solucionar estos supuestos se recurre a la denominada teoría del efecto abrazadera que se traduce en apreciar un concurso ideal entre los tres delitos, uno de los cuales opera como nexo de unión o enlace, abrazando los otros dos delitos. Ahora bien, la admisión del concurso ideal está condicionada por la exigencia de que entre el delito que abraza y los delitos abrazados exista equivalencia valorativa en contenido de injusto o que el delito que abraza sea el más grave. Si no es así se cierra la posibilidad de estimar unidad de acción entre ellos, lo que conduce a apreciar un concurso real entre los delitos independientes pero estando cada uno de ellos a su vez en concurso ideal con ese tercer delito⁵⁹.

Sin embargo, un buen número de autores se ha mostrado crítico con esta construcción⁶⁰ y de ahí que se busquen otras soluciones alternativas:

- a) Una de ellas es la de estimar un concurso real entre los tres delitos. Esta construcción no satisface a la doctrina porque implica desconocer que están presentes los requisitos del concurso ideal.
- b) Si se opta por apreciar un concurso real entre los concursos ideales del delito común con cada uno de los otros tipos concurrentes se infringe el principio *non bis in idem* puesto que se toma en consideración el mismo delito varias veces para formar los distintos concursos ideales.
- c) La tercera posibilidad consiste en aplicar un concurso ideal entre el delito común (C) y uno de los delitos independientes (A) a su vez en concurso real con el otro delito (B). Pero con esta calificación se desconoce la relación de unidad de hecho entre

entendido que existía coincidencia parcial de las acciones correspondientes a cada una de las detenciones ilegales en relación con el robo.

⁵⁹ Véanse, con más detalle, F. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz*, pp. 280-281; y JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, p. 721. En nuestra doctrina acepta esta teoría, con algunos límites, J. CUELLO CONTRERAS, *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I)*, ADPCP (1979), p. 67.

⁶⁰ Véanse J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal, III, Teoría jurídica del delito/2*, p. 305; R. GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*» material, pp. 311 y ss.; A. GIL GIL, *Derecho penal internacional*, Tecnos, 1999, pp. 309 y s., y RDPyCr n.º 4 (1999), pp. 793 y ss.; J. J. GONZÁLEZ RUS, *Comentarios al Código penal*, pp. 1024-1025; y A. J. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, p. 155.

C y B, inaplicando las reglas del concurso ideal y llegando a una pena más alta en perjuicio del reo.

- d) Finalmente otros autores creen que la valoración correcta de estos supuestos —la que se presenta como más respetuosa con las definiciones del concurso ideal y real de delitos y con el concepto de acción manejado habitualmente— exige apreciar un concurso ideal entre el delito común y el concurso real de los otros dos delitos⁶¹.

El análisis expuesto nos puede servir para valorar positiva o negativamente las soluciones ofrecidas por la doctrina y la jurisprudencia para resolver estos supuestos en los que uno de los términos de la relación medial (en nuestro caso particular el delito-medio) está representado por una pluralidad de delitos en concurso real:

- a) Una primera opción es la de apreciar un único concurso medial que abarque todas las infracciones⁶². El inconveniente que presenta esta solución es que delitos que no están entre sí en relación medial (las distintas detenciones ilegales) acaban vinculados como consecuencia de su relación con un tercero (el robo). Además tampoco resulta respetuosa con el principio según el cual «la realización de un delito adicional —el delito fin— no ha de comportar una mayor ventaja para el autor que si éste no se hubiese realizado: resultaría un sinsentido que si el autor desiste del delito fin, todos los precedentes delitos medios comportaran, por el juego del art. 76, mayor pena que de haberse realizado aquél —art. 77—»⁶³.
- b) Otra vía es la de estimar tantos concursos mediales como relaciones de medio a fin existan. El Tribunal Supremo en esta sentencia llega a la conclusión de que el concurso medial que se plantea «lo es de cada detención ilegal con un delito de robo, pero no de un único concurso medial integrado por los seis delitos de detención ilegal perpetrados como medio para cometer

⁶¹ Véanse L. GRACIA MARTÍN, en Díez Ripollés/Gracia Martín (coord.), *Comentarios*, p. 487; y A. GIL GIL, *Derecho penal internacional*, p. 308.

⁶² En este sentido CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, p. 368; y J. J. GONZÁLEZ RUS, *Comentarios al Código penal*, p. 1041. Este último autor señala que como todas las alternativas son discutibles se trata de buscar la que, respetando la letra del art. 77, mejor se corresponda con su razón de ser y plantee menos problemas. Y la ratio del art. 77 es precisamente la de privilegiar el tratamiento penal de las infracciones que aparecen en relación de medio a fin.

⁶³ Véase R. GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*» material, p. 315; el mismo, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios*, p. 436.

el delito de robo, como modalidad múltiple de un único concurso medial, como se sostiene en el recurso y apunta el Ministerio Fiscal». Pero a este criterio se le presenta una grave objeción ya que toma en consideración un único delito (el robo) de forma plural para formar los distintos concursos mediales, infringiendo así el principio *non bis in ídem*⁶⁴.

- c) El sector doctrinal que excluye la posibilidad de que uno de los extremos de la relación medial esté constituido por la concurrencia de varios delitos, cree que la única forma de resolver este supuesto consistiría en aplicar la regla del concurso medial respecto a los delitos que aparezcan como los extremos más próximos de la conexión instrumental, a su vez, en concurso real con los demás delitos cometidos⁶⁵. En nuestro caso esto supondría admitir un concurso medial entre uno de los delitos de detención ilegal y el robo con intimidación y éste, a su vez, en concurso real con los otros cinco delitos de detención ilegal⁶⁶. El defecto que presenta esta calificación es que desconoce el vínculo medial con el delito-fin que tiene el delito o delitos que se aprecian en concurso real⁶⁷.
- d) La última de las alternativas que queda por analizar es la de apreciar un concurso medial entre un concurso real y la otra infracción. En este supuesto nos encontramos con que los seis delitos de detención ilegal están entre sí en concurso real, pero como además hay que valorar la relación de éstos con el delito

⁶⁴ Así R. GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios*, p. 436; y J. J. GONZÁLEZ RUS, *Comentarios al Código penal*, p. 1040.

⁶⁵ Es la solución que propone G. GUINARTE CABADA, EPyCr t. XIII, pp. 195 y 197. También, en referencia a las conexiones mediales encadenadas, A. J. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, p. 220. R. GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios*, pp. 435-436, aunque no comparte el argumento de que las conexiones mediales no caben cuando uno de los extremos está configurado por una pluralidad delictiva, se inclina por ella. No obstante reconoce que ninguna solución es del todo correcta (ésta desconoce para algún delito el presupuesto de operatividad del concurso medial).

⁶⁶ En sentido similar para las hipótesis de abrazamiento señala Gil Gil que con esta solución se desconoce la unidad de hecho entre C y B, inaplicando de este modo la regla del concurso ideal y llegando a una pena más alta en perjuicio del reo. Véase A. GIL GIL, *Derecho penal internacional*, p. 311.

⁶⁷ J. J. GONZÁLEZ RUS, *Comentarios al Código penal*, p. 1040. Añade además este autor (p. 1042) que esta solución plantea problemas en la determinación de la pena. La pena resultante dependerá de cuáles sean las infracciones que se tomen en cuenta para integrar el concurso medial y cuál o cuáles las que se aprecien en concurso real con el mismo.

de robo posterior, la conclusión debe ser la de estimar un concurso medial de un concurso real de detenciones ilegales con el delito de robo. El escollo que se presenta a esta solución reside en que este concurso de un concurso con otra infracción no parece tener cabida en el tenor literal del art. 77 CP.

En nuestra doctrina, como ya señaló *Cuerda Riezu*, no encontramos un estudio general acerca del supuesto de hecho de un concurso de concursos⁶⁸. La jurisprudencia ha admitido el concurso ideal entre delitos continuados y tácitamente, como en este supuesto, un concurso real de concursos mediales. Sin embargo ni el Tribunal Supremo ni en general la doctrina parecen admitir la posibilidad de apreciar un concurso ideal o medial entre un concurso real y otro delito. Fuera de estas posturas *Gil Gil* ha reconocido la posibilidad de admitir un concurso ideal entre un delito y un concurso real. Concretamente se plantea esta solución al analizar las relaciones concursales que se establecen entre el delito de genocidio y los delitos contra bienes jurídicos individuales cometidos durante la ejecución del mismo (homicidios, lesiones...). Estos últimos están entre sí en una relación de concurso real y éste, a su vez, en concurso ideal con el delito de genocidio. La mencionada autora considera que aquí es posible aplicar las reglas concursales por analogía. No se trataría de uno de los supuestos recogidos en el art. 4.3 del Código penal, pues no se acude a la analogía para dejar de aplicar un precepto sino para colmar una laguna (puesto que ninguno de los preceptos resulta aplicable). Además, se trataría de analogía *in bonam partem* que no se opone al principio de legalidad ni vulnera las garantías penales⁶⁹.

De todas las soluciones analizadas creemos que la que ha estimado el Tribunal Supremo es la que se hace acreedora de la crítica más seria en tanto supone una vulneración del principio *non bis in idem*. En mi opinión la última de las expuestas es la que se ajusta o valora mejor las relaciones concursales que se plantean. Ahora hay que ver si es posible trasladar esta interpretación al supuesto que nos ocupa analizando las diversas soluciones penológicas.

⁶⁸ Véase con más detalle A. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos*, p. 257.

⁶⁹ Véase A. GIL GIL, *Derecho penal internacional*, pp. 312-313. En los supuestos de abrazamiento la solución que opta por apreciar un concurso ideal entre el delito que sirve de enlace y el concurso real formado por los otros delitos sería más beneficiosa que castigar todos los delitos por separado, por lo que estima que la aplicación analógica lo es *in bonam partem*. La solución de apreciar un concurso ideal entre todos los delitos sería, sin duda, más beneficiosa pero considera que en esta solución faltaría la semejanza que permitiese hablar de analogía (n. 111). Reconoce también esta posibilidad J. CEREZO MIR, *Curso, III, Teoría jurídica del delito/2*, n. 10 de pp. 306-307.

V

El Tribunal Supremo, como hemos dicho, opta por apreciar un concurso medial de cada detención ilegal con un delito de robo (concurridos mediales que a su vez, aunque no se especifica en la sentencia, están entre sí en una relación de concurso real). En la determinación de la pena compara el Tribunal Supremo estas dos posibilidades:

a) Concurso real de seis delitos de detención ilegal y un delito de robo

- Pena abstracta

art. 163 CP:	prisión 4-6 años
art. 242.2 CP:	prisión 3a 6m-5 años
- Concorre una circunstancia agravante, por tanto se impone la pena en su mitad superior

art. 163 CP + art. 66:	prisión 5-6 años
art. 242.2 CP + art. 66:	prisión 4 a y 3 m-5 años
- Se determina la pena exacta para cada delito
 - 5 años para cada detención ilegal
 - 4 años y 3 meses por el delito de robo
- Pena suma
 - $5 + 5 + 5 + 5 + 5 + 5 + 4a + 3m = 34a + 3m$

b) Concurso medial de cada detención ilegal y un delito de robo, a su vez, en concurso real (solución del TS)

- Pena abstracta

art. 163 CP:	prisión 4-6 años
art. 242.2 CP:	prisión 3a 6m-5 años
- La pena correspondiente a la infracción más grave es la de la detención ilegal que se impone en su mitad superior:
 - pena de prisión 5-6 años
- Como concorre una circunstancia agravante el Tribunal vuelve a calcular la mitad superior:
 - $5a\ 6m - 6\ años$
- Como pena resultante del concurso medial:
 - $5a\ 6m$
- Al ser seis los concursos mediales:
 - $5a\ 6m + 5a\ 6m + 5a\ 6m + 5a\ 6m + 5a\ 6m + 5a\ 6m = 33\ años$

El Tribunal Supremo cree que es esta segunda pena la aplicable al estimarse un concurso medial y no uno real como sostuvo la Audiencia. Debemos, no obstante, destacar que la calificación inicial era más ventajosa pues al aplicar los límites que establece el art. 76 del CP en el primer caso el sujeto tendría que cumplir una pena de 15 años (el triple del tiempo de la pena más grave, en este caso la de la detención ilegal de 5 años) mientras que en el segundo la pena resultante es de 16 años y 6 meses (el triple del tiempo de la pena más grave, en este caso la de 5 años y 6 meses).

En cualquier caso, como ya hemos destacado, ninguna de las dos nos parece correcta: con la primera opción se desconoce la relación medial existente entre los delitos, y la que finalmente aplica el Tribunal Supremo supone una clara infracción del principio *non bis in ídem* al valorar el delito de robo de forma múltiple (puesto que sirve para determinar la pena de cada concurso medial).

Si se califica el supuesto como un concurso real de seis delitos de detención ilegal en concurso medial con un delito de robo, el proceso de determinación de la pena conduce a la imposición de una pena de prisión de 15 años. Expuesto de forma esquemática resulta:

- El concurso medial determina la imposición de la pena más grave en su mitad superior. Las penas que tenemos que comparar son:
 - la resultante del concurso real de detenciones ilegales: 30 años
 - la pena de robo con intimidación (prisión de 4a y 3m – 5 años)
- La pena más grave en este caso es la de treinta años, que aplicados los límites previstos en el art. 76 queda reducida a 15 años.
- Como se trata de una pena exacta no se puede llevar a cabo la absorción con agravación prevista en el art. 77 CP: la pena que se impondría es, pues, la de 15 años.

Cuerda Riezu ha rechazado esta posibilidad por los problemas que plantea desde el punto de vista penológico. El autor afirma que sólo será admisible el concurso de concursos «cuando el «concurso abrazante» parte de la determinación de las penas individuales como primera fase y los «concursos abrazados» conducen directamente a la imposición de una sanción definitiva consistente en una pena única (absorción, exasperación)»⁷⁰. En particular cree que la pena que resul-

⁷⁰ A. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos*, pp. 258-259.

ta del sistema de acumulación (pura o mitigada) no puede ser calificada de pena única, ya que las penas conservan su individualidad. Sólo en los casos en que la acumulación aparezca como consecuencia subsidiaria y se imponga «hay que sostener en tal caso la ficción de considerarla como pena única a los efectos de admitir un concurso de concursos»⁷¹. Sin embargo, como ha señalado *Gil Gil*, si se da ya un primer paso analógico cuando se trata de apreciar un concurso real de concursos ideales también debería admitirse el concurso ideal de concursos reales (o en nuestro caso un concurso medial) recurriendo también a la ficción de que la acumulación de penas es una pena única⁷².

La «rareza» que parece suscitar esta solución resulta de que la pena más grave en este caso es una cifra fija que no puede ser impuesta en su mitad superior, con lo que parece no tenerse en cuenta la posterior infracción cometida. Pero en este supuesto hubiesen entrado en juego, de todos modos, los límites del art. 76 CP. Sólo se plantea este problema cuando a los delitos que configuran el concurso real les corresponde una pena que coincide con la suma de las penas de todos ellos (sin que entren en juego los límites previstos en el art. 76) y esa pena es mayor que la pena del otro delito (que entra en concurso medial). En este caso este último delito no tiene ningún efecto sobre la pena final, puesto que al no constituir un marco penal no puede ser impuesto en su mitad superior. Pero esto no ha sido valorado como un impedimento pues se considera —así lo señala expresamente *Gil Gil*— que este tipo de disfunciones es propio de nuestro sistema de solución de concursos. Basta pensar en el concurso ideal de tres o más delitos, en el que alguno de ellos quedará sin reflejo en la pena⁷³.

Para concluir puede señalarse que la aplicación analógica de las reglas del concurso medial se ve además reforzada, en este caso, porque la pena resulta más favorable que la que se obtiene con la otra solución propuesta por la doctrina (la de apreciar un único concurso medial en concurso real con los otros delitos de detención ilegal, que determinaría la aplicación de una pena de prisión de 16 años y 6 meses).

⁷¹ A. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos*, p. 258.

⁷² Véase A. GIL GIL, *Derecho penal internacional*, p. 312, n. 108.

⁷³ En este sentido A. GIL GIL, *Derecho penal internacional*, p. 311, n. 107.