

Lección XIX
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y EL ORDEN
SOCIOECONÓMICO (II): CUESTIONES COMUNES A LOS
DELITOS DE HURTO Y ROBO

Bibliografía:

Además de la Bibliografía general al Título XIII, puede verse: BARRAÑANDEZ: «Animo de lucro y animo de hacerse pago», en *ADPCP*, 1975; DEL MISMO: «Algunas consideraciones sobre protección jurídica penal de la posesión», en *ADPb*, nº 64, 1976; BELTRAN BALLESTER: *El hurto de hallazgo*, Valencia, 1979; CANDU JIMÉNEZ: «En torno al furtum possessionis», *ADPC*, I, 1980; CORCOY-JOSHI: «Delitos contra el patrimonio cometidos con medios informáticos», *R.J.C.*, 1988; DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, Barcelona, 1994; QUINTANO OLIVARES: «El Hurto», en *Comentarios*, cit. V; DEL MISMO: «La falta de hurto», en *Comentarios a la Legislación Penal*, V, cit.; RODRÍGUEZ DEVEZA: *El hurto propio*, Madrid, 1946; RODRÍGUEZ MONTAÑO: «La distinción hurto-robo en el Derecho histórico español», en *ADP*, 1962; RODRÍGUEZ RAMOS: «El hurto de uso en general», en *CPC*, nº 1, 1977; DEL MISMO: «Aspectos penales de los apoderamientos de dinero indebidamente entregado por error», en *C.P.C.*, 2, 1982; ROMERO CASABONA: «La utilización abusiva de tarjetas de crédito», *AP*, 1987; DEL MISMO: «La protección penal del software en el Derecho español», *C.P.C.*, 1988; DEL ROSAL: «Consumación en el hurto y otros problemas penales», en *ADPCP*, 1949; SANZ DE ROMÁN: «El animo de lucro», *Libro Homenaje Rodríguez Devesa*, II, Madrid, 1989; SORIANO SORIANO: *Las agraves específicas comunes al robo y hurto*, Valencia, 1993; VARELLO ESQUERRO: «Las calificaciones del hurto», *Libro Homenaje a Fernández Albor*, Sanlago de Compostela, 1989; VIDALES RODRÍGUEZ: «Protección penal del patrimonio ilícito: el supuesto de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas» (*P.J.* 30, 1993).

1. Introducción.
2. Análisis de los conceptos legales de hurto y robo.
3. Bien jurídico protegido.
4. Elementos típicos genéricos.
5. Justificación.
6. Culpabilidad.

1. Introducción

La reforma de 1995 ha operado un cambio trascendente en la regulación del hurto, y en su delimitación con el delito de robo. De una

parte, se sigue manteniendo como figura central el «hurto propio» (art. 234), sin regularse aquí el «hurto de hallazgo», ni el «hurto de los productos de un daño». Pero por el contrario, se ha incluido en este Capítulo como hurto (art. 236) la conducta del dueño que sustrae una cosa mueble a su legítimo poseedor (antes contenida dentro de las estafas en el art. 532.1^o).

Pero además, el hurto ya no se define negativamente en relación al concepto de robo, esto es, no se precisa que el apoderamiento se realice «sin violencia ni intimidación en las personas y sin fuerza en las cosas» (art. 514 del texto antiguo). Esta variación, unida al cambio de orden en la regulación legal, ahora iniciada por el hurto y no por el robo, parece haber invertido la situación contenida en el texto antiguo, donde se predicaba el carácter «subsidiario» del hurto frente al «principal» del robo. Y esta tendencia se corrobora al analizar la evolución histórica de ambas figuras.

En el derecho romano el concepto de *furtum* abarcaba, en principio, todas las modalidades de *sustracción*. Esa unidad conceptual, que no es sino el reflejo de una estructura básica idéntica, se desgajó hacia finales del período republicano con el otorgamiento de un régimen diferenciado a la *rapina* o hurto violento, que, en el derecho germánico, llega a constituir una figura autónoma respecto al hurto. Los prácticos italianos elaboraron la doctrina de los *furta periculososa*, de la que nace el robo con fuerza en las cosas, que se recoge en el Código Penal español de 1822 por influencia de la codificación francesa.

Esa peculiar evolución ha determinado la persistencia del delito de robo con fuerza en las cosas, figura que en las legislaciones de los países de nuestro entorno no pasa de ser una modalidad agravada del hurto, del que, como ha señalado MUÑOZ CONDE, no le separa ninguna diferencia esencial ni en el plano técnico ni en el criminológico.

En todo caso, el paralelismo entre ambas, así como la existencia de numerosos elementos comunes, aconseja un tratamiento unitario.

2. Análisis de los conceptos legales de hurto y robo

El concepto legal de robo se halla contenido en el artículo 237. Dice así el nuevo artículo 237:

«Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas.»

De la literalidad de la definición legal se infiere la existencia de dos clases de robo, a saber: el robo con violencia o intimidación en las personas y el robo con fuerza en las cosas.

Cada una de estas especies de robo es objeto de una regulación independiente.

El delito de robo se halla estrechamente relacionado con el de hurto, del que, en muchas ocasiones, no es más que una figura agravada. Por ello es preciso delimitar con claridad las notas que los distinguen.

Por su parte, el Código Penal de 1995 contiene la definición de hurto en el artículo 234. Dice así el artículo 234:

«El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, será castigado como reo de hurto...».

Si se comparan ambas definiciones, saltan a la vista tres diferencias aparentes.

La primera de ellas consiste en que, en el robo, la conducta típica se describe con el verbo «apoderarse», mientras que, en el hurto, se utiliza el verbo «tomar».

Apoderarse significa «hacerse uno dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder». Tomar vale tanto como «coger una cosa». Pero, con las dos expresiones se indica una conducta de *sustracción*. El mayor énfasis del verbo «apoderarse» responde a la distinta energía que la conducta requiere en uno y otro delito. En el robo, el autor tiene que salvar la resistencia del dueño o los obstáculos que éste ha colocado para salvaguardar la cosa y, en cambio, en el hurto no.

El uso de distintas locuciones verbales para caracterizar la conducta típica en uno y otro delito provoca una *segunda diferencia*: en el hurto se exige expresamente que la cosa se tome *sin el consentimiento del dueño*. En el robo no se consigna tal exigencia, seguramente porque de la expresión «apoderarse» se infiere claramente: en efecto, de quien toma una cosa con el consentimiento de su propietario no se dice que se ha apoderado de ella.

A tenor de lo expuesto, la *diferencia sustancial* entre el robo y el hurto es la *tercera*, que radica en que en el robo la *sustracción* ha de tener lugar

con *violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas*, mientras que en el hurto no han de concurrir ninguna de tales circunstancias.

Pero los conceptos de «violencia o intimidación en las personas» o «fuerza en las cosas» no revisten, en el ámbito típico de los delitos de robo y de hurto, un significado enteramente equiparable al que tales expresiones tienen en el uso común del lenguaje, por lo que esa diferencia puede resultar engañosa.

Con el fin de clarificarla, ha de señalarse, *en primer término*, que la violencia, la intimidación o la fuerza que caracterizan el robo y, consiguientemente, lo diferencia del hurto, son las que se dirigen a consumir el apoderamiento, de modo que las violencias o fuerzas ulteriores no impedirían que la conducta se califique como hurto. Y, *en segundo lugar* que, mientras los términos «violencia» e «intimidación» son de carácter *descriptivo*, la expresión «fuerza en las cosas» es una *cláusula normativa ya valorada*, cuyo sentido se determina en el artículo 238 del Código Penal, de tal modo que incluye supuestos en que, desde un punto de vista natural, no procedería hablar de fuerza y, a la vez, excluye del ámbito típico del robo otros, en los que obviamente se ha empleado fuerza para llevar a cabo el apoderamiento como, con detalle, se pondrá de manifiesto al estudiar dicho precepto.

3. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido en los delitos de hurto y robo es cuestión polémica en la doctrina española. Así, CURELLO CALÓN, MUÑOZ CONDE y RODRÍGUEZ RAMOS entienden por tal la *posesión*, mientras que otros autores (RODRÍGUEZ DE VESA, BAJO FERNÁNDEZ, QUERALT, ZUGALDIA) sostienen que se trata de la *propiedad*. Incluso llegó a mantenerse, por QUINTANO, una *posición de compromiso* que, partiendo de que, en puridad, el bien jurídico protegido se hallaba constituido por la propiedad, postulaba una vía de incriminación atenuada de las sustracciones posesorias.

La determinación del bien jurídico, innecesario es decirlo, ha de llevarse a cabo a partir del texto legal. Y existen dos razones básicas para entender que la *propiedad* es, en efecto, el bien jurídico protegido, tanto en los robos como en los hurtos.

La *primera* reside en el dato, derivado de la configuración típica, de que el *propietario* (dueño) es el *sujeto pasivo* en los delitos que comentamos. En efecto: el consentimiento del propietario, válidamente emitido, excluye la antijuridicidad de la conducta y la sustracción efectuada por el dueño se califica, en el supuesto del artículo 236 de hurto, pero no de robo.

La segunda derivaba del papel decisivo que a la cuantía de lo sustraído se otorgaba, en la regulación histórica, a la hora de la determinación legal de la pena. A partir de la reforma de 1983 el argumento ha perdido fuerza: pero, la cuantía de lo sustraído sigue determinando en el nuevo Código Penal la barrera que separa el delito de hurto (art. 234) de la falta de hurto (art. 623.1º). La cuantía ahora se sitúa en las 50.000 pesetas.

Sin embargo, la reforma de 1995 ha suavizado la tradicional regulación en este ámbito, pues la cuantía, esto es, el «valor de lo sustraído», ya no constituye el eje central de la penalidad. Y de otra parte, con la tipificación de los ataques a la posesión recogidos en el nuevo artículo 236, se acaba en cierta forma con la desprotección en que anteriormente se encontraba. Bien es cierto que paradigmáticamente sólo se tutela la posesión frente a los ataques del dueño o de un tercero que actúe con su consentimiento.

En consecuencia, puesto que el *valor de lo sustraído* no guarda relación ni con el daño ni con el enriquecimiento producido por los simples atentados a la posesión, parece que haya de descartarse la idea de que sea ésta el bien jurídico protegido en los delitos de robo o hurto y afirmarse, por lo tanto, que sólo las sustracciones que se dirigen a despojar de la propiedad son típicas. De lo contrario, la privación temporal de la posesión de una cosa de gran valor que, sin embargo, supusiera un enriquecimiento mínimo del autor y un perjuicio insignificante al propietario (v.g. la sustracción temporal de una alhaja para fotografiarla con el fin de ganar un concurso o insertarla en un anuncio) comportaría unas consecuencias penales absolutamente desproporcionadas.

De todos modos, la afirmación de que el bien jurídico es la propiedad, no deja de plantear problemas pues, de una parte, implica la impunidad de muchas conductas mercedoras de castigo y, de otra, conduce a la conclusión poco razonable de que determinados atentados contra la posesión sólo son punibles si los realiza el propietario, porque, respecto de él, existe la figura específica del artículo 236, a la que se acaba de hacer referencia.

4. Elementos típicos genéricos

Los delitos de robo tienen en común, entre sí y con el hurto, una serie de elementos: los *sujetos activo y pasivo*; la esencia de la conducta típica, consistente en un *acto de apoderamiento*; el *objeto material*, que en todo caso ha de ser una *cosa mueble*; el *ánimo de lucro* y el requisito negativo de la *ausencia de consentimiento del dueño*.

Respecto a los *sujetos* ya se ha dicho que *sujeto activo* puede ser cualquiera, excepto el *dueño* de la cosa o cosas sustraídas que es, precisamente, titular del bien jurídico protegido y, por lo tanto, *sujeto pasivo* del delito, salvo lo dispuesto ahora en el art. 236.

Los restantes elementos serán analizados separadamente.

4.1. Conducta típica: El acto de apoderamiento

4.1.1. Características

El *acto de apoderamiento*, descrito con expresiones diversas («*tomar*» en el hurto y «*se apoderan*» en el robo) designa un *comportamiento propio y activo de desplazamiento físico de la cosa mueble desde la esfera, del patrimonio del sujeto pasivo hasta la del sujeto activo*.

Así entendido, el *acto de apoderamiento* representa un *elemento de identificación* de los delitos examinados frente a figuras como las *estafas* o las *apropiaciones indebidas*.

El desplazamiento físico de la cosa a que se hace referencia, no precisa que ésta haya salido del espacio sobre el que se proyecta el poder patrimonial del ofendido; pero sí que haya quedado sustraída, en efecto, a ese poder del propietario. En consecuencia, la sustracción, no ha de ser entendida exclusivamente como *alejamiento* de la cosa, sino que puede llevarse a cabo mediante la *ocultación* de la misma, allí donde la ocultación baste para separar la cosa de la «*custodia*» de su titular e incorporarla al del autor: sólo en este sentido ideal cabe seguir afirmando que la perfección de los hurtos y robos implica la *ablatio*, como después se analizará.

No se requiere, en cambio, un *contacto manual* del autor con la cosa, es decir una acción de «*coger*». El desplazamiento puede llevarse a cabo utilizando cualesquiera clases de *instrumentos*, sean mecánicos, animales e, incluso, *humanos*.

El empleo de otra persona para llevar a cabo el acto de apoderamiento solamente dará lugar a que el sujeto sea, en sentido estricto, autor de los delitos de hurto o robo, si el que físicamente toma la cosa es un *mero instrumento* del que pretende apoderarse de ella. Si, por el contrario, quien la tomó físicamente realiza tal acto como propio, será autor del delito: aquel en cuyo beneficio actúe tendrá, entonces, la condición de partícipe (inductor, cooperador o cómplice).

Problemáticos son los supuestos en que la cosa es entregada *por error* a quien se apodera ilegítimamente de ella. Algunas sentencias del Tribunal Supremo han conceptualizado esta conducta como hurto. Sin embargo, como señala Rodríguez Ramos, tal calificación es desafortunada «*porque no es viable un hurto omisivo y, en estos casos, el sujeto no toma una cosa, sino que se limita a apropiársela tras recibirla*».

4.1.2. «*Iter criminis*»

Descrita así la esencia de la conducta típica, se plantea el problema del *momento consumativo* de los delitos de robo y hurto, pues dicho momento tendrá lugar cuando se entienda que el autor ha tomado o, lo que es lo mismo, se ha apoderado de las cosas muebles en el sentido requerido por los tipos.

Históricamente se sustentaron al respecto dos tesis extremas: la de la *contractatio* (para la que basta coger la cosa e, incluso, en sus versiones más rígidas, tocarla) y la de la *ilatio* (que exige que la cosa haya quedado plenamente fuera del patrimonio del dueño y a la entera disposición del autor).

En la doctrina española es prácticamente unánime el criterio que entiende que la consumación, en los delitos de robo y hurto, tiene lugar cuando el autor, en el curso de la sustracción, ha logrado una *mínima disponibilidad* sobre la cosa sustraída. La aceptación de este criterio (que a menudo se identifica con la *aprehensio* del derecho histórico) tiene importantes consecuencias: no basta con que el autor haya cogido la cosa y huido con ella (*ablatio*) para que se pueda entender consumado el delito, sino que es preciso que haya tenido, siquiera sea en el curso de esa huida, la *mínima disponibilidad* a que se ha hecho referencia.

En cuanto a la jurisprudencia, sostiene de modo uniforme el mismo criterio. Baste consultar, por lo que respecta al delito de robo, la STS de

24 de noviembre de 1971, y en relación al delito de hurto, la STS de 25 de septiembre de 1971.

Así pues, en consideración al criterio mantenido, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, en orden a la consumación, es desde luego posible la tentativa. Y en este sentido, aunque desaparezca la «frustración» como forma imperfecta, quizás subsista de fondo la cuestión relativa a la tentativa acabada y a la tentativa inacabada. Y muy especialmente, respecto a la primera, que de alguna forma viene a sustituir el lugar que antes ocupaba la «frustración». De ahí que hemos considerado útil mantener el análisis que tradicionalmente se hacía en relación a esta última, si bien ahora deberá hablarse de «tentativa acabada», aunque los problemas de delimitación sigan siendo muy semejantes.

Ningún problema plantea, en cualquier caso, la *tentativa inacabada*, dado que el desplazamiento patrimonial requiere, generalmente, una serie de actos: si se realizan algunos, pero no todos, habrá un robo o un hurto intentado.

Mayores dificultades plantea la admisibilidad de la *tentativa acabada* (antes frustración). Para aceptarla es preciso admitir que la *mínima disponibilidad*, a que se ha hecho referencia, constituye un *resultado* del delito. La cuestión no es en modo alguno irrelevante (como ha afirmado Bajo Fernández), pues si se configuran los robos y hurtos como delitos de mera actividad la *tentativa acabada* resulta lógicamente imposible: el que ha realizado toda la actividad ha consumado, en consecuencia, el delito.

El concepto de *resultado*, en sentido estricto, implica que el tipo exija la producción de ciertas consecuencias, separables ontológica y cronológicamente de la *manifestación de voluntad*. Desde este punto de vista, puede afirmarse que la *disponibilidad* de las cosas sustraídas es, en efecto, independiente de la acción de sustraer y que, por lo tanto, constituye un auténtico resultado de ésta, aunque *la solución es discutible* porque la disponibilidad no *resulta* de la acción de sustraer, sino de una conducta ulterior.

No obstante, la *frustración* se entendía, sin vacilaciones, técnicamente admisible. Sin embargo, en la práctica, la distinción entre el delito frustrado y el consumado presentaba notables dificultades (vid. S.T.S. de 20 de abril de 1989).

Tal vez la Reforma de 1995 ha puesto fin a una doctrina discutible en teoría y difícil de aplicar en la práctica, al suprimir la «frustración» como

forma imperfecta. Observese que la «tentativa acabada» no equivale exactamente a la «frustración», y en realidad sólo cobra sentido en el momento de graduar la pena. Si a ello se une un entendimiento del hurto y del robo, no como delitos de resultado, sino como delitos de «mera actividad», será difícil admitir la modalidad de «tentativa acabada», al menos en su sentido más estricto o riguroso.

4.2. Objeto material

El *objeto material* en los delitos de robo y hurto se halla constituido por las *cosas muebles ajenas dotadas de valor económico*.

Examinaremos separadamente los conceptos de *cosa mueble* y *ajenidad*, así como el problema del *valor económico*.

4.2.1. El concepto de cosa mueble

Existe una práctica unanimidad doctrinal y jurisprudencial acerca de la falta de coincidencia del *concepto penal de cosa mueble*, utilizado en los delitos de robo y hurto, y el correlativo *concepto civil*. Así lo expresa, entre muchas otras, la STS de 4 de julio de 1986:

«b) el objeto material es la cosa mueble ajena sobre que recae la acción del sujeto activo, entendiéndose por tal todo objeto del mundo exterior susceptible de apoderamiento material y de desplazamiento, *concepto funcional* a efectos penales no necesariamente coincidente con el de «cosa mueble» en el orden civil».

A efectos civiles, el artículo 333 del código civil dispone que «todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles». Los artículos 334 o 336, especifican ambos conceptos.

Como se observa por la simple lectura de los preceptos anteriores, a efectos civiles se consideran *bienes muebles* no sólo los que por naturaleza lo son, sino también otros a los que se otorga el régimen de tales, en virtud de su incorporación o destino (o del objeto sobre el que recaen, si se trata de derechos). La condición de muebles recae sobre todas las cosas susceptibles de apropiación que no tengan la consideración de inmueble.

Tales conceptos de cosas muebles e inmuebles determinan el régimen civil de los distintos bienes de que se trata; pero no son aptos para

concretar el contenido de la expresión «cosas muebles» en los delitos de hurto y robo.

Para que, respecto a tales delitos, pueda afirmarse que existe *cosa mueble* basta con que se trate de algo *material, aprehensible y susceptible de ser trasladado de un lugar a otro*. Solo lo que reúna tales características podrá ser objeto de la acción típica de apoderamiento, y, correlativamente, *todo* aquello, que efectivamente, las reúna podrá ser *cosa mueble* a efectos penales.

De este modo, el concepto penal de cosa mueble es más amplio y más estricto que el civil. Más estricto, porque de él quedan excluidos los objetos incorporales, sean derechos o energías; más amplio porque todo objeto corporal susceptible de aprehensión y traslación tendrá carácter penal de *cosa mueble*, con independencia de que civilmente lo sea o no.

Así, un árbol o una estatua incorporada a un edificio pueden ser objeto de hurto o robo, porque son susceptibles de apoderamiento en el sentido penal del término. En cambio, el calor, la energía eléctrica, las prestaciones de un aparato telefónico y, en general, *toda la que carezca de corporeidad*, no.

En cuanto a los *líquidos y gases*, aunque no son, precisamente, sustancias incorpóreas se mantiene generalmente en la doctrina de que sólo pueden constituir objeto material del robo o del hurto cuando se hallan envasados, es decir, recogidos en un recipiente que permita su traslación. En los demás casos, la sustracción ilegítima de tales elementos integrará el delito del artículo 255 del Código Penal.

Desde luego, en el concepto penal de cosa mueble se integran *los animales*, a los que en el derecho privado se denomina *semovientes*.

4.2.2. El concepto de *ajenidad*

Para RODRÍGUEZ MUÑOZ y RODRÍGUEZ DE VESA, el requisito de que la cosa haya de ser ajena presupone que tenga, efectivamente, propietario y que el propietario no sea sujeto activo del delito. Según estos autores, en orden al concepto de propiedad y, por tanto, al de propietario, hay que atenerse al Derecho civil.

BAJO FERNÁNDEZ OPINA, en cambio, que la *ajenidad* de la cosa se caracteriza por dos notas negativas: que no sea propia y que no sea susceptible de adquirirse legítimamente por ocupación.

A la vista de tales posturas contrapuestas es preciso adoptar una posición.

Los argumentos de BAJO FERNÁNDEZ no son del todo convincentes. En efecto, el Tribunal Supremo considera *ajenas* las cosas «*extra commercium*», aún en los casos en que no exista ningún derecho de propiedad sobre ellas, cual sucede con las drogas, objeto de tráfico ilícito. Sin embargo, tal criterio implica otorgar protección penal a partes del patrimonio integradas ilegítimamente en él (STS de 26 de enero de 1954).

Sin embargo, los artículos estancados o de ilícito comercio pueden tener un propietario legítimo y, en estos casos, la sustracción será, sin duda, constitutiva de hurto o robo o, si se trata de géneros estancados, puede estimarse que pertenecen al Estado, en virtud del monopolio que la Ley le otorga. Pero, en el caso de que no exista ningún dueño legítimo, no cabrá castigar penalmente la sustracción, por la sencilla razón de que el Derecho penal no puede proteger situaciones patrimoniales ilícitas: de otro modo, el ordenamiento jurídico entraría en contradicción consigo mismo.

Por otra parte, el criterio *jurisprudencial*, expresado en múltiples resoluciones, de que *no es preciso que se halle determinado quién es el propietario de la cosa apropiada, no significa que no sea necesario que haya un propietario*. En los supuestos de indeterminación del mismo se produce la condena por hurto o robo en tanto en cuanto se tiene la seguridad de que lo hay, aunque no se pueda precisar quién es.

Por último, en cuanto a la herencia yacente, el hecho evidente de que las cosas muebles que la componen pueden ser objeto de hurto y de robo no conduce a negar la exigencia de que exista un *dueño legítimo*, para entender ajena la cosa, *sino más bien a cuestionar que el dueño a efectos penales se identifique exactamente con el propietario civil* (vid. STS de 4 de julio de 1988).

El carácter de *ajenas*, a tenor de lo expuesto, falta en las *res derelictae* (cosas abandonadas, artículo 460.1 del Código civil), en las *res nullius* (artículo 610 del Código civil) y en las denominadas *res communes omnium* (cosas de todos): en estos casos, las cosas de que se trata no tienen dueño alguno y, por consiguiente, el acto de apoderarse de las mismas no puede comportar ninguna especie de lesión patrimonial. Los casos de cosas sin dueño no deben confundirse con aquellos otros en que el dueño no es conocido.

Una especial consideración merecen los casos de *copropiedad o condominio*, en los que la ajénidad de la cosa resulta discutible. Al efecto se han manifestado diversas posturas, según se expone a continuación.

La primera de ellas, avalada por GHOZARU, sostiene que la sustracción de las cosas poseídas en régimen de condominio no puede castigarse como hurto o robo, porque faltaría el ánimo e intención de lucro.

La segunda, que es doctrina mayoritaria, distingue entre los diferentes casos de condominio.

Así, afirma QUINTANO que «tratándose de un perfecto *condominium iuris romanum*, en que la cosa pertenece por partes ideales a todos los condóminos (*pro indiviso*), como es el caso en nuestro Derecho civil, el apoderamiento realizado por uno de ellos suele quedar fuera de la esfera penal». Sin embargo, admite este autor que cuando media real reparto de porciones conocidas o de frutos individualizables en cantidad o especie, como en algunos supuestos de arquería y arrendamiento, la sustracción de los que excedan de la propia cuota dará lugar al delito de hurto. El mismo criterio mantiene en el supuesto de los consocios.

La tercera, mantenida por MUÑOZ COMDE, sostiene que, «incluso si el copropietario se apodera sólo de la cuota que le corresponde antes de que se proceda a la división, pero perjudicando el valor económico del todo, cabe hablar de hurto. La 'ajénidad' en este caso debe ser entendida como falta de legitimación para disponer de las cosas poseídas en común sin el permiso de la otra parte».

Para obtener una conclusión, tras la exposición efectuada, es preciso poner de manifiesto el hecho de que el problema no se halla planteado en todas sus dimensiones. Ciertamente, los tipos de robo y hurto, literalmente interpretados, exigen que las cosas sean ajenas, y este requisito no se cumple cuando lo que resulta ajeno es meramente una porción matemática de las mismas. Pero, hay que añadir a esa una *question adicional*, que no guarda relación con la ajénidad y sí con el acto de *apoderamiento*: allí donde rijan los artículos 392 y siguientes del Código civil, o sea de aplicación una regulación semejante, no podrá hablarse de robo ni de hurto, porque faltará el desplazamiento posesorio necesario para integrar el tipo de estos delitos dada la existencia de una previa (co-) posesión del condueno. La falta del número 4º del artículo 623 no constituye un argumento en contra de esta conclusión, por cuanto se refiere a *bienes comunales o de propios* y no a casos de auténtico condominio.

En consecuencia, las sustracciones llevadas a cabo por coherederos, consocios o conduenos, resultarán, por regla general, *atípicas* respecto a los delitos que examinamos.

4.2.3. Valor de la cosa

El valor de la cosa es elemento indispensable para que ésta pueda ser objeto material de los delitos de robo y hurto.

El «valor» se entiende aquí en sentido económico, sin que, en el ámbito de los delitos contra el patrimonio, puedan tomarse en consideración otras acepciones. Se alude, por lo tanto, al valor en términos de mercado, como valor de cambio de las cosas o bienes de que se trate.

Aunque, como se ha dicho, objeto material del robo o del hurto solamente pueden ser las cosas corpóreas, el valor que se atribuya a las mismas puede resultar de aspectos o dimensiones puramente ideales. Así, por ejemplo, el valor de una obra de arte no dependerá del coste de sus componentes materiales, sino, precisamente, del aprecio que merezca como tal y, por lo tanto, de su importancia estética.

Sentadas así las notas generales de la exigencia de valor de las cosas muebles ajenas, es preciso atender a supuestos que plantean especiales dificultades, cual sucede con los *títulos-valores* y las llamadas cosas «*extra commercium*».

4.2.3.1. Títulos valores

En cuanto a los *títulos valores*, no cabe negar que el documento en el que se materializan es, realmente, cosa mueble. El problema radica en que tal documento carece, por regla general, de valor: el valor reside en el derecho que incorpora. La cuestión estriba en dilucidar si, con el apoderamiento del título, el autor del delito ha hecho suyo el valor del derecho incorporado a él.

La doctrina y la jurisprudencia suelen entender que, con la sustracción de un título, el autor hurta o roba el *valor del derecho incorporado* cuando la mera posesión del título lo habilita para ingresar en su patrimonio el contenido económico del derecho: tal sucede en los *títulos al portador*.

En los demás casos se estima que el robo o el hurto recaen sólo sobre el *valor material del título* y que, la ulterior apropiación del contenido económica del derecho, requerirá una conducta fraudatoria, a calificar, en su caso, como estafa.

Sin embargo, tal criterio no parece del todo aceptable, pues existen documentos al portador en los que la apropiación del contenido económico del derecho incorporado a ellos requiere la ulterior negociación del título (cheques, letras de cambio, etc.); mientras que, en otros casos, el valor de halla ligado al título de tal modo que el apoderamiento del mismo implica ya, sin ulteriores requisitos, la apropiación del valor (dinero, sellos de correos, etc.).

Allí donde la apropiación del valor representado por el título no tenga lugar por el simple apoderamiento del mismo, sino que requiera una ulterior negociación, no cabrá hablar de hurto o de robo más que por el valor intrínseco del documento (generalmente despreciable) y no por el que el documento pueda representar. De modo que la conducta consistirá en hurto si el documento sustraído tiene algún valor intrínseco y su cuantía se regirá por ese valor; pudiendo constituir, además, estafa, si aparentemente la legítima posesión del mismo, se negocia y, en consecuencia, se adquiere fraudulentamente el valor incorporado a él.

Sin embargo, cuando el apoderamiento del documento implique la apropiación inmediata, no sólo del valor intrínseco, sino también del incorporado, será éste el que determine la cuantía del robo o del hurto.

El mismo criterio habrá de aplicarse en el caso de los llamados *títulos-valores impropios*. En algunos casos (entradas de cines o teatros, billetes de ferrocarril) el valor del derecho que confieren se halla tan íntimamente ligado a la posesión del título que la sustracción de éste implica la del valor incorporado a él. En los demás, por el contrario, la sustracción recae solamente sobre el valor intrínseco del título y la apropiación del valor representado por éste implica una defraudación.

4.2.3.2. Cosas «extra commercium»

En cuanto a las cosas «*extra commercium*», el problema radica en si puede afirmarse que posean un valor económico, elemento indispensable para estimar concurrente el objeto material propio de los delitos de hurto y robo.

En este sentido se ha afirmado, con razón, que el hecho de que la cosa tenga o no valor no depende de que se la excluya en el licito comercio de los hombres, sino de que, efectivamente, se le confiera en el mercado.

En la jurisprudencia se han estimado cosas muebles susceptibles de hurto o robo las máquinas para efectuar falsificaciones (STS de 4 de julio de 1981), drogas (STS de 26 de enero de 1984), cosas sagradas, etc. Debe, no obstante, recordarse que tales objetos *han de tener dueño legítimo* para que su sustracción pueda estimarse penalmente relevante.

En consecuencia, las cosas «*extra commercium*», en tanto tengan un valor de mercado, pueden ser objeto de robo o de hurto. Y esto se aplica, incluso, a cualesquiera partes del cuerpo humano, incluso a la sangre, si se halla envasada, o al propio cadáver.

4.2.3.3. Prueba del valor

El valor de las cosas, como todos los elementos del delito, ha de quedar probado en juicio, así como su montante exacto (cuantía de la sustracción). La falta de prueba de la cuantía de lugar a la *determinación alternativa*, conforme al principio «in dubio pro reo» (*vid.*, v.g. STS de 6 de junio de 1989).

4.3. Animo de lucro

Las figuras de robo y hurto contienen la referencia a un dato anímico, el «*ánimo*» de lucro, que representa un *elemento subjetivo del tipo* de los respectivos delitos, según criterio prácticamente unánime de la doctrina (contra, Zircaldia), dado que el injusto del hecho no queda configurado por la mera sustracción de la cosa, sino que precisa de un coeficiente psíquico, representado por el propósito de lucrarse con ella.

4.3.1. Concepto

El *ánimo de lucro* puede definirse, «prima facie», como *la intención de obtener una ventaja patrimonial directa (un incremento del patrimonio), como correlato del apoderamiento de las cosas ajenas*. Sin embargo, en los delitos de robo y hurto, hay que plantearse, ulteriormente, si la realización de los respectivos tipos requiere solamente la presencia de

ese genérico ánimo de lucro al que se acaba de hacer referencia o si, por el contrario, exige una *intención* más concreta, esto es, la *de tener la cosa como propia*. En otras palabras, hay que abordar el problema de si basta con la intención de obtener cualquier clase de ventaja patrimonial para estimar concurrente el ánimo de lucro requerido por los delitos de robo y hurto o si es preciso que esa ventaja, que con su realización se persigue, consista justamente en la apropiación de la cosa.

La jurisprudencia y la doctrina mayoritaria se inclinan por caracterizar el ánimo de lucro en términos amplios, como «*animus lucri facienti gratia*» (STS de 3 de febrero de 1981), entendiéndolo como «propósito de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja».

Sin embargo, a partir de tal configuración, la diferencia entre los delitos que examinamos y el robo y hurto *de uso* de vehículos de motor ajenos, que, radica precisamente en el ánimo, se volatilizaría. El artículo 244 del Código Penal exige que la sustracción tenga lugar «sin ánimo de haberlo (el vehículo) como propio», y lo hace así porque, de concurrir el ánimo de apropiación («*animus rem sibi habendi*») la conducta constituiría robo o hurto. Por otra parte, en virtud de un razonamiento efectuado a partir del bien jurídico, ha de llegarse a la conclusión de que, siendo los robos y hurtos atentados contra la propiedad, el ánimo requerido por los respectivos tipos ha de ser, precisamente, el de *apropiación definitiva de las cosas sustraídas*, como con acierto sostuvo RODRÍGUEZ DE VESA.

Esto sentado, cabe añadir que es indiferente que se actúe con propósito de obtener beneficio para sí mismo o para otro (STS de 31 de diciembre de 1974, 3 de octubre de 1978, 3 de febrero de 1981, etc.) y que ni siquiera los móviles de liberalidad o pura beneficencia son suficientes para enervar la existencia del ánimo de lucro, si el que actúa se propone, en efecto, apoderarse definitivamente de la cosa (STS de 3 de marzo de 1979, 30 de mayo de 1980, 10 de marzo de 1981, etc.).

El ánimo de lucro, según una jurisprudencia constante, queda, sin embargo, excluido por el *ánimo de hacerse pago* con la cosa sustraída, cuando el que realiza la sustracción es un acreedor del propietario de la misma. Tal conclusión procede, *formalmente*, de que, en tales casos, el enjuiciamiento de la conducta debe llevarse a cabo en base al tipo de realización arbitraria del propio derecho, como se pondrá de manifiesto al analizarlo (ver art. 455 del cap. IV del Tít. XX), y, *materialmente*, del hecho obvio de que, tales supuestos, no puede decirse que el sujeto pasivo sufra menoscabo en su patrimonio, ni que el autor se enriquezca.

4.3.2. Prueba

Como elemento interno que es, el ánimo de lucro no es susceptible de prueba alguna directa y ha de inferirse, en consecuencia, de la constatación de circunstancias de toda índole que rodean la realización del hecho (ver STS de 3 de febrero de 1981).

No obstante, en un gran número de resoluciones se ha afirmado que el ánimo de lucro se *presume* por el solo hecho de la sustracción, sin que sea necesaria una prueba ulterior.

Entendidas al pie de la letra, tanto las afirmaciones más rotundas de la jurisprudencia histórica como las más matizadas de la jurisprudencia reciente se hallarían en pugna con el derecho constitucional a la presunción de inocencia. Un elemento del tipo, como es sin duda el ánimo de lucro, no puede presumirse en términos genéricos, pues una tal presunción equivaldría a una presunción legal de culpabilidad que, aun configurándose como «*iuris tantum*», susceptible de prueba en contrario, sería inconstitucional.

Lo que sí resulta en cambio no sólo admisible, sino incluso completamente necesario, es el recurso a las «*presumptions hominis*» o *pruebas indirectas* a la hora de acreditar elementos anímicos, porque tales elementos no pueden ser objeto de constatación inmediata y, por consiguiente, han de inferirse del conjunto de datos del comportamiento externo.

4.4. Ausencia de consentimiento del dueño

De manera explícita en el artículo 234, e implícita en el artículo 237, se exige que la sustracción de cosas muebles tenga lugar *sin el consentimiento del dueño*.

La doctrina mayoritaria (QUINTANO, RODRÍGUEZ DE VESA, MUÑOZ COMDE, BAYO FERNÁNDEZ, etc.) entiende que *dueño* es el propietario de la cosa, y por tanto sujeto pasivo del delito. Y, por otra parte, estima relevante, a los efectos típicos de los delitos que se examinan, únicamente el consentimiento otorgado por persona capaz de transmitir el dominio y en condiciones aptas para llevar a cabo tal transmisión. La conclusión obligada es la de que el consentimiento no es sino una *causa de justificación*, cuya mención en las figuras legales no representa más que una redundancia.

Sin embargo, esta tesis resulta inadmisibile. El consentimiento pres-tado por el propietario que carece de facultad de disposición de la cosa o el otorgado mediante engaño o bajo cualquier otro supuesto que lo haga ineficaz para transferir el dominio, *excluye la tipicidad* de la conducta, desde el punto de vista de los delitos que examinamos: el apoderamiento de cosas muebles ajenas, consentido por su propietario, ya no puede calificarse de hurto ni de robo, aunque el consentimiento resuelve ineficaz o inválido. Solamente en los casos en que dicho consentimiento se obtiene con violencia o intimidación cabe mantener, por imperativo expreso de la Ley, la calificación de robo.

Por tanto, si el propietario consiente, aunque su consentimiento no sea apto para transferir el dominio, la conducta podrá quedar impune o realizar el tipo de una defraudación; pero no será susceptible de ser calificada como hurto o robo.

El consentimiento que desvirtúa la sustracción puede ser, como el consentimiento justificante, expreso o presunto, con tal de que efectivamente concurra.

5. Justificación

Los supuestos especiales en que la justificación presenta una problemática propia en el ámbito de los delitos estudiados se hallan representados por los casos de *robo y hurto familiares*.

Los criterios generales sentados por la jurisprudencia mayoritaria (Ver STS de 9 de diciembre de 1985) en los supuestos de hurtos y robos cometidos por hambre es la siguiente: «exigen, para la estimación de esta modalidad de estado de necesidad: *realidad, gravedad e inminencia del mal; que se actúe a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia en que se halle el sujeto activo del delito o su familia; que no se trate de mera estrechez económica, más o menos agobiante, que se pruebe que se han agotado todos los recursos que en la esfera personal, profesional y familiar, podía utilizar; que no haya otra solución que la de proceder de modo antijurídico; y que las cosas o bienes obtenidos sean aplicados a la satisfacción de las necesidades primarias del reo o de su familia, sin que se haya tomado más de lo estrictamente indispensable».*

Desde el punto de vista de la justificación de la conducta el criterio sentado en la resolución transcrita es correcto; pero, el Tribunal Supremo olvida, como se puso de manifiesto en la Parte General, que *el estado de necesidad no opera sólo como causa de justificación, sino que también*

puede aplicarse como excusa, fundada en la no exigibilidad del comportamiento adecuado a la norma. Una excusa no precisa que se pruebe «que se han agotado todos los recursos en la esfera personal, profesional y familiar». Y puede muy bien cimentarse en *una situación de estrechez económica agobiante*. Por consiguiente, los requisitos señalados por el Tribunal Supremo determinan la posibilidad de estimación del estado de necesidad justificante; pero, su ausencia no excluye que pueda ser estimada tal circunstancia con efectos meramente excusantes.

6. Culpabilidad

La presencia del elemento subjetivo del injusto constituido por el ánimo de lucro *imposibilita la comisión culposa* de estos delitos, que además al no estar expresamente recogida por la Ley, no podrá apreciarse en ningún caso.

En cuanto a la *imputabilidad*, revisen hoy especial importancia los supuestos de robos o hurtos llevados a cabo bajo el influjo de la *drogadicción*.

El Tribunal Supremo, en STS de 22 de noviembre de 1985, ha sentado al respecto, en el fundamento jurídico cuarto, los siguientes criterios:

«Como resumen de la anterior doctrina sólo podrá estimarse *total o parcialmente inimputables los adictos a la ingestión de drogas*: 1º Cuando al cometer los hechos, el sujeto se halle bajo la influencia de la ingestión de los mismos, siempre que no fuesen precedidas a la realización del hecho punible, con la secuela obligada de la alteración de sus facultades intelectivas o volitivas. 2º Cuando en el momento de la comisión del delito, el sujeto, se encontrara en situación de crisis o en estado carencial agudo, que también altere dichas facultades. 3º Que tales factores se hallen expresamente recogidos en los hechos probados, así como la intensidad de la alteración».

En parecidos términos se expresa la STS de 9 de mayo de 1986, en una hipótesis en que el Tribunal de instancia había aplicado una atenuación analógica: el Tribunal Supremo niega la exención de responsabilidad criminal y —a falta de datos en los hechos probados— incluso la estimación de la atenuante como muy calificada.

Ambas cuestiones cobran ahora una relevancia mayor si cabe, habida cuenta de la creación de la eximente de intoxicación plena (art. 20, 2º) y de la atenuante de obrar a causa de una grave adicción a sustancias

tóxicas (art. 21.2ª). En consecuencia, esta doctrina debería ahora ampliarse considerablemente.

Penalmente, en orden a la «exigibilidad», debe tenerse presente lo dicho anteriormente respecto del estado de necesidad excusante.

Lección XX

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y EL ORDEN SOCIOECONÓMICO (III): HURTOS

Bibliografía: Además de la Bibliografía general (Lección XVII), véase muy especialmente la señalada en la Lección anterior.

1. El concepto de «hurto propio».
2. Las figuras agravadas de hurto.
3. Penalidad.
4. Hurto de la posesión (art. 236).

1. El concepto de «hurto propio»

El artículo 234 contiene la figura de hurto que históricamente venía conociéndose con el nombre de «hurto propio», frente al «hurto de hallazgo» y al «hurto de los productos de un daño».

Los elementos que el hurto, así configurado como «hurto propio», tiene en común con el robo (sujetos activo y pasivo, conducta típica, objeto material, ánimo de lucro, ausencia de consentimiento del dueño, y bien jurídico) han sido ya analizados en los anteriores apartados.

Tras la Reforma de 1995 deviene sumamente discutible seguir sosteniendo que el hurto es una figura subsidiaria del robo, pues no queda ya delimitado negativamente, al menos de forma explícita, frente al robo, al no exigirse ahora la condición negativa de realizarse «sin violencia ni intimidación en las personas y sin fuerza en las cosas». Además, ahora el Título XIII comienza con el delito de hurto, y no con el de robo como sucedía hasta ahora. Quizás ambos cambios, unidos a su origen histórico, permitan contemplar al hurto propio como figura principal frente al robo, que aparecería así como modalidades especialmente cualificadas del hurto.

Ya se expuso que la violencia, la intimidación o la fuerza en las cosas que típican una sustracción como robo son las dirigidas a lograr la consumación del acto de apoderamiento, por lo que las llevadas a cabo con posterioridad a la perfección de este no impiden la calificación de

hurto, en concurso real con lesiones, amenazas, coacciones o daños, en su caso.

A ello hay que añadir que, según se vio, no toda fuerza material dirigida a consumar el apoderamiento es «fuerza en las cosas» en el sentido del artículo 238, sino sólo la que se utiliza para lograr el acceso al lugar cerrado (mueble o inmueble) que protege el objeto de la sustracción. En consecuencia, cualquier otro tipo de acto de fuerza no determinará la calificación de robo; la conducta básica seguirá siendo hurto, en concurso con los daños causados. Y, en sentido inverso, se destacaron una serie de conductas que, pese a no representar, hablando en sentido natural, uso de fuerza, tenían legalmente la consideración de tal (escalamiento, uso de llaves falsas, sustracción de objetos cerrados para violentarlos fuera del lugar del apoderamiento): en tales casos, la calificación procedente será la de robo, no la de hurto, por expresa declaración legal.

Se castiga con la pena de prisión de seis a dieciocho meses, siempre que la cuantía de lo sustraído exceda de cincuenta mil pesetas.

2. Las figuras agravadas de hurto

2.1. Introducción

El Código Penal de 1995 comporta una notable reforma en relación a las causas de agravación del hurto y del robo.

En primer lugar, ya no se emplea el confuso término de «circunstancias», sino que simplemente se dice que «el hurto será castigado con la pena de prisión de uno a tres años...». Se confirma así, en el orden material, que no son auténticas «circunstancias», sino más bien elementos típicos que determinan la concreción de una serie de subtipos agravados, pues en definitiva matizan el contenido de injusto de la conducta típica. Esta postura es también la mantenida tradicionalmente por la jurisprudencia (ver STS de 8 de abril de 1986, y SORIANO SORIANO).

En segundo lugar, ahora, estas figuras agravadas se describen sólo en el hurto. Y lo que es más importante, sólo pueden aplicarse respecto del delito de «hurto propio» (art. 234) y del robo con fuerza en las cosas (art.

241, 1º), quedando por completo excluidas del ámbito del «furtum possessionis» (art. 236) y del robo «con violencia o intimidación» (art. 242).

2.2. Análisis de las distintas figuras agravadas

El nuevo artículo 235 reproduce, casi literalmente, al viejo artículo 516 del texto antiguo. Las novedades en esta materia son pues escasas.

2.2.1. Valor artístico, histórico, cultural o científico (235, 1º)

La única novedad radica en la inclusión de «cosas de valor científico», concepto pendiente de valoración, y que el intérprete deberá resolver atendiendo a las valoraciones sociales existentes. No obstante deberá operarse con un criterio restrictivo en el sentido de que comporten un valor especialmente significativo en el ámbito científico. Al respecto, ha de tenerse en cuenta, a título orientativo, lo dispuesto en los delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 a 272) y propiedad industrial (arts. 273 a 277). Además del criterio orientativo que estos pueden desempeñar, la diferencia con aquellos otros delitos radica en la conducta típica, que aquí siempre será de apoderamiento.

En cuanto al concepto de cosas de relevante interés histórico, artístico o cultural, la doctrina se halla dividida. Autores como QUINTERO OLIVARES o HUERRA TOCILDO entienden que se trata de un elemento normativo pendiente de valoración, mientras que para otros, como BAJO FERNÁNDEZ, se trata de un elemento normativo ya valorado en las disposiciones pertinentes y, en particular, en la ley de 25 de junio de 1985, del Patrimonio Histórico Español, desarrolladas por los RR.DD. 11/1/1986 de 10 de enero y 64/1994 de 21 de Enero, así como la L. 36/1994 de 23 de diciembre que incorpora la Directiva 93/7 del Consejo de la CEE de 15 Marzo.

Sin perjuicio de que las normas reguladoras del patrimonio histórico puedan contribuir al esclarecimiento de la Ley penal, no parece que ésta pueda ser interpretada exclusivamente en base a las mismas.

En consecuencia, la determinación de lo que posee un relevante interés histórico, artístico o cultural habrá de llevarse a cabo por el intérprete, atendiendo a las valoraciones sociales imperantes en el momento de la aplicación del precepto.

2.2.2. Primera necesidad o destinadas a un servicio público (235,2º)

En cuanto a las cosas de primera necesidad son, como su mismo nombre indica, las que sirven para satisfacer necesidades primarias.

Se hace difícil pensar que un hurto pueda provocar una grave situación de desabastecimiento, salvo en casos muy sofisticados (que recaiga sobre una medicina escasa, que tenga lugar en circunstancias que no permitan reponer las existencias, etc.). Su viabilidad práctica es, pues, mínima.

La sustracción de cosas destinadas al servicio público, con independencia del carácter público o privado del titular de las mismas, provoca la apreciación de esta agravante, siempre que se produzca una perturbación grave (no se exige la paralización) del mismo.

La gravedad de la perturbación es un elemento normativo necesitado de complementación judicial. Los Tribunales habrán de atender, al estimarlo, a las valoraciones vigentes en el momento del hecho.

La concurrencia con el delito de desórdenes públicos (*vid.* lo dicho al estudiarlos) determina la inaplicabilidad de la agravación en todos los casos en que la sustracción recaiga sobre objetos destinados a alguno de los servicios públicos que se enumeran en el artículo 560, debiendo en tal hipótesis estimarse, como con acierto señala RUIZ ANTON, un concurso ideal de delitos entre el hurto y los desórdenes (contra, BAJO FERNÁNDEZ).

2.2.3. Especial gravedad (235,3º)

Viene determinada por el valor de los efectos sustraídos o la entidad de los daños, esto es, por la importancia de la lesión del patrimonio perpetrada.

La ley no fija la cuantía a partir de la cual deba estimarse la circunstancia. En consecuencia, la concreción deberá efectuarse por los Tribunales, atendidas las circunstancias económicas del momento histórico de que se trate.

La jurisprudencia generalmente ha establecido en quinientas mil pesetas la cuantía que ya da lugar a la aplicación de esta agravación en el delito de hurto, mientras que en los robos exige que supere un millón de pesetas (STS de 27 de febrero de 1986 y de 26 de mayo de 1989).

2.2.4. Grave situación económica o familiar. Abuso de las circunstancias personales de la víctima (235,4º)

Se formulan alternativamente dos causas distintas de agravación. En cuanto a la primera, para que esta causa de agravación pueda desplegar sus efectos habrá de ser conocida por el culpable, debiendo una adecuada aplicación de la misma conlugar el peligro —apuntado por RUIZ ANTON— de que actúe como una impropia condición objetiva de punibilidad.

La «gravedad» de la situación económica puede referirse tanto a personas físicas como a personas jurídicas (aunque, desde luego, como señalan agudamente algunos autores, éstas no tienen familia): la situación de bancarrota de una persona jurídica repercutirá siempre, en última instancia, sobre las economías de personas físicas y podrá, por consiguiente, ser estimada como materialización del fundamento agravatorio de esta circunstancia.

Debe precisarse que, a los efectos de esta circunstancia, víctima puede ser tanto el sujeto pasivo del delito cuanto cualquier tercero perjudicado.

En cuanto a la segunda, con buen criterio se ha eliminado su configuración como «abuso de superioridad», que realmente imposibilita su aplicación fuera del ámbito de los robos con violencia o intimidación. Así, y aunque siga pareciéndonos discutible su fundamentación, ahora descansan en cualquier abuso, esto es, aprovechamiento, de toda circunstancia personal de la víctima. Tan ilimitado ámbito es el que abarca, que deberán incluirse todos los supuestos en los que una situación personal de la víctima, suponga una especial ventaja para el sujeto activo. Es decir, que se aproveche una determinada posición de debilidad (v.gr. ser ciego, paralítico, incapaz, persona privada de sentido, etc.). En consecuencia, la agravación, en puridad, no descansa tanto en el mayor contenido de injusto, sino en el aprovechamiento de significativas ventajas en la comisión del hurto.

3. Penalidad

La pena en caso de agravación será siempre única: prisión de uno a tres años. Se pone fin así al excesivo arbitrio judicial de la regulación anterior.

Ha de reconocerse que estas «circunstancias» configuran auténticos tipos *cuantificados* y no son, por consiguiente, compensables con las atenuantes genéricas. Por tanto, cuando concurren más de una, las restantes se valorarán según lo previsto en el artículo 66, 1.º, pero nunca a efectos del artículo 66, 3.º.

4. Hurto de la posesión (art. 236)

El nuevo artículo 236 contiene lo que históricamente se denominó «furtum possessionis», recogido hasta ahora dentro de las estafas, en el artículo 532, 1.º del texto anterior. La Reforma de 1995 ha seguido el sentir de la doctrina mayoritaria, que negaba su naturaleza defraudatoria, esto es, de estafa, afirmando que se trataba de una conducta de «apoderamiento», y en consecuencia que de un hurto. En este sentido el artículo 236 emplea el término «sustrajere» que no difiere sustancialmente del verbo «tomare» utilizado en el «hurto propio» (art. 234). Por tanto, en orden a la conducta típica no existe ninguna diferencia. Tampoco respecto al objeto material, que deberá ser también una «cosa mueble», ni a la cuantía, que sigue estableciéndose en más de cincuenta mil pesetas.

Las diferencias surgen en orden al bien jurídico protegido, a los sujetos y a la penalidad.

El bien jurídico protegido no es aquí la propiedad, sino la legítima posesión. En consecuencia, el sujeto pasivo tampoco será el propietario, sino el poseedor legítimo de la cosa mueble. E igualmente, el sujeto activo se circunscribe en primer lugar al dueño o propietario. En este caso se configura como un delito especial propio. Pero también podrá ser sujeto activo cualquier persona que, no siendo ni el dueño ni el legítimo poseedor, sustrajere el bien mueble, «actuando con el consentimiento del dueño». Se construye así un tipo común, que puede ser realizado por cualquiera, siempre que actúe con el consentimiento del propietario. Respecto al consentimiento deben tenerse en cuenta las reglas generales, siendo preciso que esté probado suficientemente. Nace así un tipo «pluripersonal» cercano a los llamados «delitos de convergencia», en los que las conductas de los diferentes sujetos se dirigen unilateralmente a la consecución de un fin unitario. Pero entonces, tendrá que determinarse el título de responsabilidad del dueño que consiente en que otro se apodere de «su» propiedad, arrebatándose a su legítimo poseedor. Y la

responsabilidad del propietario en estos supuestos podrá ir desde la coautoría, hasta la complicidad, pasando por la inducción y la complicidad necesaria.

Deben darse aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas en torno al concepto de «perjuicio», y también a la implícita exigencia de «ánimo de lucro».

Respecto a la penalidad, es sorprendente su benignidad, pues sólo se castiga con multa de tres a doce meses. Y censurable resulta que la protección a la posesión queden reducidos a este precepto, y además, injustificadamente atenuados por la necesaria —e igualmente criticable— limitación de sujetos activos— presencia del dueño o de persona por él consentida.

Por último, dada la redacción del delito de «realización arbitraria del propio derecho» (art. 455), no se plantean dificultades de delimitación, pues éste siempre requiere actuar con violencia, intimidación o fuerza en las cosas.

Lección XXI

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y EL ORDEN SOCIOECONÓMICO (IV): ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

Bibliografía:

Ade más de la bibliografía General al Título XIII (lección XVIII), y la ofrecida en la Lección XIX, puede verse: BORJA JIMÉNEZ: «Algunos aspectos críticos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el robo en casa habitada», en *Poder Judicial*, 6, 1987; FERRÁNDEZ RODRÍGUEZ: «Llaves falsas y delincuencia patrimonial», en *EP y C*, X, Santiago de Compostela, 1986; DE LA MISMA: «Robo con escalamiento», en *L.H. o Fernandez Albor*, S. de Compostela, 1989; LIZÓN PERA: «Las llaves falsas en el robo con fuerza», *R.D. Civ.*, 1981; NARA MALERRA: *El delito de robo con fuerza en las casas*, Valencia, 1995; RIZZ ARNON: «Los robos con fuerza en las casas: nuevos módulos para determinar la pena», en *Comentarios*, cit., vol. V; SORIANO SORIANO: «Llaves falsas: las legítimas sustracciones al propietario», *C.P.C.*, 39, 1989; DEL MISMO: «El robo en edificio público y sus dependencias», *C.P.C.*, 52, 1994; DEL MISMO: «El robo en casa habitada y sus dependencias», *C.P.C.*, 47, 1992; VALMUNA OCHARIN: *El tipo objetivo de robo con fuerza en las cosas*, Madrid, 1993; VV.AA.: «Autoría o participación en determinados supuestos de violencia (Comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989)», (P.J. 27, 1992).

1. Concepto de robo.
2. Robo con fuerza en las cosas. Introducción.
3. Concepto de fuerza en las cosas.
4. Modalidades de fuerza en las cosas.
5. Concepto y clases de llaves falsas (art. 239).
6. Penalidad.
7. Las figuras agravadas.

1. Concepto de robo

El artículo 237, como su correlativo del texto anterior (art. 500), contiene el *concepto legal* de robo. De la literalidad de precepto se infiere la existencia de dos *clases* de robo; a saber: *el robo con fuerza en las cosas y el robo con violencia o intimidación en las personas*.

El delito de robo se halla estrechamente relacionado con el hurto, del que, en muchas ocasiones, no es más que una figura agravada. Por ello es preciso delimitar con claridad las notas que los distinguen. Esta tarea ya se realizó al analizar el hurto propio (art. 234), por lo que a lo dicho

allí nos remitimos. De igual forma, debemos remitirnos al estudio entonces efectuado de los elementos comunes, como son el bien jurídico protegido, los sujetos activo y pasivo, la conducta típica, «*iter criminis*», justificación y culpabilidad.

En consecuencia, en las líneas que sigue, nos limitaremos al estudio de las características propias de las dos modalidades de robo, esto es, del concepto de *robo con fuerza en las cosas* y del *concepto de violencia o intimidación en las personas*. Estudio que se llevará a cabo, respectivamente, al comentar los artículos 238 y 242 del Código Penal de 1995, que por su trascendencia se hará en dos capítulos distintos.

2. Robo con fuerza en las cosas. Introducción

El Código Penal de 1995, en sus artículos 238, 239, 240 y 241 configura como delito autónomo el robo con fuerza en las cosas, pese a que la doctrina viene entendiendo que, materialmente, carece de sustantividad frente al hurto.

Tal configuración autónoma se traduce en la mayor gravedad de las penas con que se haya sancionado: el robo con fuerza en las cosas se castiga, cualquiera que sea la cuantía de lo sustraído, con la pena de prisión de uno a tres años (art. 240). Esta es la sanción correspondiente a la figura básica, que se agravará hasta la pena de prisión de dos a cinco años, si entra en juego la figura calificada del artículo 241, para los casos de concurrencia de alguna de las causas previstas en el artículo 235 o si el robo se comete en «casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias».

El sistema de *cuantías*, que determinaba la pena aplicable en los robos con anterioridad a la Reforma de 1983, y que ésta suavizó distinguiendo sólo entre más o menos de treinta mil pesetas, ha desaparecido por completo en el nuevo Código Penal.

3. Concepto de fuerza en las cosas

El Tribunal Supremo, como no podía ser de otro modo, ha entendido que el *concepto* de fuerza en las cosas se halla delimitado en este precepto (así, en la STS de 7 de febrero de 1986).

Quiere decirse con ello que no toda fuerza, en el sentido usual del término, es apta para integrar el tipo del delito que nos ocupa y a la inversa, que no toda conducta típica presupone fuerza en sentido natural.

El concepto de fuerza no es, pues, descriptivo, sino *normativo*: se halla delimitado por el legislador. Y, junto a la delimitación *explícita* que históricamente resultaba, y resulta de la enumeración legal de sus diversas modalidades, existía otra *implícita*, que ahora también se explicita claramente en el nuevo artículo 237 y que ya era comúnmente aceptada por la jurisprudencia: la fuerza característica del robo ha de hallarse dirigida al ingreso en el lugar cerrado donde se encuentra la cosa que se pretende sustraer. Mas exactamente, este precepto expresa la exigencia de este requisito teleológico o finalístico, al decir: «para acceder al lugar donde éstas se encuentran»:

Por consiguiente, el escalamiento empleado para subir a una cornisa u otro lugar abierto donde se halla un objeto, la fractura de pared para sustraer una estatua incrustada en ella, la rotura de la cadena que inmoviliza las ruedas de una motocicleta, etc., etc., no constituyen fuerza en el sentido de los artículos 237 y 238 del Código Penal.

Así, el fundamento de la diferencia entre el robo con fuerza en las cosas y el hurto se sitúa, no sólo en que en el robo el autor haya de *quebrantar las defensas opuestas por el propietario, sino en que su ataque al patrimonio puede conllevar una lesión de la intimidad*. Sólo desde esta perspectiva la distinción hurto-robo con fuerza en las cosas adquiere una cierta viabilidad.

La fuerza constitutiva del robo debe ser, desde luego, *previa al apoderamiento y constituir el medio por el que se realiza éste*, sin que, sin embargo, sea necesario que se halle finalísticamente dirigida a lograrlo (contra, STS de 9 de abril de 1984).

Por ello, como ha precisado la STS de 17 de octubre de 1988 resulta *comunicable* al partícipe que se aprovecha de la ejercida por sus correos.

El robo con fuerza en las cosas constituye una *figura subsidiaria* respecto al cometido con violencia e intimidación en las personas, de modo que si concurren ambas, violencia o intimidación y fuerza en las cosas habrá de aplicarse preferentemente el artículo 242 del Código Penal.

Aunque, en el delito de robo con fuerza en las cosas, pueda, según se ha visto, quedar comprometida la intimidad del propietario, se trata de un delito esencialmente patrimonial.

Ello determina la posibilidad de estimación de delito continuado, cuando concurren los requisitos que determina el artículo 74 (antes art. 69 bis).

4. Modalidades de fuerza en las cosas

El robo con fuerza en las cosas puede cometerse por el empleo de cualquiera de las modalidades de fuerza previstas en el artículo 238 del Código Penal y que, inmediatamente, pasan a examinarse. La concurrencia, en un solo hecho de varias modalidades de fuerza, da lugar a un único delito de robo, caracterizado por todas las que concurren. Las distintas especies de fuerza en las cosas se hallan, pues, en una relación de *alternatividad no excluyente*.

La principal novedad del Código Penal de 1995 es que, junto a las cuatro modalidades clásicas que mantiene, introduce una quinta, consistente en la «utilización de sistemas específicos de alarma o guarda». Se pone fin así a un importante grupo de casos problemáticos y a una ardua polémica al respecto.

4.1. Escalamiento

En su sentido más estricto, escalar significa *subir con escala hasta un lugar elevado*. Pero, en el lenguaje común, se usa como sinónimo de *trepar*. Al no definirse el término en el Código, parece que haya de entenderse según ese uso común del lenguaje.

Sin embargo, una jurisprudencia constante viene interpretando el escalamiento como «entrada al lugar del robo por vía no destinada al efecto». Y, así, v.g. se castiga como robo, y no como hurto, la entrada en un edificio por una ventana abierta, aunque se halle prácticamente a ras de suelo (SSTS de 2 de noviembre de 1984 y 22 de mayo de 1989). Pese a la opinión de algún autor no hay ningún «sentido literal posible» del término «escalamiento» que permita incluir en él conductas como la descrita. El escalamiento, como las demás circunstancias del robo, ha de representar el quebrantamiento de las defensas opuestas por el propietario. Aplicarlo donde no hay tales defensas es, sencillamente, convertir hurtos en robos, con vulneración del principio de legalidad (*analoga «in malam partem»*).

En cualquier caso, nos hallamos ante una modalidad de robo en que, naturalísticamente hablando, no puede decirse que haya fuerza, sino *una conducta normativamente equiparada a ella*. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo (STS de 7 de febrero de 1986).

4.2. Fractura y rompimiento

4.2.1. Concepto

En términos generales, podemos caracterizar los supuestos contemplados en los números 2º y 3º del artículo 238 como casos en que la fuerza en las cosas se caracteriza como *fractura o rompimiento* de algo.

La *fractura*, como claramente se infiere de la dicción legal, equivale al *rompimiento* y no se da allí donde la fuerza ejercida por el objeto no produce rotura alguna.

Por el contrario, para la jurisprudencia existe *fractura* en todo esfuerzo material y físico empleado sobre los elementos o mecanismos de seguridad o cerramiento colocados por el dueño (STS de 7 de febrero de 1986).

En la solución de los casos, el Tribunal Supremo opera con un concepto extensivo, entendiendo que existe fractura cuando se desmontan o se hacen ceder cristales, aun sin llegar a rompimientos (STS de 13 de octubre de 1983) y en muchas otras hipótesis similares. La aplicación de tal doctrina representa una *extensión analógica* de la idea de fractura que, al ampliar el ámbito del robo con fuerza en las cosas en detrimento del hurto, opera en contra del reo e infringe, por consiguiente, el artículo 25.1 de la Constitución (principio de legalidad).

Las fracturas o rompimientos sólo podrán determinar la apreciación del delito de robo con fuerza en las cosas cuando no constituyan el *medio natural* de apertura del objeto de que se trate. Así, el rompimiento de una hucha de barro, o el de los precintos que lleve una caja, no podrán estimarse como fuerza en las cosas en el sentido típico del término, porque el interior del objeto no se entiende cerrado a los efectos del número 3º del artículo 238 si se halla en la situación que, normalmente, permite su apertura (*vid.* STS de 20 de junio de 1989).

Sin embargo, en el caso de sobres o paquetes *sellados*, por expresa determinación legal, la ruptura de los sellos se incardina en dicho precepto (en tal sentido, QUINTANO), pero sólo si requiere, en efecto, el empleo de fuerza.

4.2.2. Clases

Se habla, en la doctrina, de una *fractura interior* (para referirse a la regulada en el número 3º) y de otra *exterior* (para referirse a la regulada en el número 2º). Esta terminología resulta, sin embargo, impropia, pues desde el momento en que cualquier fractura, para resultar típica en el sentido del delito que examinamos, ha de permitir el acceso a un espacio cerrado, sólo cabe hablar, en purdad, de *fracturas exteriores*.

Más sentido tendría caracterizar la conducta reseñada en el número 2º como *fractura inmobiliaria* y la del 3º como *fractura mobiliaria*.

Pero, el Código Penal de 1995 introduce un nueva modalidad de *fractura*, consistente en el «descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido». Esta nueva cláusula confirma la naturaleza normativa del concepto de *fuerza en las cosas*. Y esta normativización se ha llevado a un extremo equivoco, porque esta modalidad encaja mejor con la noción de *llaves falsas*, que con el de *fractura* (así v. g., la apertura de una caja de seguridad, o la entrada a un «edificio inteligente», mediante el uso de un conocimiento indebido y no revelado de las claves de apertura). En todo caso, la cuestión no posee transcendencia práctica, pues la penalidad resultaría idéntica.

El último inciso del número 3º del artículo 238 ha abandonado la expresión «para fracturarlos o violentarlos fuera del lugar del robo», que había sido criticada por contemplar una *fractura potencial* (RODRÍGUEZ DE VESA), que se equiparaba con la realmente acaecida, con lo que toda diferencia con el hurto desaparecía. Ahora en cambio se requiere que la *fractura* se produzca efectivamente, ya «sea en el lugar del robo o fuera del mismo».

4.3. Llaves falsas

El uso de llaves falsas, ganchúas u otros instrumentos análogos, y ahora también las «tarjetas magnéticas o perforadas y los mandos o instrumentos de apertura a distancia», determinan *normativamente*, por imperativo de lo dispuesto en el número 4 del artículo 238, la apreciación de fuerza en las cosas.

Las tres categorías legales de útiles pueden reducirse a la de *llaves falsas*, pues, como se ha dicho muchas veces, las «ganchúas u otros instrumentos análogos no son otra cosas».

Y exactamente lo mismo debe decirse ahora de las «tarjetas» y «mandos o instrumentos», que no son sino una clase de llaves: «llaves electrónicas o magnéticas».

El concepto legal de «llaves falsas» se encuentra ahora en el artículo 239 y será analizado inmediatamente al estudiar este precepto.

4.4. Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda

Constituye la principal novedad en esta materia, representando una acomodación del concepto legal de *fuerza en las cosas* a la realidad social de nuestro país. Su fundamento radica en la especial protección que ha querido otorgarle el propietario o poseedor del edificio o lugar donde se halla el objeto del robo. Y no obstante esta especial protección, el sujeto activo vence la dificultad añadida. «inutilizándola». Conducta que ha de entenderse no sólo como equivalente al rompimiento o fractura, sino también cualquier modo de desactivar su funcionamiento; esto es, de dejar sin operatividad o sin la operatividad a la que estaban destinados estos «sistemas específicos».

Por tanto, inutilizar equivale a impedir que funcionen correctamente, o lo que es lo mismo, a desactivarlos.

Ha de tratarse de «sistemas específicos», no bastando para la aplicación de este número, los sistemas habituales de alarma o guarda, como pudiera ser un timbre de una vivienda. En consecuencia debe reservarse este concepto sólo para los sistemas especialmente diseñados para alertar o avisar de una entrada o acceso a un lugar determinado. Es indiferente que la alarma o guarda consista en la emisión de señales acústicas, luminosas, electromagnéticas o del tipo que sean. De igual forma, resulta indiferente que su funcionamiento sea perceptible en el mismo lugar en donde se encuentran instaladas o estén conectadas a dispositivos de seguridad a distancia. Lo único que se exige es que el sujeto tenga conocimiento de su existencia e intención de inutilizarlas.

5. Concepto y clases de llaves falsas (art. 239)

5.1. Concepto de llaves falsas

Como se ha señalado reiteradamente por la doctrina, el concepto de «llave falsa» que el legislador formula no coincide con el concepto vulgar. En efecto: de una parte, considera «llaves» objetos que en el lenguaje ordinario no reciben tal nombre (ganzúas y otros instrumentos análogos); y, de otra, considera «falsas» alas que, evidentemente, no lo son (las legítimas sustraídas al propietario) o pueden no serlo («cualesquiera otras»).

En consecuencia, puede afirmarse con RODRÍGUEZ DEVEZA que el concepto de llave viene determinado por la función de apertura (no de ruptura) de un cierre mecánico. La forma resulta aquí indiferente: por ello, asiste la razón a este autor cuando niega la condición de «llaves» a las que sirven para poner en marcha un coche (contra, STS de 23 de enero de 1962). En cambio, y pese a la opinión contraria de algún autor, serían llaves las tarjetas informatizadas mediante las que se abren cajas o puertas, como expresamente ya reconoce ahora este precepto, así como los «mandos o instrumentos de apertura a distancia». De igual forma, también incluye «las llaves legítimas perdidas por el propietario», como ya venía interpretando la jurisprudencia (STS de 27 de mayo de 1985).

La falsedad, en cambio, no queda determinada, como parece afirmar el citado autor, por la falta de autorización del propietario para el uso, sino que requiere que la llave no sea de las destinadas por el propietario para abrir la cerradura o que, de serlo, le haya sido sustraída a éste (contra, STS de 6 de diciembre de 1984).

Pero, la idea de llave falsa requiere ulteriores precisiones, en orden a su aplicación, que han de realizarse al filo del análisis de sus distintas clases legales.

5.2. Clases de llaves falsas

En el número 1º del artículo 239 se consideran llaves falsas «las ganzúas u otros instrumentos análogos». Como quiera que el Código Penal de 1995 no contiene un precepto análogo al antiguo artículo 509, donde se definía legalmente que había de entenderse por los mismos, a partir de ahora deberá interpretarse autónomamente, pero con un criterio teleológico y sistemático, es decir, estos instrumentos tendrán

que poder ser calificados de llaves, o sea, tendrán que poder abrir sin romper. De ahí, que ya resultaba criticable la jurisprudencia anterior, que al interpretar el precepto aisladamente, incluía en el mismo el uso de moldes, destornilladores, sopletes, etc. rebasando todos los límites de posible sentido literal del texto de la Ley.

En cuanto al número 2º del artículo 239, ha experimentado un cierto cambio, que en realidad no hace sino acomodar el precepto a la interpretación jurisprudencial extensiva que ya se venía haciendo. Así, ya se incluyen expresamente «las llaves legítimas perdidas por el propietario». Y en segundo lugar, se sustituye el discutido término de «sustraidas» por el más abierto de «u obtenidas por un medio que constituya infracción penal». En consecuencia, se consagra un entendimiento extensivo, que abarcará cualquier clase de apoderamiento ilegítimo, excluyendo sólo las hipótesis de uso autorizado y los casos en que las llaves estén en lugar visible y a disposición de quien las tomare (ver v.g. STS de 13 de octubre de 1986 y 1 de junio de 1989).

El número 3º del artículo 239 alude a «cualesquiera otras» llaves que no sean las destinadas por el propietario a abrir la cerradura de que se trata. Designa, pues, objetos con función de llave, que pueden ser copias de las llaves legítimas, o llaves distintas de estas que, eventualmente, puedan abrir la cerradura, etc. Parece, pues, excesivo aplicarlo a cualquier clase de objetos, incluso a los no identificados, como hace la STS de 13 de octubre de 1988.

La expresión «violentada», que el legislador aplica a la cerradura abierta con tales utensilios, debe entenderse como una metáfora, pues si, en lugar de abrir la cerradura con las mismas, se utilizan para romperla o quebrantarla, no sería de aplicación el n.º 4 del artículo 238, sino los números 2º y 3º.

El último inciso de este precepto, como ya se reclamaba por jurisprudencia y doctrina, extiende el concepto de fuerza en las cosas a las «tarjetas informatizadas y mandos o instrumentos de apertura a distancia».

En todo caso, debe procederse a un entendimiento teleológico y sistemático de los mismos: es decir, deben operar como una llave, o sea, abriendo, o permitiendo el acceso a un lugar cerrado.

6. Penalidad

El artículo 240 contiene la pena para el tipo básico del delito de robo con fuerza en las cosas, que es de prisión de uno a tres años. Ya se ha hecho antes referencia a la eliminación de las cuantías como eje del sistema penológico, así como a la simplificación del mismo, al suprimirse también las causas que daban lugar a hiperagravaciones.

7. Las figuras agravadas

7.1. Introducción

El nuevo artículo 241 se estructura en tres apartados. En el primero se exponen las causas de agravación del delito de robo con fuerza en las cosas. En el segundo, se contiene el concepto legal de *casa habitada*. Y en el tercero, se define que ha de entenderse por *dependencia* de «casa habitada o de edificio o local abiertos al público».

También aquí debe reiterarse lo dicho al tratar el delito de hurto, en torno a su naturaleza: no son auténticas circunstancias, sino más bien elementos típicos que determinan la concreción de una serie de *subtipos agravados*: dado que en definitiva matizan el contenido de injusto. Estas es también la tesis mantenida en la jurisprudencia (STS de 8 de abril de 1986). De suerte que cuando concurren más de una, la primera cualificará el robo, y las restantes deberán valorarse conforme al artículo 66, 1.º, pero nunca podrán compensarse con atenuantes genéricas, ni apreciarse dentro del artículo 66, 3.º.

Por último, y a diferencia del texto anterior, estas causas de agravación sólo operan en relación al delito de robo con fuerza en las cosas, pero no respecto al robo con violencia o intimidación.

La pena a imponer será en todos los casos de prisión de dos a cinco años.

7.2. Las figuras agravadas del robo con fuerza en las cosas: Análisis

Existen dos grupos de causas de agravación del delito de robo con fuerza en las cosas, ambos recogidos en el artículo 241, 1.º.

El primer grupo está constituido por las mismas causas que agravan el delito de hurto, es decir, por las descritas en el artículo 235. Como quiera que ya fueron analizadas al comentar este precepto, y que no presentan diferencia alguna, nos remitimos al mismo.

En el segundo grupo, se encuentran las relativas a la comisión del robo en *casa habitada* y en segundo lugar, su perpetración en *edificio o local abiertos al público*. Para ambas, también se extiende la agravación cuando se realice el robo en sus *dependencias*. A su vez, el concepto legal de la primera se halla en el número 2.º de este mismo precepto. Por el contrario no existe concepto legal de edificio público, pero sí de lo que ha de entenderse por *dependencias* de ambos.

7.2.1. Casa habitada o dependencias de la misma

El concepto legal de casa habitada se encuentra recogido en el número 2.º de este mismo precepto: «todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar». Su entendimiento ha de hacerse conforme al concepto de domicilio ya fijado al estudiar el delito de allanamiento de morada de personas físicas del artículo 202, al que nos remitimos.

La ausencia *accidental* de los moradores no excluye, por específica disposición de la ley, la agravación. Con esa base, el Tribunal Supremo la extiende a los robos cometidos *fuera de temporada* en residencias veraniegas (*vid.* STS de 17 de abril de 1989 que anula la sentencia de instancia). Pero, en tales casos, la *ausencia* no es *accidental*, por lo que parecería más adecuado calificarlos conforme a las normas generales.

El número 3.º del citado artículo 241, contempla el concepto legal de dependencias tanto de *casa habitada* como de *edificio o local abiertos al público*, ahora mejor delimitado que en la regulación anterior. Así, se incluyen los «patios, garajes, y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad». Las notas básicas son pues: cualquier lugar cerrado; contiguo, y comunicado con la morada o el *edificio o local abiertos al público* y que conforme «una unidad» con el mismo.

El fundamento de la agravación radica, de una parte, en el posible riesgo para las personas y, de otra, en la gravedad de la lesión de la intimidad que, como vimos, se halla presente, siquiera sea de modo potencial, en todo robo con fuerza en las cosas.

Es más: en la mayor parte o en todos los casos, el hecho determinante de la agravación específica constituirá el allanamiento de morada consumido por ella, descartándose el concurso de delitos.

La circunstancia, en razón de su fundamento, no es de aplicación a los autores que habiten la casa de que se trate

7.2.2. Edificio o local abiertos al público o en sus dependencias

El fundamento y el ámbito de aplicación de esta causa de agravación, descrita ahora en el número 1º del artículo 241 (antes art. 506, 1º al que se refiere la jurisprudencia citada), se perfilan en términos satisfactorios en la STS de 8 de abril de 1986.

En cuanto al *fundamento*, afirma el Tribunal Supremo que los locales en los que autoridades y funcionarios ejercen sus funciones, deben merecer un halo de respeto inspirado en un propósito proteccionista de intereses o servicios de transcendencia social o pública que allí desarrollan, constituyendo el robo en tales edificios una especie de «desacato local».

El *ámbito de aplicación* depende, lógicamente, del alcance que deba atribuirse al concepto de edificio o local abierto al público. En relación a la regulación anterior, el Tribunal Supremo lo hacía en los siguientes términos:

«Ante la ausencia definitiva de lo que debe entenderse por 'edificio público', y buscando apoyatura en preceptos del Código Civil —tales los representados por los artículos 338, 339, nº 2º, 343 y 344— las Sentencias de 11 de mayo de 1977, y 4 de junio de 1981, entienden por edificios públicos los destinados a cualquier servicios del Estado, Provincia o Municipio, o aquellos que estuvieren destinados a cualquier servicio oficial, militar o civil, de dichos entes, o finalmente, los edificios que por su función se encuentren adscritos a cualquier servicio o fin, de naturaleza civil o militar, y pertenecan al Estado, Provincia, Municipio, o a otros entes públicos».

Pero obsérvese que ahora ya no se habla sólo de «edificio público», sino de cualquier edificio o local, que se halle «abierto al público». Esta ampliación de los lugares objeto de protección guarda una clara sintonía con la protección que a los «*domicilios de las personas jurídicas*» se dispensa en el nuevo artículo 203 del Código Penal. Por tanto ahora incluye a edificios o locales, públicos o privados, e indistintamente de si la titularidad corresponde a una persona física o jurídica. El único requisito es que se trate de *bienes inmuebles* y que estén «abiertos al

público». No hay duda de lo que ha de entenderse por «abiertos al público», pero si en relación a si solo operará la agravación cuando el robo se cometa durante las horas de apertura o también se apreciará si se comete fuera de ellas. Ciertamente la Ley no distingue, con lo que parece equipararse al número 2º del artículo 203, y no al primero del mismo precepto. Igualmente, ha de tenerse presente que la intimidad se ve afectada de la misma forma en ambos supuestos. En resumen, una interpretación estricta y sistemática con la regulación del allanamiento de domicilio de personas jurídicas, parece llevarnos a incluir las dos hipótesis.

En cuanto al concepto de *dependencias*, ya fue analizado en el número anterior.

Lección XXII

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y EL ORDEN SOCIOECONÓMICO (VI): ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS. EXTORSIÓN

Bibliografía:

Además de la citada en las cuatro lecciones anteriores, puede verse: OCTAVIO DE TOLEDO y CUARTO: «Presenta y proyecto del delito de extorsión». *La Ley*, 1983; RODRÍGUEZ DE VESA: «Extorsión». *NEJ*, VII, 1958; MARTÍNEZ GONZÁLEZ: «El delito de extorsión». *C.P.C.*, 44, 1991; RUIZ ANTÓN: «Los robos con violencia o intimidación en las personas». *Comentarios*, cit. vol. V.

1. Robo con violencia o intimidación en las personas. 2. De la extorsión (art. 243).

1. Robo con violencia o intimidación en las personas

1.1. Introducción

Ya hemos advertido que esta materia ha sufrido una muy positiva modificación en el Código Penal de 1995.

La primera estriba en la desaparición de los *delitos complejos*, sustituidos por una técnica más sencilla y a la vez respetuosa con los principios de proporcionalidad y culpabilidad, que remite a un concurso de delitos, entre el robo con *violencia o intimidación* aquí descrito y castigado, con los correspondientes tipos en que se recojan y sancionen los atentados a la vida, integridad, salud, libertad, libertad sexual, etc. No cabe duda de que ésta es la fórmula adoptada por el legislador, desde el momento que establece la pena de prisión de dos a cinco años para el delito de robo, «sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase» (art. 242, 1º «in fine»).

Más discutible se presenta la elección de la clase de concurso de infracciones a aplicar en estos supuestos, y más teniendo en cuenta la distinta penalidad que se derivará de una u otra opción. A favor de la tesis del *concurso real* (art. 76) juega la existencia de varias acciones

(según la concepción mayoritaria que interpreta *hecho* como equivalente a *acción*), la de apoderamiento y la violencia o intimidación. También desde otra óptica (que interpreta *hecho* en un sentido más amplio, omnicompreensivo de acción y resultado) puede afirmarse la presencia de varios *hechos*, tantos como resultados lesivos para la vida, integridad o libertad, y a la vez, otros tantos *hechos* de apoderamiento lesivos para el patrimonio.

A favor de la tesis del *concurso ideal* (art. 77) juega su entendimiento como un *concurso medial*, donde la violencia o intimidación en las personas es el medio necesario para cometer el robo, ya se aplique antes o durante su comisión, o con posterioridad para asegurar la huida.

Pues bien, sin soslayar lo discutible que resulta optar por una u otra, nos inclinamos por la primera, esto es, el *concurso real o material* regulado en el artículo 76, por las razones que a continuación se exponen, además de las ya aducidas. En primer término, la propia dicción literal del precepto abona esta interpretación. En segundo lugar por el distinto momento en que se pueden consumar la violencia y el acto de apoderamiento. En tercer lugar, por los efectos penológicos absurdos a las que se llegaría de conceptualarlo como concurso medial. Y en último término, porque no siempre la violencia o intimidación pueden calificarse de *medios necesarios* para cometer el robo.

La segunda gran novedad la constituye el nuevo régimen penológico del *robo con violencia o intimidación*. Porque además de la simplificación que comporta la misma desaparición del sistema de *figuras complejas*, se adopta un criterio autónomo para fijar la pena de esta modalidad de robo, impidiendo que las causas de agravación del *robo con fuerza en las cosas*, puedan operar respecto al *robo con violencia o intimidación*. De igual modo, la *cuantía* de lo sustraído no posee en principio trascendencia penológica.

Pues bien, el antiguo modelo penológico ha sido sustituido por otro más sencillo. La pena para la figura básica es prisión de dos a cinco años, al margen de la que corresponda a los actos violentos o intimidatorios. Así pues, la sanción por estos delitos siempre resultará mayor que la correspondiente a un *hurto* o a un *robo con fuerza en las cosas* por idéntica cuantía.

Por su parte, el apartado segundo regula el tipo agravado (uso de armas) imponiendo la pena en su mitad superior. Y el número 3º contiene un tipo privilegiado en atención a la menor entidad de la violencia y de otras circunstancias (pena inferior en grado).

Por último, también desaparece la regla de consumación contenida en el antiguo artículo 512. Derogación que resulta imprescindible tras el abandono de la técnica de *delitos complejos*. Por consiguiente, a partir de este momento, cada uno de los delitos concurrentes, robo y atentados a la vida, integridad o libertad, se entenderán consumados o intentados independientemente. De modo que cabrá un robo (apoderamiento) tentado en concurso con una muerte consumada o viceversa.

1.2. Los conceptos de violencia e intimidación

Las características genéricas, derivadas del propio concepto de robo del artículo 237 que presiden la configuración de los diversos tipos contenidos en el artículo 242, son la *violencia* o la *intimidación*. Pese a que ambos conceptos han sido examinados al analizar los delitos contra la libertad es preciso, en el ámbito típico del robo, efectuar algunas consideraciones acerca de su contenido concreto.

1.2.1. Violencia

Se distinguen diversas clases de violencia. Así, se habla de una *violencia propia*, que resulta de la aplicación de la fuerza física, y otra *impropia*, que consiste en el constreñimiento de la voluntad por otros medios (narcóticos, hipnotismo), etc. Junto a una *violencia directa*, que representa una inmediata «*vis in corpore*», la jurisprudencia y un importante sector de la doctrina admiten, en el delito de coacciones, otra *indirecta*, ejercida inmediatamente sobre cosas y que sólo de manera mediata puede repercutir sobre las personas. Pues bien: *la violencia requerida por el robo es la propia y directa*. Que se requiera la violencia propia resulta claro, de una parte porque sólo ella es auténtica violencia y, de otra, porque si con el término «*violencia*» se hubiera querido designar también la llamada «*impropia*», no hubiera sido necesaria la ulterior referencia a la intimidación. Que la violencia ha de ser directa se infiere de la caracterización legal: el Código no se contenta, en este caso, con hablar de violencia, sino que determina expresamente que se trata de violencia *en las personas*.

Esto sentado, cualquier género de violencia de cualquier entidad, con tal de que constituya *medio comisivo del apoderamiento*, es suficiente para integrar el delito de robo con violencia en las personas, según el criterio mantenido por la jurisprudencia. Así, en los casos de sustracción

nes realizadas por el procedimiento del «tirón» se estima este delito, y no el de hurto (vid. v.g., las SSTS de 13 de marzo de 1986 y 3 de julio de 1986).

En el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia posterior.

La simple lectura de las resoluciones citadas pone de manifiesto que se castigan como robos violentos conductas en las que no cabe apreciar una auténtica «*vis in corpore*» y que, ni social ni jurídicamente, tienen la gravedad que se les atribuye. No sería correcto entender que los casos de sustracción mediante «tirón» son, sin más, hurtos; pero, parece que, de entre ellos, ha de reservarse la calificación de robo para los que impliquen el empleo de una auténtica violencia personal. Todo lo que exceda del ámbito delimitado por ella queda fuera del tipo. Aplicar, más allá de ese margen, la figura del robo violento implica el recurso a una analogía «in malam partem», a un analogía prohibida, que no puede justificarse, como hace la jurisprudencia, en consideraciones político-criminales más o menos certeras; pero que, en cualquier caso, competen al legislador.

Sentada así la exigencia ineludible de que la violencia en las personas sea verdaderamente tal, debe subrayarse que el tipo no exige que recaiga sobre el titular de la cosa. Como señala RODRÍGUEZ DE VESA, siguiendo la opinión dominante «no importa sobre quién recaea la violencia; puede ser un tercero que trata de impedir la sustracción o, incluso, basta que se trate de una persona de la que el sujeto activo espere, fundadamente o no, que se puede oponer al apoderamiento». Lo decisivo es, únicamente, que esa violencia personal constituya un medio de realización del acto de apoderamiento de la cosa. Si no se halla encaminada a *posibilitar o facilitar* el apoderamiento no concurrirá, pues, la conexión típica entre ambos que permite hablar de robo con violencia.

Tal conexión típica se dará siempre que la violencia opere como medio *consuminativo*, aunque se trate de violencia *sobrevenida* con posterioridad a la aprehensión de la cosa (vid. S.T.S. de 14 de febrero de 1989, que exige, además, en tales casos, que la violencia se realice con armas o medios peligrosos, lo que carece de base legal).

1.2.2. Intimidación

El Tribunal Supremo define la *intimidación* a partir del artículo 1267 y concordantes del Código Civil, entendiendo que «se halla constituida por el anuncio de un mal *inmediato grave*, personal y posible que

despierte o inspire en el ofendido un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o celo más o menos justificado» (STS de 24 de septiembre de 1986), añadiendo que «en cuanto al requisito de la importancia o relevancia de la acción intimidatoria hay que tomar en cuenta al *hombre medio* por lo que se debe excluir (sic) cuando por su naturaleza sólo hubiera asustado a un necio o pusilánime».

Con más exactitud podemos caracterizarla como «*vis compulsiva o psíquica, que causa temor en aquel al que se dirige, al representar la amenaza explícita o implícita, de un mal inmediato de suficiente entidad para vencer la voluntad contraria del sujeto contra el que se dirige y provocar, también inmediatamente, que éste entregue la cosa o posibilitar o no dificulte el acto de apoderamiento*. Nótese que se exige la amenaza de un mal suficiente para producir el temor deseado, mas no la idoneidad lesiva del medio o instrumento intimidatorio. Con razón ha estimado el Tribunal Supremo en multitud de ocasiones que «las pistolas, aunque no sean auténticas sino de imitación, se confunden con ellas, siendo instrumentos aptos e idóneos para atemorizar y amedrentar a los ofendidos, los cuales, ante la imposibilidad de distinguir, «*ex improvisu*», las armas de fuego reales... de las meramente figurados que tienen apariencia exterior de auténticas, tras su exhibición seguida de comisión, se sienten coaccionados por el temor, racional y fundado, a sufrir un mal inminente y grave, que es lo que constituye la esencia de la intimidación» (vid., entre otras, STS de 16 de abril de 1986).

A tenor de lo expuesto, la *intimidación* puede, al igual que la violencia, dirigirse *contra el titular de la cosa o contra un tercero*. Se distingue de la violencia en que ésta representa una «*vis*» física dirigida contra las personas, mientras que, en la intimidación, aun en la llevada a cabo mediante el uso de la fuerza material, no llega a haber *acometimiento personal*.

Para el caso de que concurren ambas, violencia e intimidación (lo que puede suceder, v.g., si se agrede a una persona para intimidar a otras), la segunda queda consumida en la primera.

Según lo dicho, la problemática distinción entre el robo y las amenazas condicionales (cuando la condición consista en la entrega de cosas muebles) ha de efectuarse atendiendo, no sólo a la *inmediatez del mal*, sino también al *carácter inmediato con que se exige la entrega de la cosa*.

1.3. Tipo básico (art. 342.1º)

Se contiene en el número 1º del artículo 342, contemplando una pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio, como ya se expuso, de las sanciones que además puedan corresponder a los actos de violencia física que realizase.

Respecto a esta figura básica, se construye una agravada (párrafo segundo) y otra atenuada (párrafo tercero).

Deben darse aquí por reproducidos todos los comentarios ya efectuados al examinar los elementos comunes al robo. No obstante, debe insistirse en dos extremos de notoria importancia en este delito.

El primero hace referencia al «*iter criminis*». Ha desaparecido el antiguo artículo 512, que con razón había merecido duras críticas. Pues bien, ahora la consumación del robo, en cuanto acto de apoderamiento, seguirá idénticas reglas que las fijadas para el hurto y para el robo con fuerza en las cosas. Y lo mismo debe afirmarse respecto a los actos de violencia física que realizase, que deberán interpretarse conforme a lo dispuesto en sus respectivos tipos delictivos. Es de esperar que este cambio corrija el entendimiento amplísimo que venía manejando la jurisprudencia, conceptuando de consumación la mera causación de simples «hematomas, erosiones o cualquier otro tipo de detrimento corporal de las víctimas» (v. gr., STS de 12 de septiembre de 1986).

Parece innecesario afirmar que, cuando menos, no resulta obligado entender lesionada la integridad física por meros hematomas o erosiones. Pues bien: la STS de 26 de abril de 1986, pese a que niega la consumación en el caso concreto, opera con criterios aún más amplios, al entender que entra en juego cuando se producen «lesiones, heridas, erosiones o cualquier otro detrimento corporal de las víctimas». Que «cualquier detrimento corporal» constituya un resultado lesivo para la integridad física no es, ni mucho menos, claro. Con indudable acierto, la STS de 26 de mayo de 1989 exige, al menos, la producción de lesiones y niega la consumación al haberse causado un simple hematoma.

En segundo término, deben asimismo efectuarse algunas consideraciones en torno a la *autoría y participación*.

Merece destacarse que la jurisprudencia utiliza profusamente en estos delitos, en materia de autoría, la doctrina del *acuerdo previo* (cuya crítica se efectuó al analizar el artículo 28 en la Parte General).

El resultado inmediato de dicha doctrina es, en muchas ocasiones, la transmutación del cómplice en autor. Tal sucede, pese a las matizaciones que, como simples «*obiter dicta*», efectúan algunas resoluciones (vid. v. g. STS de 28 de febrero de 1986), respecto de quienes se limitan a vigilar (vid. v. g. STS de 17 de enero de 1986). Pero, esta primera consecuencia va acompañada de otra aún más grave, pues la condición de autor, así otorgada, provoca la atribución del hecho tal y como fue realizado por el ejecutor y transmite a quien no es más que un partícipe, no sólo la autoría del robo, sino también la de muerte causada por el ejecutor. Así, la STS de 3 de junio de 1986, al final de un fundamento de derecho en el que se confunden, no sólo la autoría y la participación, sino lo que dice el legislador con lo que ponen en su boca los jueces, afirma tranquilamente que «en resumen, el previo acuerdo como elemento subjetivo y el elemento material de la participación en todo o en parte del hecho, crea una suerte de ligabilidad (sic) entre todos los concertados que *los hace responder «in solidum» imputiendo la disociación de sus conductas*» (ver también STS de 7 de febrero de 1986).

Desde un punto de vista dogmático, resulta claro que el partícipe sólo puede responder según su propia culpabilidad. De modo que no se le podrá imputar un homicidio doloso si, de algún modo, no ha querido matar. Toda solución que no se ajuste a esos requerimientos elementales del principio de culpabilidad se halla anclada en un «*versarismo*» que, por fortuna, carece ya de la base legislativa en que, históricamente, se sustentaba.

Ya se hizo hincapié en que el «previo concierto», con independencia de la contribución objetiva al hecho, no podía determinar la condición de autor ni, por consiguiente, la responsabilidad en tal concepto. Pues bien: no sólo, en el entendimiento jurisprudencial, origina tal responsabilidad, sino que *transmuta en dolo lo que no lo es*. A tenor de las declaraciones del Tribunal Supremo, *si no se excluye «a priori» todo riesgo para la vida o para la integridad de las personas hay dolo*. De modo que, aunque el partícipe se represente *razonablemente* la muerte como algo improbable, como algo que no tiene por qué ocurrir y en modo alguno acepte su producción si, por desgracia, llega a ocurrir, será responsable de ella a título de dolo.

Así, el partícipe que se limita a vigilar y que, por lo tanto, en muchos casos debe responder sólo a título de cómplice, queda convertido, en virtud de la doctrina del acuerdo previo, en autor; pero, por si esto fuera poco, si ha tenido la desgracia de que el ejecutor, por nerviosismo o por

cualquier circunstancia imprevista, metase a una persona, responderá de robo y homicidio doloso, aunque la idea de ocasionar una muerte no hubiera pasado en absoluto por su ánimo.

Ni una ni otra conclusión tienen el más mínimo fundamento racional. En la doctrina, la crítica a la doctrina del «acuerdo previo» es, desde los trabajos de Gimbernat, Rodríguez Mourullo y Vives Antón unánime. Sus consecuencias «versaristas» resultan, si cabe, más inadmisibles aún.

Sería ya hora de que el Tribunal Supremo se decidiera a abandonar un criterio que no es sino una inconstitucional analogía «in malam partem», en lugar de reforzarlo, como hace la desdichada Sentencia de 21 de febrero de 1989 que incardina al vigilante en el número 1º del artículo 14 (hoy 28) con pretendidos argumentos que, dando la espalda al texto de la Ley, ignoran nuestra tradición jurídica a la vez que el concepto importado de «dominio del hecho».

Y los ejemplos aquí expuestos de robo y homicidio son evidentemente extrapolables a otras combinaciones de robo con violencia o intimidación. Cabe, no obstante, esperar que la desaparición de los delitos complejos suponga una suavización de la doctrina expuesta, ajustándola a las exigencias del principio de culpabilidad (ver VV.AA. «Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia», P. J. 27, 1992).

1.4. Tipo cualificado (art. 242, 2º)

Como ya se ha dicho, el Código Penal de 1995 ha reducido las causas de agravación del robo con violencia o intimidación. Así, en relación a las varias existentes en el texto anterior, ahora subsiste una sola: «el uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevara». Por consiguiente, puede hablarse de la existencia de un único tipo cualificado.

Para exponer adecuadamente la problemática que plantea el precepto, se analizarán las siguientes cuestiones: el fundamento y naturaleza de la agravación; el concepto de armas u otros medios peligrosos; el sentido de la expresión «hacer uso» y la relevancia típica del uso realizado; la relación con la tenencia ilícita de armas y, finalmente, el ámbito de aplicación del precepto.

1.4.1. Fundamento y naturaleza.

A) Fundamento

La razón de ser del precepto estriba, a tenor de la jurisprudencia, en un triple motivo: en la mayor *periculosidad* del delincuente, en el *espanto y terror* que en las víctimas pudiera producirse y, finalmente, en el *riesgo* que todo uso de armas comporta. En el elemento de riesgo hace especial hincapié la Sentencia de 2º de julio de 1986 (ver STS de 7 de marzo de 1986).

Pues bien: la «perversidad» del delincuente (que, en sí misma, no es objeto de reproche jurídico), ni el temor de las víctimas (que constituye, justamente, la intimidación) representan un fundamento adecuado. Por ello la doctrina entiende que la agravación examinada se basa exclusivamente en el *riesgo* inherente al uso de las armas.

B) Naturaleza

Tampoco en cuanto a la naturaleza del precepto se hallan enteramente acordes doctrina y jurisprudencia.

Para el Tribunal Supremo constituye «un delito o subtipo de rango autónomo» (STS de 12 de mayo de 1986 y 2 de julio de 1986, entre muchas otras). La doctrina, en cambio, suele configurarlo como circunstancia específica de agravación.

En este punto asiste, probablemente, la razón al Tribunal Supremo (salvo en la incorrecta terminología) a tenor del *fundamento* de la agravación: la concreción en ella de un riesgo para la vida, la integridad física o la salud obliga a pensar en una incidencia sobre el *contenido de injusto* del comportamiento, incompatible con un concepto material de circunstancia.

De todos modos, la cuestión tiene escasa relevancia práctica, excepto que se postule la *compensación* de circunstancias específicas y generales, cosa que, tras la reforma de 1983, no resulta fácil, desde el momento en que, por disposición legislativa expresa, producen efectos distintos, situación que se mantiene también ahora.

La inaplicabilidad del artículo 65 en cuanto a la *comunicabilidad* a los partícipes, consecuencia obligada de la configuración como *subtipo agravado* del robo —y que, por cierto, el Tribunal Supremo no extrae—

no tiene consecuencias pues, a partir de los requerimientos generales del principio de culpabilidad, se obtienen los mismos resultados.

1.4.2. Concepto de armas y otros medios peligrosos

En una multitud de resoluciones, el Tribunal Supremo ha definido, en términos amplísimos, lo que ha de entenderse por armas u otros medios peligrosos. Sirva de ejemplo la STS de 2 de julio de 1986, que se expresa así:

«merecen el concepto de 'armas' no sólo las de fuego, esto es, las capaces de propulsar proyectiles mediante la detonación de la pólvora, sino también aquellas que los propulsen de otro modo —hondas, arcos, balistas o rifles de aire comprimido—, 'las blancas' —cuchillos, navajas, cortaplumas, puñales, estroques, hachas, diversos instrumentos de labranza— e incluso las que, destinadas a usos lícitos, en determinado momento se usan como instrumentos vulnerables, tales como las hoces, guadañas, martillos, barras de hierro o destornilladores, sin olvidar los palos, estacas o garrotes».

La STS de 14 de febrero de 1989 niega el carácter de arma a una llave inglesa, pero sólo por sus reducidas dimensiones y porque fue usada para sustraer la cosa.

Esta doctrina jurisprudencial que llega a considerar «medio peligroso» a una pistola detonadora, por su simple capacidad contundente, parece desde luego, excesiva. *La peligrosidad requerida por el precepto ha de concretarse en un instrumento que aumente notoriamente la capacidad agresiva del autor, más allá de lo que la víctima puede compensar sin dificultad recurriendo a cualquier otro objeto.* Y resulta inaceptable afirmar, sin ulteriores matices, que concurre en una pistola detonadora o en los palos, estacas o garrotes.

Claro que tales afirmaciones nada tienen de particular si se parte, como hace explícitamente la resolución transcrita, de la idea de que la jurisprudencia, junto a la función que llama «definidora» (de «decir la ley») tiene otra «integradora» (de completarla). Esa «segunda función» le está expresamente vedada en el ámbito punitivo por la vigencia del principio de legalidad.

1.4.3. Sentido y relevancia típica del uso

A) Sentido de la expresión «hacer uso»

La problemática que suscita la expresión «hacer uso», ha sido resuelta en multitud de sentencias concordantes del Tribunal Supremo. Sirva de ejemplo la de 15 de abril de 1986:

«...lo que significa no es sólo su utilización directa conforme a su destino y según su clase y calidad —disparando, pinchando, cortando o golpeando—, sino también su exhibición con fines conminatorios o amenazantes, pues una de las características innatas de las armas es el miedo o temor que infunden a quienes se coaccionan o amedrentan con ellas, y no cabe duda de que si se utilizan con tal finalidad se usan para la consecución de un propósito que de otra manera sería imposible de lograr...».

El problema que plantea tal doctrina, y que por cierto se halla apuntado en la Sentencia transcrita, es que, en la mayoría de las ocasiones, sin el instrumento peligroso no se habría producido la intimidación, por lo que castigarla primero como tal, y agravarla después por la utilización de los medios sin los que no se habría producido, parece no sólo artificioso, sino contrario a las exigencias del principio «ne bis in idem».

La solución podría hallarse mediante una interpretación teleológica del precepto, entendiendo que el uso de armas u otros medios peligrosos, determinante de la agravación, es solamente aquel que no resulte, en definitiva, y en virtud de su relación necesaria con la intimidación producida, elemento integrante del tipo básico.

En cualquier caso, aceptada como «uso», en el sentido típico del segundo párrafo del precepto, la mera exhibición, con fines intimidatorios de las armas o medios peligrosos, es decir, el «porte» de los mismos, deberá excluir la aplicación del tipo agravado.

B) Relevancia típica del uso realizado

Se configura como causa de agravación el uso realizado «al cometer el delito», «para proteger la huida» y «cuando el reo atacara a los que acudieren en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren».

De la literalidad del precepto pudiera desprenderse que es posible un uso agravatorio después de la terminación del delito, esto es, una vez se ha cometido o consumado.

Sin embargo, tal interpretación resulta inaceptable. Los hechos posteriores a la terminación del delito, esto es, a la perfección del acto de apoderamiento, no pueden ya agravarlo. Por ello la doctrina entiende que la conducta constitutiva de la agravación ha de realizarse antes de la consumación del apoderamiento y dirigirse, precisamente, a lograrla.

El uso de armas u otros medios peligrosos que no guarde esa *conexión típica* con el apoderamiento no puede, por consiguiente, erigirse en causa de agravación.

1.4.4. *Uso y tenencia ilícita de armas*

Es doctrina constante del Tribunal Supremo que el uso de armas no consume la eventual tenencia ilícita de las mismas (así STS de 6 de mayo de 1986).

Pero, el razonamiento a partir del cual obtiene el Tribunal Supremo la precitada conclusión no es del todo convincente.

En efecto, ese razonamiento discurre en términos puramente naturalísticos: el robo, incluso el realizado con armas, puede cometerse sin llevar a cabo el delito de tenencia ilícita. Luego dicha infracción no resulta consumida por él.

Sin embargo, la solución del problema no puede llegar por esa vía. Para encontrarla es preciso argumentar en términos de injusto. Y lo que hay que preguntarse es si el contenido de injusto de la tenencia ilícita de armas queda o no embebido en el del robo con uso de armas.

En principio, la respuesta habrá de ser negativa. El *peligro abstracto* representado por la tenencia no se concreta, exclusivamente, en un hecho lesivo determinado. En consecuencia, si un tal hecho —en este caso, el robo— se produce (dada la identidad meramente parcial de los hechos respectivos). Pero, puede suceder en determinados casos que la tenencia se halle, objetiva y subjetivamente, tan ligada al robo que no pueda ser vista sino como parte de él. En tales supuestos, tal vez menos excepcionales de lo que pudiera pensarse, la tenencia ilícita de armas no es más que un *acto copanado*, sancionado ya con el castigo del robo cometido con ellas: se produce, así, un *concurso de leyes*.

1.4.5. *Ámbito objetivo de la agravación*

En relación a la regulación anterior se discutía si esta agravación operaba sólo respecto al último número del antiguo artículo 501 (postura de la doctrina mayoritaria), o si por el contrario también se extendía a los demás supuestos, esto es, incluso cuando se materializaba el uso del arma en una muerte o en una lesión consumada (tesis de la jurisprudencia. STS de 7 de febrero de 1986).

Como a primera vista se observa, el alto Tribunal ha pretendido evitar la objeción de que el peligro pudiera agravar el daño invocando el fundamento subjetivo que —según se vio— viene también atribuyendo al precepto. El sesgo argumental, de todos modos, no conviene. Se expusieron ya los reparos a los que, genéricamente, cabía oponer a la fundamentación subjetiva de la causa de agravación, a los que, en el supuesto concreto, cabría añadir otros, pues la «maldad y depravación» del autor se materializaron por entero en la muerte voluntariamente causada, sin que el hecho de que, para produciría, hubiera utilizado un arma, diga nada más respecto de su «perversidad», ni de su «peligrosidad», ni, menos aún, de su «disposición homicida».

En la doctrina se ha entendido que la agravación por uso u otros medios peligrosos es aplicable, exclusivamente, a los que no comporten *lesión de la vida, integridad o salud de las personas*.

Tal conclusión descansa en un doble razonamiento: si el fundamento de la agravación —se dice de una parte— descansa en el *peligro* para la vida o integridad física, mal puede seguir surtiendo efectos cuando el tipo realizado contempla ya la materialización de tal peligro en una *lesión*; de otra parte, se añade que, de lo contrario, el tipo no agravado, v.g., de robo con homicidio, apenas podría proyectarse sobre hipótesis en que la muerte no fuera causada con la mano.

Aunque, desde una perspectiva material, el planteamiento de la doctrina resulta más satisfactorio, subsiste el problema de la literalidad de precepto, que hace referencia a los números anteriores sin exclusión y que, por lo tanto, no se compagina bien con la interpretación doctrinal, tal cual viene siendo formulada. Parece, en consecuencia, obligado un replanteamiento del problema.

Para llevarlo a cabo, es preciso analizar la relación entre el *peligro*, representado por el uso de armas u otros medios peligrosos, y el daño ocasionado, v.g., por la muerte de una persona como consecuencia de tal uso. Habrá, ciertamente, hipótesis en las que el peligro quede enteramente consumido por la lesión producida, pero, no siempre ha de ocurrir, necesariamente, así: la lesión puede ser, tanto la total materialización del peligro, cuanto una simple concreción eventual de un riesgo de proyección mucho más amplia. En el primer caso, es claro que no cabe agravar el delito de lesión ejecutado en base a un peligro consumido por él; más, en el segundo, nada se opone a que la agravación opere, y, si ello es así, ni la doctrina, al *excluir siempre* la operatividad del tipo agravado respecto de los delitos que comporten lesión de la vida o integridad física,

ni el Tribunal Supremo, al *aplicarla*, por el contrario, *en todo caso*, mantienen una postura acertada. Sencillo y, hábilmente, habrá hipótesis en que, en virtud de la regla de consunción (que, no se olvide, es una concreción del principio «ne bis in idem», con rango *constitucional*), quedará *excluida* la aplicación del precepto comentado a los delitos que conlleven la lesión atendida y otras en las que, por el contrario, resultará procedente.

1.5. Tipo privilegiado (art. 242, 3º)

El número tercero del artículo 242 contiene un tipo privilegiado, en cuanto otorga una facultad discrecional a los jueces y tribunales para imponer la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo. Es decir, permite castigar un *robo con violencia o intimidación* con la pena de uno a dos años de prisión.

La finalidad perseguida por este precepto es doble: de una parte trata de la excesiva dureza con que el legislador sanciona esta clase de infracciones. Y de otra, no menos importante, evita la desproporcionalidad de la pena en supuestos de escasa entidad.

Y precisamente los criterios que el legislador fija para poder apreciar esta figura privilegiada, descansan en «la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho». Es decir, permite la aplicación de este precepto en atención, fundamentalmente, a una disminución del contenido de injusto del delito. Y como quiera que nos encontramos ante una infracción *pluriofensiva*, que protege tanto la vida, integridad, salud y libertad, como el patrimonio, el menor contenido de injusto deberá proyectarse, o al menos valorarse, en ambos bienes jurídicos. De ahí que se haga referencia a la «menor entidad de la violencia o intimidación», pero también a las «restantes circunstancias del hecho», entre las cuales deberá tomarse en consideración la cuantía de lo sustraído, así como el perjuicio patrimonial ocasionado al sujeto pasivo. Y a este respecto obsérvese que la ley sólo se refiere a las «circunstancias del hecho» y no a las del autor. A este respecto, si puede resultar muy significativa la ausencia de las causas descritas en el artículo 235 del Código Penal.

2. De la extorsión (art. 243)

La nueva regulación del delito de extorsión supera el confuso artículo 503 del texto antiguo. De suerte que, como a continuación comprobaremos, soslaya muchos de los conflictos que aquélla comportaba.

Para comenzar, ya no la recoge entre los delitos de robo, sino que la sitúa dentro de un Capítulo autónomo. Y hace bien, porque la identificación entre robo y extorsión lo era más bien sólo a efectos psicológicos, pues entre una y otra figura existían y existen importantes diferencias. Por tal motivo no puede decirse sin más que le es de aplicación la doctrina relativa al robo.

Y esta afirmación ha de mantenerse pese a la modificación sufrida por el delito de extorsión en el nuevo Código Penal. Así, ahora, se evitan viejas polémicas, como por ejemplo la relativa a si se trataba de un delito de peligro o de lesión, o si absorbía o no las posibles defraudaciones (V. gr. estafas) cometidas con posterioridad a la extorsión (ver. STS de 16 de octubre de 1986). Pues bien, ahora la duda se disipa al requerir el artículo 243 que se realice «en perjuicio de su patrimonio o de un tercero». Además se exige expresamente «el ánimo de lucro» y la conducta típica sigue consistiendo en *obligar* a otro «con violencia o intimidación». Estos elementos ya han sido estudiados, aunque debe reiterarse que se precisa «violencia física» sobre las personas. Pero a diferencia del robo, la extorsión requiere una determinada conducta de la víctima. Y la descripción típica de esta conducta también ha sido modificada en la nueva redacción, habiéndose ahora de obligar a «realizar u omitir un acto o negocio jurídico». Se perfecciona de este modo la rigida formulación anterior, utilizándose ahora una cláusula abierta omnicomprendensiva de cualquier comportamiento activo u omisivo con trascendencia en el tráfico jurídico-económico.

Pues bien, a esta conducta de la víctima, la doctrina equívocadamente la denomina «acto de disposición», y no es correcto denominarla así, porque puede no serlo (por ejemplo, la entrega de una escritura normalmente no lo será), y en cambio, no requiere la traslación material de una cosa (piénsese en la que consiste en obligar a suscribir un documento).

Sólo si el documento suscrito u otorgado incorporase un derecho del modo indisoluble a que se hizo referencia en el Capítulo anterior podría verse en la extorsión un delito de *daño*. En tal caso, la entrega de un documento de tales características, cuyo valor se transmitiese con el