

El robo. La tradicional rúbrica utilizada en todos los códigos anteriores de «delitos contra la propiedad», que era criticada doctrinalmente pues no en todos los tipos se atacaba a la misma, tal y como se define en el art. 348 CC, ya que en ocasiones era la posesión, la mera tenencia o los derechos reales, se sustituye, en virtud de la LO 10/1995, por la actual «delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico» que comprende 14 Capítulos. Junto a los tradicionales delitos contra la propiedad se añaden ahora otros contra el orden socioeconómico, algunos de los cuales son de nueva planta en el CP de 1995 como los delitos contra los consumidores o los delitos societarios. Se incardina en el Título XIII «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en el Capítulo II «De los robos» (arts. 237 a 242 CP).

Ante la dificultad de establecer un bien jurídico común para tan extenso catálogo de delitos resulta preciso acudir al concepto de patrimonio y al orden socioeconómico, lo que de por sí complica la cuestión. Por patrimonio tradicionalmente se han ofrecido tres acepciones diferentes, la jurídica (conjunto de derechos patrimoniales de una persona), la económica (atendiendo al poder fáctico y valor económico de las cosas, bienes o derechos) y la mixta (que se limita a los bienes y derechos patrimoniales económicamente valiables y poseídos por el sujeto en virtud de relación reconocida por el ordenamiento jurídico). El orden socioeconómico se refiere a delitos de contenido económico que trascienden de los intereses puramente individuales, y se refiere a intereses colectivos o sociales.

El CP de 1995 ha incidido notablemente en la regulación del robo, no ya solo en cuanto a su cambio sistemático respecto del hurto, sino sobre todo en la simplificación de su regulación, al haber desaparecido las figuras complejas de robo que se prevenían en la legislación anterior (robo con homicidio, robo con violación, robo con lesiones o con rehenes, o la figura de la consumación anticipada del antiguo art. 512 si se causaren lesiones), lo que lleva a la consideración del consiguiente concurso de normas en caso de concurrencia de estas conductas. Por otro lado se ha ampliado el concepto legal de fuerza en las cosas como veremos.

ATENCIÓN. Concepto. Se define el robo en el art. 237 CP estableciéndose que: «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».

Los elementos que lo diferencian del hurto son la existencia de fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas, y la irrelevancia del valor de los objetos a los efectos de la calificación de los hechos, el resto de elementos son comunes al hurto:

- El apoderamiento que sustituye al verbo tomar en el hurto.
- Sobre cosas muebles.
- Ajeneidad.
- La ausencia de consentimiento del dueño.
- El ánimo de lucro.

La consumación en los delitos de robo y hurto no viene condicionada por el agotamiento del fin lucrativo perseguido por el autor, tampoco se exige que el sujeto activo haya dispuesto del dinero o bienes sustraídos. En los delitos patrimoniales de apoderamiento la consumación delictiva viene vinculada a la disponibilidad de los efectos sustraídos, y más que la real y efectiva, que supondría la entrada en la fase de agotamiento, debe tenerse en cuenta la ideal o potencial capacidad de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída. Así se han pronunciado reiteradas SSTs como son exponentes las de 21 y 27 de mayo de 1999 en las que se expresa que «en el delito de robo, cuando de deslindar la figura plena o consumada y la semiplena o intentada se trata, se ha optado por la racional postura de la *illatio*, que centra la línea delimitadora o fronteriza no en la mera *aprehensio* de la cosa —*contrectatio*—, ni en el hecho de la separación de la posesión material del ofendido —*ablatio*—, sino en el de la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo, siquiera sea potencialmente, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material».

A diferencia del hurto el robo es siempre delito con independencia del valor del objeto sustraído.

## 2. Robo con fuerza en las cosas

## 2.1. Concepto y medios típicos

El art. 238 CP establece el concepto legal de fuerza en las cosas en 5 supuestos que tienen un carácter exhaustivo o de numerus clausus. Solamente se podrá considerar fuerza en las cosas en tales supuestos, lo que significa que no integra este concepto cualquier uso de fuerza distinto, que entrarían dentro del delito hurto al no emplearse la fuerza típica. Señala el precepto que:

«Son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Escalamiento.

2.º Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana.

3.º Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo.

4.º Uso de llaves falsas.

5.º Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda».

ATENCIÓN. El concepto de fuerza a que se refiere el CP no se corresponde con el concepto semántico, sino que el texto legal entiende por tal el apoderamiento de las cosas muebles ajenas cuando para dicho apoderamiento se emplea cualquiera de los medios comisivos que el propio CP especifica, existiendo un numerus clausus de robo con fuerza en las cosas de tal manera que el concepto jurídico de fuerza en las cosas está comprendido únicamente en las modalidades específicamente determinadas en el CP.

En la definición del robo del art. 237 se ha precisado que el empleo de la fuerza en las cosas ha de ser «para acceder al lugar donde éstas se encuentra», de manera que la fuerza requerida debe emplearse para acceder al objeto, cerrándose el debate existente sobre el momento de la concurrencia de la fuerza constitutiva del robo, de forma que la exigencia de ese elemento instrumental y teleológico incide en que no se pueda apreciar la figura si la

fuerza se despliega después de sustraído el objeto, delimitándose de forma más clara del hurto, así la jurisprudencia en los casos de sustracción de un ciclomotor o una bicicleta con rompimiento del candado de seguridad puesto en una rueda ya consideraba que la fuerza ejercida sobre el mismo objeto de la sustracción no debería incluirse en ninguno de los supuestos previstos y se sancionaba como hurto. Igual consideración cabría en el hecho de cortar una tubería para llevarse el cobre, o escalar a un tejado para apoderarse de las tejas.

A las modalidades clásicas de fuerza se les unen algunas que no son propiamente fuerza sino habilidad, de manera que el concepto normativo no es homogéneo; se han añadido en el número 3 el descubrimiento de las claves, y una nueva, la del número 5, referida a la inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda. Veámoslas:

1.º Escalamiento. El CP de 1932 definía el escalamiento «cuando se entra por una vía que no sea destinada al efecto». Y es esta la postura mantenida jurisprudencialmente, que entendía que no equivalía a trepar, subir o ascender, sino llegar a la cosa por una vía insólita o desacostumbrada, distinta del acceso natural. Si bien el concepto se ha perfilado, en el sentido de exigir una destreza o esfuerzo de cierta importancia equiparable a la superación violenta de obstáculos normalmente predispuestos para la defensa de la propiedad (STS 1615/2001 de 5 de noviembre). O que la utilización de las vías no destinadas al efecto, el autor debe exteriorizar, en el caso concreto, una energía criminal comparable a la que caracteriza a la fuerza en las cosas.

Así del concepto de fuerza se ha excluido entrar por una ventana abierta sita en planta baja o a nivel de la calle, ya desde el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno del TS de 24 de mayo de 1991 (criterio mantenido en STS 36/2002 de 25 de enero y SAP de Valencia 3 de noviembre de 2004 o SAP de Las Palmas de 16 de julio de 2007).

Por consiguiente, la jurisprudencia abandonó su viejo criterio de considerar escalo toda entrada en un lugar cerrado por vía inusual o no destinada a tal fin por su propietario o usuario, exigiendo ahora que el sujeto despliegue una energía criminal equiparable al vencimiento violento de barreras físicas de protección del patrimonio puestas por el titular del mismo.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

Así en el caso estudiado en la SAP de Alicante (Sección 3.<sup>a</sup>) núm. 508/2008 de 12 septiembre, se afirma que el sujeto empleó energía criminal equiparable al vencimiento de barreras físicas de defensa del patrimonio, pues hubo de acceder a los lugares de custodia de los bienes por sendas ventanas situadas a 1,60 y a 2,50 metros desde el suelo, lo que evidentemente exige el empleo de destreza o de esfuerzo equiparable al necesario para llevar a cabo algunas fracturas. No lo sería saltar un pequeño muro de 1 metro que rodea a una finca (STS núm. 1615/2001 de 5 noviembre).

La SAP de Granada (Sección 1.<sup>a</sup>) núm. 448/2008 de 14 julio, se refiere a la STS de 6 de noviembre de 2003, que sostiene que «no hay una definición legal del escalamiento, a efectos del delito de robo, que tampoco pueda identificarse estrictamente con la acción de entrar mediante escala. Escalar es también entrar por una ventana, cualquiera que sea su altura o distancia del suelo. Escalar debe ser cualquier acto de subir, bajar, trepar o ascender en cuanto supone acceder a un lugar por un lugar no habitual o natural». La Jurisprudencia ha venido considerando escalamiento el hecho de saltar un muro de aproximadamente unos 1,50 metros (STS de 11 octubre de 2002), trepar por encima de una valla de hormigón coronada por una valla metálica que ascendía hasta el cuello del perjudicado (STS de 30 de abril de 2000), entrar en una vivienda primero tras salvar una pared de 2 m de altura accediendo a un patio y de allí al interior de aquella por una ventana de 1,5 m del suelo (STS de 16 mayo de 2002) o trepar por valla de unos 2 metros de altura para acceder a la vivienda (STS de 14 septiembre de 2000).

La SAP de Barcelona (Sección 6.<sup>a</sup>) núm. 265/2008 de 31 marzo, señala que «el subir a un tejado es, desde la perspectiva metajurídica e incluso jurídica, un acto que integraría el escalamiento, a salvo que la configuración del edificio esté preparada para su acceso. La doctrina jurisprudencial clásica ya ha establecido que acceder debe comprenderse en su significado gramatical tanto el acceso mediante la entrada física en el lugar como la llegada a su interior, y por lo tanto a las cosas que en él se encuentran. La dicción jurisprudencial ha confirmado la tesis que el robo con fuerza en las cosas, amén de otras cuestiones de tipicidad, supone fuerza ad rem o medio para llegar a las cosas cerradas, no una vis in re sobre el objeto mismo de la sustracción. Es manifiesto que las tejas que conforman el tejado forman parte de la cosa —

edificio— y como tal no son objeto de protección mediante cualquier medio cuyo quebranto típico pueda conformar el delito de robo con fuerza en las cosas. Es por ello que se estima el recurso, si bien no puede haber decisión absolutoria, toda vez que los hechos encajan en la infracción legal de hurto, siquiera sea como falta, ya que el valor total de las tejas asciende a 144,2 euros». Se trata de un escalo para apoderarse de unas tejas.

Respecto del escalamiento de salida, o salir del inmueble por una vía no destinada al efecto, al ser la fuerza exigible para acceder a las cosas, carece de relevancia a los efectos de la consideración de la fuerza, aunque no se haya tenido la disponibilidad del objeto sustraído [SAP de Madrid (Sección 1.ª) núm. 167/2008 de 10 abril].

Tampoco se aprecia escalamiento en el llamado hurto a distancia en el que se coge un palo con gancho o similar para apoderarse las cosas.

ATENCIÓN. El conocido escalamiento de salida o huida no constituye fuerza en las cosas a efectos del art. 238.1 del CP, según la doctrina jurisprudencial que considera que solo el escalamiento de entrada lo constituye, suponiendo la utilización de un lugar no destinado para la entrada y además el empleo de un esfuerzo o destreza de cierta importancia, el despliegue de una energía criminal de cierta entidad, para el acceso al lugar desde se hallan los objetos que se pretenden sustraer.

2.º Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana. Son los supuestos llamados de «fractura exterior» caracterizados por la fractura o el rompimiento, que referidos a inmuebles son el llamado «butrón», y que en definitiva se caracteriza por el uso de la fuerza en sentido vulgar para acceder a un lugar o mueble cerrado. La fractura equivale al rompimiento, si bien la jurisprudencia en un inicio extendía el concepto, entendiéndose que existe fractura cuando se desmontan o se hacen ceder los cristales, aun sin llegar a romperlos, últimamente aprecia un criterio más restrictivo, así la STS de 22 de junio de 2000 señala que no hay fractura en el arqueo de cristales de una vitrina sin romperlos. Para la jurisprudencia del TS, existe fractura en todo esfuerzo material y físico empleado sobre los elementos o mecanismos de seguridad o cerramiento colocados por el dueño.

3.º Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo. Suelen denominarse estos supuestos de «fractura interna». El apoderamiento de las claves requiere el apoderamiento previo del objeto cerrado para la consumación del delito.

4.º Uso de llaves falsas. El art. 239 CP establece el concepto de llaves falsas, concepto normativo que difiere del gramatical, donde lo relevante es la ilegitimidad del instrumento de acceso:

«Se considerarán llaves falsas:

1. Las ganzúas u otros instrumentos análogos.
2. Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal.
3. Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo.

A los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, los mandos o instrumentos de apertura a distancia y cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar».

Quedan incluidos todos los supuestos de posesión de la llave cuando es obtenida por robo, hurto, apropiación indebida o acción engañosa, en conclusión por un medio que constituya infracción penal.

La legitimidad del uso de la llave (por ejemplo, una empleada de hogar) para acceder al lugar cerrado podría dar lugar a un hurto agravado por el abuso de confianza, no al robo, y en el mismo sentido, doctrinalmente, se afirma del supuesto en que las llaves quedan puestas en la cerradura por el propietario.

Respecto de las tarjetas, la Consulta 2/1988 de la FGE entendió, que la obtención de dinero en cajeros automáticos, usando tarjetas de crédito sustraídas o perdidas por su titular, debía calificarse como robo conforme al

anterior 504.4 CP al tratarse instrumento funcionalmente semejante a la llave, interpretación que fue confirmada en STS 675/2007 de 17 de julio, o en la SAP de Madrid (Sección 3.ª) núm. 419/2008 de 18 septiembre, si bien las SSTS 369/2007 de 9 de mayo y la STS 663/2009 de 30 de mayo de 2009, califican el supuesto de estafa. Y en esta línea, el legislador, en virtud de la reforma operada por LO 5/10 de 22 de junio, establece en el art. 248.2 apartado c) la consideración de estafa. Dice el precepto:

«2. También se consideran reos de estafa:

- a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.
- b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeren o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.
- c) Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero».

Señala la STS 369/2007 antes referida: «La extracción de dinero de cajeros automáticos mediante la utilización de tarjetas ajenas obtenidas mediante sustracción y uso indebido del PIN suscita desde siempre problemas de tipificación. Ya con anterioridad a la vigencia del actual Código se cuestionó la tipificación de estas conductas como hurto, robo o estafa, y la consulta 2/1988 de la FGE sostuvo, al desestimar la calificación como estafa ante la dificultad de apreciar los elementos engaño y error (solo posibles de persona a persona), la procedencia de la calificación como robo con fuerza en las cosas, por entender comprendida en el concepto legal de llave falsa la tarjeta, afirmando que así como la llave por la sola introducción en la cerradura no produce la apertura del objeto cerrado, sino que precisa después de ciertas maniobras, el hecho de que a la introducción de la tarjeta deba seguir la pulsación del número secreto no priva a aquella de su carácter de llave.

No obstante, ya un sector doctrinal, ante esta tesis de que el engaño causa del error debe proyectarse sobre una persona lo que no era posible en los supuestos considerados, argumentó que aunque los datos se proporcionan a la máquina, ésta opera como está programada y por ello, usando los datos adecuados, la persona que no está habilitada para hacerlo, engaña a quien programó la máquina. Así se sostenía que cuando una persona, que ha sustraído una tarjeta y tiene conocimiento del número secreto, pone en funcionamiento el cajero, lo que está haciendo es situarse en el lugar del titular de la cuenta, simulando al operar su autorización para extraer fondos, logrando a través de la corrección de la identificación efectuada por el sistema, la disposición de fondos lo que indudablemente sería una maniobra fraudulenta y realmente no puede hablarse de máquina engañada sino de un Banco (como persona jurídica) engañado. Se decía que lo cierto es que se ha transmitido por un no titular una orden de pago, asumiendo una personalidad que no es propia, primero al cajero automático y después al ordenador, consiguiendo una indebida disposición patrimonial por error, lo que en la práctica produce el mismo resultado que si el engaño se hubiera proyectado sobre personas y no sobre máquinas. La actividad desarrollada servía como instrumento para engañar mediatamente a la entidad financiera y perjudicar a ésta o al titular de la cuenta, según los casos. Además se añadía que si con los mismos elementos como son la presentación de la tarjeta y el número secreto, se pudiera obtener metálico de un empleado de la entidad bancaria, no cabe duda que se consideraría tal presentación como engaño bastante determinante de la entrega del dinero, por lo que la solución en estos casos debería ser la misma. A ello se une la circunstancia de que no era posible asimilar el cajero automático a una caja fuerte en la que la tarjeta y la clave o número secreto fueran la llave de acceso directo al dinero, sino que a lo que en realidad se accede con los mismos es al proceso informático concluyendo que en estos casos, es la propia entidad bancaria y no la máquina quien entrega el dinero, con un consentimiento viciado por la creencia errónea de estar operando con el titular de la tarjeta.

Sin embargo, y pese a ser estos argumentos convincentes la aplicación de la estafa clásica era entonces problemática, dado que no era el cajero automático sobre el que se manipula, sino el ordenador central, el que da las instrucciones de pago y entrega y tanto el error como el engaño previo parecen previstos

para actuar directa e inmediatamente, y de modo especial sobre personas, no sobre ordenadores, por lo que técnicamente en estos casos no hay engaño, pues este elemento esencial de la estafa en el texto del art. 528 CP/1973, suponía una relación de persona a persona. Por ello se consolidó en la jurisprudencia el considerar estos hechos como robo con fuerza en las cosas, equiparando la tarjeta a la llave, dando a ésta un concepto funcional y no meramente semántico o literal.

Con la promulgación del CP/1995, parte de la doctrina señaló que teniendo en cuenta los arts. 238 y 239 que consideran la tarjeta magnética como llave y además reputan como fuerza en las cosas el descubrimiento de las claves de los objetos muebles cerrados para sustraer su contenido, estos supuestos de uso de tarjetas encajaban con mayor claridad en el robo con fuerza en las cosas. Tesis que fue respaldada en STS 666/1999 de 29.4 y en la STS 427/1999 de 16.3, y en el mismo sentido,

SSTS 257/2000 de 18.2, 2016/2000 de 26.12, 1313/2001 de 25.6.

No obstante la calificación de robo con fuerza en las cosas fue objeto de crítica por parte de la doctrina con apoyo en algunas resoluciones de esta propia Sala Segunda. Así se precisaba que, aunque dentro del concepto de llave estén legalmente incluidas las tarjetas o instrumentos electrónicos que sirven para abrir cierres, tales como puertas o cajas, debe negarse la consideración como llaves de las tarjetas cuando se precisa la introducción de una clave digital, basándose en que lo que entonces realiza la función de apertura del cajero y el inicio de los procedimientos que permiten el acceso al dinero no es la tarjeta en sí, sino los elementos contenidos en la banda magnética, de naturaleza incorpóral y ajenos por tanto al sentido "corporal" de las llaves en nuestro derecho. Se recuerda que para hablar de robo en el ámbito normativo de referencia resulta condición típica imprescindible que el apoderamiento se haya producido mediante la entrada en el interior de algún "lugar". De un lugar en el que, por ejemplo, tratándose de dinero, se hallase éste o bien cualquier objeto que lo contenga. Pero siendo claro, en todo caso, que no habría robo con fuerza en las cosas cuando en la conducta incriminable no quepa identificar un segmento de acción que implique alguna forma de acceso de fuera a dentro. Y en estos casos lo que realmente se produce es la expulsión de cierta cantidad

de dinero por ese aparato, al ser utilizado de forma técnicamente correcta, aunque jurídicamente ilegítima. Utilizado, por tanto, de una manera que no satisface las exigencias del tipo de robo con fuerza en las cosas tal como aparece descrito en el art. 237 CP. En efecto no basta con que la tarjeta sea llave, es necesario que ésta haya sido empleada para acceder al lugar en el que las cosas se guardan. La fuerza en las cosas típica del robo es aquella precisa para "acceder al lugar donde éstas se encuentren", tal y como lo define legalmente el art. 237 CP. Y el dinero en los cajeros se halla en un cajetín en el interior del mismo al que en ningún momento se accede.

Al operar con la tarjeta en un cajero, lo esencial es que se introducen datos en el ordenador y que el sistema efectúa una disposición patrimonial no consentida con el titular que se llega a registrar contablemente. Es accesorio que se acceda con la tarjeta (lo que no siempre es así) al recinto donde se halla el cajero y no cabe afirmar que se acceda al lugar donde el dinero se guarda. Los arts. 238 y 239 no son aplicables a estos supuestos. El empleo de la tarjeta como llave permite calificar de robo cuando con la misma se accede al lugar donde están las cosas (v. gr., la tarjeta es la llave de la habitación del hotel a la que se consigue entrar para robar algún objeto).

Igualmente el descubrimiento de las llaves a que se refiere el art. 238.3 ha de ser para acceder al interior de los objetos muebles cerrados (v. gr., se descubre la clave y se accede al interior de la caja fuerte). En nuestro supuesto no se accede al interior del cajero, es decir, al depósito donde se conserva el total del dinero de la máquina, sino que el aparato entrega por sí una cantidad seleccionada de tal depósito de dinero y como acto de disposición deja incluso constancia contable de la operación.

Por tanto, lo esencial es que se produce una operación informática —introducir la tarjeta, teclear el número clave y seleccionar importe— que lleva al aparato a efectuar una "transferencia no consentida de un activo patrimonial". Pero la disposición de la máquina es voluntaria y por ello no es posible afirmar que existe el "apoderamiento" propio del robo que exige que se produzca contra la voluntad —o al menos sin la voluntad— del dueño. Apoderarse implica la ausencia de voluntad del tradens, y en la estafa el tradens (persona o cajero)

entrega el dinero, ya sea por engaño en la estafa común o por la manipulación del sistema en la estafa informática».

Se planteaba si este supuesto puede ser reconducible al tipo del art. 248.2 del nuestro CP creado como consecuencia de la falta de tipicidad de los engaños a las máquinas y que requiere valerse «de alguna manipulación informática o artificio semejante» para conseguir una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero, y que algunos autores rechazan argumentando que no es posible hablar en estos casos de manipulación, sin hacer perder a esta expresión su verdadero sentido, cuando la máquina es utilizada correctamente solo que por una persona no autorizada a intervenir en ella con la tarjeta de otro y ello porque manipular el sistema informático se considera por este sector doctrina es algo más que actuar en él, equivale a la introducción de datos falsos o alteración de programas perturbando el funcionamiento debido del procesamiento, sin que resulte equivalente la acción de quien proporciona al ordenador datos correctos que son tratados adecuadamente por el programa, es decir, cuando el funcionamiento del software no sufre alteración, sino sólo la persona que no debe autorizarlo, no sería posible hablar de manipulación informática en el sentido del art. 248.2 CP. Así en la sentencia 2175/2001 de 20.11, en su caso la que el sustractor de la tarjeta en connivencia con el empleado de un establecimiento comercial introduce ésta en el lector para obtener una mercancía con cargo a dicha tarjeta. Doctrina esta reiterada en la STS 692/2006 de 26 de junio, que contempló un supuesto parecido castigando como estafa informática la utilización de tarjetas desde una terminal de punto de venta (TPV) para el uso de tarjetas de pago.

Igualmente la sentencia 1476/2004 de 21.12, que enjuiciaba unos hechos consistentes en que dos acusados desde la tienda de la madre de uno de ellos manipularon el TPV que se encontraba en el interior del referido comercio, terminal propiedad del BBVA, vinculado a la cuenta corriente de la que era titular la citada madre y utilizando la tarjeta Visa Electrón, titularidad de la acusada efectuaron 12 operaciones de compras y otras tantas de «abono por devolución de compra», por un importe que lograron así se ingresara en la cuenta de la acusada Posteriormente con la tarjeta extrajeron dinero de un cajero y obtuvieron servicios en establecimientos, declaró que «al texto del art.

248.2 CP considera aplicable la pena de la estafa cuando el autor se ha valido de «alguna manipulación informática» o de algún «artificio semejante». Dicha sentencia calificó por tanto los hechos como estafa informática del art. 248.2 CP añadiendo que dicho tipo penal «tiene la función de cubrir un ámbito al que no alcanzaba la definición de la estafa introducida en la reforma de 1983. La nueva figura tiene la finalidad de proteger el patrimonio contra acciones que no responden al esquema típico del art. 248.1 CP pues no se dirigen contra un sujeto que pueda ser inducido a error. En efecto, los aparatos electrónicos no tienen errores como los exigidos por el tipo tradicional de la estafa, es decir, en el sentido de una representación falsa de la realidad. El aparato se comporta según el programa que lo gobierna y, en principio, «sin error». En definitiva, identificarse ante el sistema informático mendazmente, introducir datos en el sistema que no se corresponden con la realidad, ha de ser considerado bajo la conducta de manipulación informática o que se refiere el tipo de la estafa del art. 248.2 CP.

La STS 663/2009 de 30 de mayo de 2009, se refiere a supuestos de alteración de la banda magnética, con objeto de sacar dinero en cajeros automáticos, operación que se conoce policialmente con el nombre de skimming, reiterando lo dicho en la STS 369/2007. Se intervienen 57 tarjetas, de las denominadas «blancas», esto es, de plástico, sin mención alguna ni troquelado, es decir, que no simulan el nombre de la entidad a la que pertenecen, ni contienen dato alguno externo escrito de su titular, sino que cuentan con una banda magnética que ha sido manipulada, y que reflejan exteriormente un número, anotado generalmente de forma manuscrita, que es el número de clave de acceso al cajero, o sea, lo que se conoce como número PIN, colocado para facilitar la extracción de dinero en los cajeros automáticos.

«El delito denominado de manipulación informática —señala la referida STS 663/2009—, ha sido de reciente creación, consecuencia de la falta de tipicidad de los engaños a las máquinas. En efecto, se ha declarado por la jurisprudencia que sólo puede ser engañada una persona que, a su vez, pueda incurrir en error. Por lo tanto, ni las máquinas pueden ser engañadas —es obvio que no es "otro", como reclama el texto legal—, ni el cajero automático ha incurrido en error, puesto que ha funcionado tal como estaba programado que lo hiciera, es decir, entregando el dinero al que introdujera la tarjeta y

marcara el número clave. De esa forma, el tipo requiere valerse "de alguna manipulación informática o artificio semejante" para conseguir una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero. Esta manipulación ha propiciado que el hecho consistente en sacar dinero de un cajero automático, mediante la obtención subrepticia de la clave de acceso, haya dificultado su calificación jurídica, de modo que en ocasiones se ha calificado de robo con uso de llaves falsas (art. 238. 4.º, en relación con el 239, tercero, pues se consideran llaves falsas: "cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo. A los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia"), y otras veces, en este tipo de manipulación informática. Ahora bien, con independencia de que esa alteración de la persona supone un uso indebido de cajeros automáticos que podría ser subsumida en la alternativa típica del "artificio semejante" del art. 248.2 del CP, en estos casos de conducta voluntaria —pues como hemos dicho, el Banco entrega voluntariamente a quien use regularmente la tarjeta—, pero no consentida, en el sentido de que el Banco no consiente que un sujeto obtenga el dinero sin autorización, lo cierto es que tanto en algunos pronunciamientos jurisprudenciales como en parte de la doctrina se va asentando la posibilidad de aplicar el tipo penal del art. 248.2 CP. Aún así, es evidente que por falta de perjuicio patrimonial (ni correlativo ánimo de lucro), no sería típico el hecho de entregar voluntariamente la tarjeta a otro (un tercero), con facilitación de su PIN, con objeto de que le sacara dinero del cajero automático.

Como en la estafa común, debe existir ánimo de lucro; pero también debe concurrir una manipulación informática o artificio semejante, que es la modalidad comisiva mediante la que torticeramente se hace que la máquina actúe; y, finalmente, también se requiere un acto de disposición económica en perjuicio de tercero, que se concreta en una transferencia no consentida. Subsiste la defraudación y el engaño, propio de la relación personal, que aquí es sustituido mediante un medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante, en el que lo relevante es que la máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, o de aquéllos que permite su programación, o bien por la introducción de datos falsos.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

Cuando la conducta que desapodera a otro de forma no consentida de su patrimonio se realiza mediante manipulaciones del sistema informático, bien del equipo, bien del programa, se incurre en la tipicidad del art. 248.2 del CP. También cuando se emplea un artificio semejante, pues una de las acepciones del término artificio hace que éste signifique artimaña, doblez, enredo o truco. La calificación como delito de robo, que en un tiempo tuvo mucho predicamento, va perdiendo fuerza interpretativa. Y en estos casos de cajeros automáticos, lo que realmente se produce es la expulsión de cierta cantidad de dinero por ese aparato, al ser utilizado de forma técnicamente correcta, aunque jurídicamente ilegítima. En suma: utilizado, por tanto, de una manera que no satisface las exigencias del tipo de robo con fuerza en las cosas tal como aparece descrito en el art. 237 CP. En efecto, no basta con que la tarjeta sea llave, es necesario que ésta haya sido empleada para acceder al lugar en el que las cosas se guardan. La fuerza en las cosas, típica del robo, es aquella precisa para "acceder al lugar donde éstas se encuentren", tal y como lo define legalmente el art. 237 CP. Y el dinero en los cajeros se halla en un cajetín en el interior del mismo al que en ningún momento se accede. Al operar con la tarjeta en un cajero, lo esencial es que se introducen datos en el ordenador y que el sistema efectúa una disposición patrimonial no consentida con el titular que se llega a registrar contablemente. Es accesorio que se acceda con la tarjeta (lo que no siempre es así) al recinto donde se halla el cajero y no cabe afirmar que se acceda al lugar donde el dinero se guarda. Los arts. 238 y 239 no son aplicables a estos supuestos. El empleo de la tarjeta como llave permite calificar de robo cuando con la misma se accede al lugar donde están las cosas (v. gr., la tarjeta es la llave de la habitación del hotel a la que se consigue entrar para robar algún objeto). Finalmente, refuerza esta interpretación que no es preciso que el dinero termine expulsado por el mecanismo que subrepticamente se activa, en clave jurídica, no mecánica, sino bastaría una transferencia de fondos de cuenta a cuenta, sin "tocar" el dinero físico transferido. Aquí no existe acceso alguno al lugar en donde se guarda el metálico, pero la transferencia colma, aún más si cabe, las exigencias típicas del mencionado art. 248.2 del CP. Y la operación de obtención de dinerario, es similar que la tradicional extracción mediante cajero automático. Igualmente el descubrimiento de las llaves a que se refiere el art. 238.3 ha de ser para acceder al interior de los objetos muebles cerrados (v. gr., se descubre la clave y se accede al interior de la caja fuerte). Pero en este tipo de estafas

informáticas no se accede al interior del cajero, es decir, al depósito donde se conserva el total del dinero de la máquina, sino que el aparato entrega por sí una cantidad seleccionada de tal depósito de dinero y como acto de disposición deja incluso constancia contable de la operación. Por último no parece tolerable una distinta calificación cuando la tarjeta es utilizada en un establecimiento comercial, que cuando es utilizada en un cajero automático».

ATENCIÓN. Desde que se planteó el problema de la tipificación jurídica de la conducta consistente en extraer dinero de cajero automático utilizando una tarjeta de crédito sustraída a su titular, sirviéndose el autor con tal fin del número PIN o secreto que corresponde a la misma, también obtenido sin el consentimiento de aquél, se ha generado la cuestión de determinar en qué tipo penal debe encajarse esa obtención de dinero de un tercero de forma ilícita, problema que se ha resuelto en virtud de la reforma operada por LO 5/10 de 22 de junio que establece en el art. 248.2 apartado c) la consideración de estafa de conductas de tal naturaleza, diferenciándose del delito de robo, consolidándose la tesis jurisprudencial última de la consideración como estafa.

La LO 5/10 de 22 de junio introduce, además, en el concepto de llave cualquier otro instrumento que sirva de forma similar para abrir, al añadir, «y cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar».

5.º Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda. La Consulta 13/1997 de la FGE, se centraba en determinar si la sustracción de objetos a los que se han incorporado dispositivos tendentes a evitar su extracción subrepticia del establecimiento, mediante la activación de una alarma situada en los controles de salida de aquél, previo desprendimiento o fractura de dichos dispositivos, constituye el supuesto previsto en el art. 238.5 o, por el contrario, debe ser calificado como hurto. Señala que el adecuado juicio de tipicidad no puede obtenerse desde la aislada literalidad del apartado 5 del art. 238. El robo no se cualifica por el hecho de apoderarse de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas —fórmula acuñada por el derogado CP—, sino por su utilización para acceder al lugar donde éstas se encuentran —art. 238.5—. No es posible sostener un concepto de fuerza edificado desde la pretendida autonomía conceptual de este apartado, por el contrario dicho precepto debe ser puesto en relación con la nueva definición introducida en el

art. 237, de manera que la inutilización de los sistemas específicos de alarma o guarda solo adquiere relevancia típica cuando su carácter medial puede ser afirmado como fuerza preordenada a la ejecución de la acción depredatoria y no cuando su empleo surge a posteriori. Por tanto, será constitutiva de hurto, la sustracción de objetos a los que se le han incorporado dispositivos tendentes a evitar su sustracción subrepticia de un establecimiento, mediante la activación de una alarma situada en los controles de salida, previo desprendimiento o fractura de dichos dispositivos. La conducta consistente en la desactivación de la alarma incorporada al objeto no se efectúa para conseguir la sustracción sino para evitar el descubrimiento del hecho. Ello permite, reducir a la calificación de hurto, aquellos frecuentes casos, normalmente desarrollados en grandes almacenes, en los que la toma de contacto con el objeto de la sustracción no sólo no presenta obstáculos sino que, incluso, es alentada por el interesado en comerciar con ellos. Si la inutilización de los dispositivos ideados para impedir el desapoderamiento se produce cuando el propósito de apoderamiento de la cosa ya se ha materializado, esa fuerza posterior carecerá de virtualidad típica para calificar el hecho como integrante de un delito de robo. Por tanto, el art. 237 del CP no es ajeno a una referencia locativa, en virtud de la cual, no toda inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda colma las exigencias típicas del delito de robo con fuerza en las cosas. Sólo aquélla que se oriente a lograr el acceso al lugar en el que los objetos se encuentren permite afirmar el juicio de tipicidad propio del delito de robo. En su ausencia, los hechos habrán de ser calificados como integrantes de un delito de hurto.

Se contemplan, pues, los supuestos en los que un recinto cerrado se encuentra protegido por un sistema de alarma o cierre y se procede a la desactivación del mismo, ya sean luminosas, acústicas, o de video. La inutilización se refiere a impedir que funcionen correctamente, o desactivarlos.

## 2.2. Penalidad

El art. 240 establece que:

«El culpable de robo con fuerza en las cosas será castigado con la pena de prisión de uno a tres años».

## 2.3. Supuestos cualificados

Se contemplan en el art. 241:

«1. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el art. 235, o el robo se cometa en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias.

2. Se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar.

3. Se consideran dependencias de casa habitada o de edificio o local abiertos al público, sus 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 física».

Han desaparecido del texto anterior las circunstancias de porte de armas y objetos peligrosos, el asalto a tren, buque, aeronave, automóvil u otro vehículo, el atraco a oficina bancaria recaudatoria, mercantil u otra en que se conserven caudales o contra la persona que los transporte o custodie. Por tanto, las circunstancias vigentes son:

a) Los supuestos del art. 235 CP comunes al hurto, remitiéndonos a lo dicho en dicho apartado. Las circunstancias, cabe recordar, son: «1. Cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.

2. Cuando se trate de cosas de primera necesidad o destinadas a un servicio público, siempre que la sustracción ocasionare un grave quebranto a éste, o una situación de desabastecimiento.

3. Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeran perjuicios de especial consideración.

4. Cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de las circunstancias personales de la víctima».

b) Casa habitada o sus dependencias. La razón de la agravación no solo radica en el riesgo para las personas sino también en cuanto supone un ataque a la inviolabilidad de domicilio, por lo que suele excluirse la agravación si la vivienda se encuentra deshabitada. Sin embargo, el TS tiene declarado que casa habitada no solo es la que está realmente y permanentemente ocupada por una persona o familia que en ella vive, sino la que sirve a dichos fines de habitación en épocas determinadas o inciertas, de ahí que se incluyan los supuestos de segunda residencia en épocas determinadas, y de las que pueden estar sus moradores ausentes accidentalmente, siendo irrelevante que los culpables se cercioren previamente si hay alguien o no.

En cualquier caso el apartado 2 del art. 240 da una definición auténtica de casa habitada, y en el número 3 de sus dependencias.

**ATENCIÓN.** Se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar. Por dependencias de casa habitada se entienden sus 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 física. Son los anejos que no sirven de habitación. Igualmente ha sido considerada casa habitada a los efectos del robo, las habitaciones de hoteles y apartamentos.

La LO 5/10 prevé igualmente esta agravación, respecto del delito de robo con violencia, en el art. 242.2 CP, eliminando la hipótesis de sancionar un concurso entre el robo y el allanamiento de morada como se sostenía antes de la citada reforma y se señaló en el capítulo dedicado a este.

c) Edificio o local abiertos al público o sus dependencias. Abarcando tanto los públicos como los privados. La Consulta 11/1997 de la FGE planteaba la cuestión de si era aplicable solamente cuando el robo se cometa en edificio o local durante las horas de apertura al público (apertura física), o si también cuando el robo se cometa en horas de cierre (apertura administrativa), concluyendo en base al fundamento de la agravación, derivado del riesgo para las personas que puedan encontrarse en el local, que deberá aplicarse siempre durante las horas de apertura al público, y también cuando, pese a tratarse de

horas de cierre, el sujeto activo tuviera conocimiento a la realización del hecho de la existencia de personas en el interior.

El Pleno de 22-5-97 del TS, en un sentido más limitado, entendió que el fundamento de la agravación es el riesgo para las personas que puedan encontrarse en el interior, exige para su aplicación la apertura física del local. Si estuviere cerrado no cabe la apreciación de concurso con allanamiento de morada que queda absorbido en el robo. El Acuerdo fue:

«A los efectos de apreciar la agravante específica de local abierto al público habrá de limitarse su aplicación cuando el establecimiento este físicamente abierto al público».

Señala la STS núm. 1506/2001 de 20 julio, que «es unánime la crítica de la doctrina frente a este tipo cualificado de robo con fuerza en las cosas, que ha venido a sustituir al que se recogía antes en el art. 506.5.ª CP/1973 aplicable "cuando se verifique en edificio público o alguna de sus dependencias", concepto sustancialmente diferente al examinado y que también los autores consideraron entonces carente de fundamento. Por local o edificio abierto al público hay que entender aquel cuyo acceso no está limitado a determinadas personas sino que se encuentre libre para que pueda entrar quien lo desee. El problema radica en encontrar el fundamento de esta agravación. Conforme a la doctrina jurisprudencial podemos encontrar dos razones que la justifican:

- La peligrosidad para las demás personas que pudieran encontrarse en el lugar del robo, ante posibles reacciones del ladrón caso de ser sorprendido y que trata de huir, a semejanza de los casos en que estos hechos ocurren en casa habitada, en que se reconoce este fundamento en la agravación correspondiente junto con el que le es más característico: el atentado contra el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.
- La vulneración de la confianza de los titulares del local que, precisamente por esa confianza en que cuantos allí acceden se han de comportar de modo adecuado, lo tienen abierto al público. En definitiva, partiendo de una doctrina muy reiterada, que se inicia con el Acuerdo adoptado en el Pleno mencionado y recogida en múltiples sentencias y particularmente la de 22-5-1998, que hace un estudio profundo del tema,

para que pueda aplicarse este tipo de robo con fuerza en las cosas cualificado por haberse cometido en edificio o local abierto al público o en cualquiera de sus dependencias, es necesario, no sólo que se trate de lugar destinado a una actividad que se desarrolla con puertas abiertas para que pueda entrar quien lo desee, sino que efectivamente en el momento concreto del hecho delictivo se encuentre abierto, de modo que en aquellas horas o días en que se halle cerrado no cabe aplicar esta norma. Y ello porque, conforme al principio de legalidad, no caben interpretaciones extensivas que se producirían si se apreciara esta agravación cuando el local de hecho no está abierto al público sino cerrado por la razón que sea».

ATENCIÓN. La interpretación de la agravación de local abierto al público se refiere a la apertura física y no a la apertura administrativa, esto es cuando el local esté efectivamente abierto al público.

#### 2.4. Concursos

— Robo y allanamiento de morada. Al sancionarse expresamente la casa habitada en el robo no puede apreciarse nuevamente el elemento de morada para construir otro tipo, de manera que el robo en casa habitada absorbe el allanamiento. En Junta General del TS de 19 de octubre de 1998 se planteó el concurso entre el delito de allanamiento de establecimiento abierto al público del art. 203.2 CP y el delito de robo agravado de cometerse en local o edificio abierto al público. Tras el debate se acordó:

«1. Mantener el criterio interpretativo acordado por el Pleno de la Sala en reunión de 22 de mayo de 1997 sobre el concepto de local abierto al público, circunscribiéndolo exclusivamente a la apertura física del mismo.

2. En los casos de delitos de robo cometidos en domicilio de personas jurídicas o establecimientos abiertos al público, solo procede aplicar el tipo correspondiente de robo, con exclusión del art. 203 CP.

3. Cuando se acredite en el caso enjuiciado, que el ataque a la privacidad va más allá de lo que es inherente al delito de robo, cabría la posibilidad de una

situación concursal entre el delito de robo y el delito de allanamiento de morada del art. 203 CP».

Tratándose de domicilio de persona jurídica, la STS núm. 1048/2000 de 14 junio, señala que la doctrina que la Sala 2.<sup>a</sup> viene sosteniendo en relación con los casos en que se comete un delito de robo con fuerza en las cosas en el domicilio de una persona jurídica, en un despacho profesional u oficina, o en un establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura, es que sólo procede tener por cometido el delito de robo, excluyéndose el de allanamiento de morada creado ex novo por el art. 203.1 CP, «salvo que se acreditase que el ataque a la privacidad hubiera ido más allá de lo que es inherente al delito de robo, en cuyo caso cabría la posibilidad de una situación concursal entre ambos delitos». En consecuencia, lo que se expresa en esta doctrina es que, protegiéndose en el art. 203 CP ciertas formas de intimidad profesional o mercantil, aunque con una menor intensidad punitiva que la empleada para la protección de la intimidad personal y familiar y siendo esta privacidad de menor rango la que debe servir para interpretar correctamente los delitos previstos en el art. 203 CP, la entrada en uno de aquellos locales con ánimo depredatorio, fuera de las horas de apertura, no integrará el delito de allanamiento sino cuando conscientemente se lesione o ponga en peligro la privacidad profesional, mercantil o de otra parecida índole que en dichos locales se encuentre reservada. Ahora bien, así como la lesión o amenaza a esta privacidad no es un resultado necesario de la entrada subrepticia en los locales mencionados, sí se producen necesariamente la lesión o amenaza a la intimidad personal cuando lo que se invade inconsentidamente es el domicilio de una persona física.

— Reincidencia y robo. La FGE en Consulta 9/1997 mantiene que entre los delitos de robo con fuerza en las cosas y robo con violencia o intimidación en las personas puede afirmarse la identidad de naturaleza necesaria para sustentar la agravante de reincidencia. En sentido análogo, el Pleno no jurisdiccional del TS de 6 de octubre de 2000 se acordó que podrá apreciarse la circunstancia agravante de reincidencia entre delitos de robo con violencia o intimidación y delitos de robo con fuerza en las cosas por considerarse ambos de la misma naturaleza delictiva, siempre que concurren los demás elementos necesarios para su apreciación.

— Robo y daños. Los daños causados en la acción depredatoria quedan absorbidos en el robo, y reparables por vía de responsabilidad civil.

### 3. ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN

#### 3.1. Concepto

El CP de 1995 simplificó la regulación del delito de robo violento, abandonando la técnica del delito complejo, disponiendo el art. 242 en redacción dada por la LO 5/10:

«1. El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase.

2. Cuando el robo se cometa en casa habitada o en cualquiera de sus dependencias, se impondrá la pena de prisión de tres años y seis meses a cinco años.

3. Las penas señaladas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren.

4. En atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en los apartados anteriores».

**ATENCIÓN.** La LO 5/10 de 22 de junio, modifica el precepto, e introduce específicamente el subtipo de robo con violencia o intimidación en casa habitada, en el apartado segundo del art. 242, de manera que ya no se plantean problemas de compatibilidad con el allanamiento de morada, al igual que sucede en el robo con fuerza en las cosas en casa habitada. Por otra parte, en el apartado tercero se regula el subtipo agravado de uso de armas, aplicable a los dos apartados anteriores (tipo base y el subtipo de casa habitada). El anterior apartado 3 pasa al apartado 4.

La desaparición del delito complejo de robo, lleva como efecto práctico la técnica de mantener el concurso real con las demás figuras penales que pueden darse al atentar contra bienes personales distintos del patrimonio. Al haber desaparecido la agravante de morada del ofendido, que concurre de hecho en múltiples ocasiones, se planteaban problemas concursales con el allanamiento de morada como se anticipó, que han quedado resueltos con la introducción, por la LO 5/10 de 22 de junio, del subtipo agravado de robo con violencia en casa habitada, de manera que el allanamiento queda absorbido en el robo.

La STS 512/2009 de 14 de mayo de 2009, señala en un caso de robo violento y falta de lesiones que no cabe el concurso ideal entre ambas infracciones, porque así lo prescribe el art. 242 CP, al disponer que los actos de violencia física que se realizasen se sancionan autónomamente, de manera que nos encontramos ante una relación de concurso real que obligaba a imponer una pena independiente por cada infracción.

En el mismo sentido, la STS núm. 201/2009 de 28 febrero, destaca que «el delito de robo con violencia o intimidación del art. 242.1 del CP es pluriofensivo porque afecta principalmente a la propiedad como bien jurídico, pero también a la integridad física o salud, y a la libertad en cuanto el tipo exige, además de apoderamiento, la realización de actos intimidantes o violentos, como medio comisivo para la consecución de aquél. De este modo, en principio el desvalor abarcado por el tipo de robo con violencia comprende ya la parte correspondiente a la acción violenta instrumental, por lo que no es posible, sin incurrir en un prohibido bis in idem, apreciar dos delitos: el tipo de robo con violencia, y el que el acto violento ejecutado constituya en una consideración aislada del mismo, fuera de la estructura del tipo de robo. Ahora bien, no toda violencia cometida en el apoderamiento de lo ajeno ha de quedar necesariamente subsumida en su medio comisivo. La violencia propia del robo es el acometimiento físico de carácter agresivo que constituya ejercicio de fuerza, en cuanto resulta precisa para el desapoderamiento. Ha de estar respecto a éste en relación funcional o instrumental como violencia necesaria para vencer la voluntad contraria de la víctima. Pero como en la violencia física caben intensidades diferentes en posible graduación progresiva de la lesividad para la integridad física o para la vida, la violencia que excede de lo necesario

para el logro del desapoderamiento o la ejercida en acción distinta o sin relación con éste, queda fuera del desvalor del robo del art. 242.1, y debe ser calificado con arreglo al tipo penal en que se subsuma. A ello se refiere el art. 242.1, cuando dispone que el culpable de robo con violencia o intimidación será castigado «sin perjuicio de lo que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase».

La cuestión a resolver es determinar si el concurso a que el precepto da lugar es real, medial o ideal. En el caso del robo violento, las lesiones causadas por violencia superior a la que es necesaria para el apoderamiento, se sitúan fuera de la estructura del tipo de robo violento que no exige la causación de tales resultados. Por consiguiente, no es predicable de ese exceso lesivo una instrumentalidad medial, que solo concurre objetivamente en la violencia que sea necesaria para el logro del ataque a la propiedad. Por ello se postula la solución del concurso real. A su favor un sector doctrinal argumenta: la dicción literal del precepto («sin perjuicio»); el que la consumación del acto violento y el apoderamiento recorran caminos separados, lo cual se ajusta más a la técnica del concurso real que del ideal; el que no todos los casos en los que concurre violencia o intimidación son medios necesarios para el apoderamiento, y por último las distorsiones penológicas que se producirían en caso de ocasionar varios resultados lesivos, pues la regla del concurso ideal no permite tenerlos a todos en cuenta.

La STS de 16 de mayo de 2005, también señaló la dificultad que plantea un posible concurso ideal ya que exige que un solo hecho constituya dos o más infracciones, y es por ello inaplicable cuando se trata de dos hechos diferentes, aunque relacionados temporal y espacialmente, uno configurado por el ataque a la persona y el otro por el apoderamiento de sus bienes, constituyendo cada uno de ellos una realidad jurídica y además también una realidad física o natural independiente. El concurso medial se rechazó también en la citada Sentencia por no considerar la acción lesiva como medio necesario para el apoderamiento.

**ATENCIÓN.** En cuanto a sus elementos, además de los comunes al hurto, la acción del delito de robo se integra por dos elementos específicos: la violencia

o la intimidación en las personas, como medio de doblegar la voluntad de la víctima para que entregue la cosa o conseguir el apoderamiento.

De esta manera, la violencia o intimidación se emplean para superar los obstáculos que el propietario ofrece, y —a diferencia del robo con fuerza— también cuando sea para proteger la huida y durante la persecución, como precisa el precepto. Ahora bien la violencia no ejercitada con el fin del desapoderamiento debe calificarse independientemente de la sustracción. Así en STS de 13 de junio 2000 se dice que, la violencia o intimidación típica es aquella instrumental al desapoderamiento, ordenada de medio a fin. El empleo de la misma debe ser la causa determinante del desapoderamiento.

En cuanto al concepto de violencia o intimidación, equivale la primera a la fuerza física, a la que se equipara el utilizar medio químico, narcótico o gas (STS 1332/2004 de 11 de noviembre), y la intimidación a la fuerza moral, y viene constituida por el anuncio o conminación de un mal inmediato, grave, personal, posible y que despierte o inspire al ofendido un sentimiento de miedo, desasosiego o angustia. La STS núm. 650/2008 de 23 octubre, con cita de la STS 956/2006 de 10 de octubre, define la intimidación como «el temor de un mal grave e inmediato». Señala que «la Sala 2.<sup>a</sup> ha delimitado el concepto de intimidación típica, que debe ser aquella instrumental al desapoderamiento, ordenado de medio a fin. La intimidación viene constituida, conforme al art. 1267 y ss. CC por el anuncio o conminación de un mal inmediato, grave, personal, concreto y posible que despierte o inspire en el ofendido su mantenimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado. No puede ceñirse la intimidación al supuesto de empleo de medios físicos o uso de armas, bastando las palabras o actitudes conminatorias o amenazantes cuando por las circunstancias existentes (ausencia de terceros, superioridad física del agente, credibilidad de los males anunciados, etc.) hay que reconocer la idoneidad para la consecución del efecto inhibitorio pretendido (SSTS 535/2002 de 20.3, 1198/2000 de 28.6)».

Es ya un axioma jurisprudencial que la intimidación no ha de ser poco menos que invencible. Basta con que el anuncio de un mal inminente sea susceptible



de inspirar en el receptor un sentimiento de temor o angustia ante la contingencia de un daño real o imaginario. La intimidación ofrece una fuerte carga de subjetividad y habrá de atenderse en el caso concreto a las condiciones y situación de la persona intimidada, lugar, tiempo y cualesquiera perspectivas fácticas de razonable valoración y a su suficiencia e idoneidad instrumental como medio para el apoderamiento, sin pretender una subjetivación absoluta que dotaría de influencia penal a coacciones morales objetivamente insuficientes.

La diferencia entre amenazas condicionales con exigencia de dinero y en el robo con intimidación, según doctrina mayoritaria, radica en que en éste se exige la entrega inmediata de la cosa y en aquellas la entrega aplazada:

La referida STS 650/2008, incide en la distinción afirmando que «la doctrina tradicional distinguió el delito de robo con violencia o intimidación en las personas, en el que la intimidación consiste en amenazas, del delito de amenazas condicionales lucrativas conminan con el mal para un futuro más o menos próximo pero no inmediato. No obstante, la jurisprudencia ya matizó tal distinción señalando que han de diferenciarse dos momentos: uno, el de la entrega del objeto, y otro, aquel en que se ha de producir el mal con que se amenaza. Para que haya un delito de robo con intimidación lo decisivo en ese primer momento, pues, es preciso que la amenaza se haga para la entrega inmediata de la cosa. Sería delito de amenazas si la finalidad del acto fuera la entrega de esa cosa en el futuro, y no es obstáculo para el delito de robo el que la amenaza lo sea de un mal a realizar en un momento posterior. Por ello ha de entenderse que para esta clase de robo vale tanto la amenaza de un mal presente (o coacción) como la amenaza de un mal futuro, con tal de que lo que se pretenda conseguir sea la entrega inmediata de la cosa mueble. En estos casos las amenazas, por regla general, quedan absorbidas por el mayor desvalor del otro delito (concurso de normas, art. 8.3 CP) al constituir la amenaza un elemento adicional para la concurrencia de un tipo delictivo concreto, como es el caso del delito de robo (STS 673/2007 de 19.7). En el caso analizado se recoge que "junto con el también acusado A., tras amenazar a C. con quemarle la furgoneta de su propiedad, le exigieron la entrega de 25000 pesetas, dinero con el que se dieron a la fuga y que no ha sido recuperado". No obstante, si se mantuviera que al no constar si la amenaza de

la quema de la furgoneta iba a ser llevada a cabo de forma inmediata de no acceder C. la entrega del dinero, ello podría llevar a la amenaza condicional lucrativa del art. 169 CP, esta calificación podría acogerse sin vulneración alguna del principio acusatorio».

La violencia o intimidación han de concurrir para tener la disponibilidad de la cosa, si opera después de consumado el delito se sancionará independientemente. Si se inicia un robo con fuerza o un hurto, la violencia o intimidación sobrevenida para tener la disponibilidad, determinarán la calificación como robo del 242 CP (STS de 25 julio 2003 y de 14 de noviembre de 2003). En el Pleno no jurisdiccional de 21 de enero de 2000 se sometió a la consideración de los Magistrados la calificación jurídica de los hechos consistentes en que la conducta violenta se produce tras el apoderamiento del objeto y antes de la consumación, el Acuerdo adoptado fue que: «constituye robo con violencia cuando la violencia se ejerce durante el proceso de apoderamiento de los bienes sustraídos». En este sentido, la STS 1704/2000 de 24 de enero distingue entre violencia ejercida durante el apoderamiento y la ejercida cuando la consumación se ha alcanzado. En la misma línea la STS 1722/2001 de 2 de octubre en la que se declara que la doctrina del TS ha venido exigiendo que la violencia o intimidación sobrevenidas no sean posteriores y desconectadas con la sustracción sino que formen parte del apoderamiento.

El TS mantiene que la violencia o la intimidación puede producirse antes, durante o después del acto de apoderamiento con tal de que no se rompa la relación de causalidad con éste, no pudiendo desconocerse que un hecho también constituye robo cuando la violencia o la intimidación se emplea para lograr la huida. La SAP de Tarragona (Sección 2.ª) núm. 428/2008 de 29 septiembre, recuerda la STS 725/1998, de 19 de mayo que dispone: «Es doctrina reiterada de esta Sala que en los delitos patrimoniales de apoderamiento la perfección o consumación delictiva viene vinculada a la disponibilidad al menos mínima y potencial, de los efectos sustraídos, de tal manera que dicha disponibilidad, más que real y efectiva disposición de la cosa sustraída —lo que supondría la entrada en la fase de agotamiento— implica simplemente una ideal o potencial capacidad de disposición o de realización de cualquier acto de dominio o de poder material sobre ella».



En el caso de la SAP de Tarragona (Sección 2.<sup>a</sup>) núm. 428/2008 de 29 septiembre, el acusado se apoderó de una botella de whisky en un hipermercado, lo que fue advertido por un vigilante de seguridad quien le requirió para que le acompañara, a lo que se negó, solicitando aquél la presencia de un compañero, momento en el que el acusado le lanzó un cabezazo al rostro causándole lesiones consistentes en fractura de huesos propios nasales y contusión facial. Tras la agresión el acusado salió corriendo, siendo perseguido por el vigilante jurado que logró darle alcance, abandonando el acusado la botella en la huida, que fue recuperada. Así las cosas no ha existido esa mínima disponibilidad exigida para la consumación ya que en su huida no fue perdido de vista por el vigilante jurado que le dio alcance, siendo correcta la calificación como robo en grado de tentativa. No se estima, pues, que la violencia atribuida no fuera ejercitada para facilitar o posibilitar el robo y sobreviniera con posterioridad al acto de apoderamiento, con independencia del acto inicial, como represalia, según sostenía la parte, al hecho de haber sido sorprendida y verse frustrado su propósito.

Sobre la transmutación de un delito de hurto o de robo con fuerza en las cosas en delito de robo con violencia o intimidación sienta la STS de 2 de octubre de 2001 que a su vez recoge la SAP de Sevilla (Sección 7.<sup>a</sup>) núm. 40/2007 de 23 enero que la violencia sobrevenida no sea posterior a la sustracción:

«La doctrina de esta Sala ha venido exigiendo que la violencia o intimidación sobrevenidas no sean posteriores y desconectadas con la sustracción sino que formen parte del apoderamiento. Así, en la STS de 21 de febrero de 1990 se dice que "la transmutación del hurto en una modalidad violenta de apoderamiento de lo ajeno se produce también cuando los autores utilizan o emplean medios intimidatorios o agresivos no sólo para consumir el despojo sino también para proteger su huida. El efecto intimidatorio puede actuar de manera eficaz y determinante sobre los sujetos pasivos del despojo o los que acuden a proteger los bienes y a prestar ayuda a la víctima". En sentencias posteriores, ya dictadas aplicando el nuevo CP, se ha mantenido el mismo criterio. Así, en la sentencia de 27 abril 1998 se dice que "ha sido unánime la doctrina de esta Sala sobre la posibilidad de transmutación de una a otra especie de robo, siempre que los actos contra la vida, seguridad e integridad física de la persona hayan incidido en el iter criminis del delito proyectado e

iniciado y éste no hubiera alcanzado la consumación". Y asimismo, en las sentencias de 19 mayo y 16 septiembre de 1998. Por fin, en las sentencias de 26 febrero 1999 y 9 marzo de 2001, se aclara con cita de otras sentencias la doctrina de la Sala sobre los conceptos de apoderamiento y disponibilidad manifestando que "la violencia para calificar un hecho como robo ha de originarse antes de la disponibilidad" que marca el momento de consumación del delito y que puede ser posterior al apoderamiento. Y en la última, "la violencia o intimidación sobrevenidas transmutan en robo violento la infracción precedente integrante de hurto o de robo con fuerza en las cosas, siempre que la violencia o intimidación aparezcan antes de consumarse la infracción contra el patrimonio, que se produce cuando se alcanza la disponibilidad de las cosas sustraídas". En el caso, antes de operarse la consumación del apoderamiento de cosa mueble, es decir, cuando el inculpado no había tenido la efectiva y libre disposición de lo sustraído, es sorprendido, y para emprender la huida golpea a alguno de los presentes, propinando manotazos y puñetazos originadores de lesiones que sólo precisaron una primera asistencia. La violencia ejercida transmutó el simple apoderamiento, constitutivo de hurto, en robo con violencia en las personas».

El concepto y naturaleza de la violencia e intimidación, y el marco temporal en el que debe ser ejercida para su apreciación ha sido analizado por la jurisprudencia. Así, la STS 10 de octubre de 2006 dispuso que «cuando los actos de violencia e intimidación se desarrollan antes de la consumación del delito y tienen por objeto vencer la resistencia personal que impide al culpable la disponibilidad del bien codiciado, estamos ante un delito de robo, ya afloren las violencias antes, durante o después de la aprehensión material de las cosas, e igualmente se entiende que concurre el tipo de robo en todos los supuestos en los que se emplee fuerza física sobre otro o cuando se amenaza en forma inminente con su empleo, pues tal amenaza tiene ya el efecto coactivo corporal que excluye el ejercicio del derecho a la libertad del coaccionado y da lugar a la intimidación».

La STS de 29 de enero de 2002 dispone que «la violencia y la intimidación suponen, respectivamente, una conducta que por sí misma suponga una efectiva lesión de un bien jurídico eminentemente personal protegido por la norma penal. Dicha conducta debe ser relevante, jurídicamente típica, y

ejercerse de forma in consentida, pues de mediar consentimiento la conducta carecería de la nota de relevancia penal, es decir, carecería de la entidad suficiente para limitar la voluntad del sujeto pasivo que la recibe y no ha de olvidarse que en el delito de robo la conducta violenta o intimidatoria va dirigida, precisamente, a vencer la voluntad del sujeto pasivo contrario al desapoderamiento de un bien mueble que le pertenece o detenta. La diferencia entre la violencia y la intimidación radica, precisamente, en que la primera consiste en la que se desarrolla para lesionar la capacidad de actuación del sujeto pasivo, en defensa del bien jurídico mueble bajo su ámbito de dominio en tanto que la intimidación es aquella que se desarrolla para lesionar la capacidad de decisión del sujeto pasivo de actuar en defensa del bien mueble que se pretende sustraer».

Finalmente, señalar que por ofender a bienes eminentemente personales no cabe la continuidad delictiva, sin perjuicio de la apreciación de un solo delito en el caso de varios sujetos pasivos sometidos simultáneamente a violencia o intimidación como un atraco a un banco en que se despoja a varios clientes.

Cabe añadir que en el párrafo 1.º se sanciona el tipo básico y en el 2.º el agravado.

### 3.2. Subtipos agravados: art. 242.2 y 3 CP

#### 3.2.1. Robo con violencia o intimidación en casa habitada

Como se ha dicho, el art. 242.2 en redacción dada por LO 5/10 de 22 de junio establece:

«2. Cuando el robo se cometa en casa habitada o en cualquiera de sus dependencias, se impondrá la pena de prisión de tres años y seis meses a cinco años».

La FGE en Consulta 10/1997 mantenía que al suprimirse la agravante de morada, y limitándose la casa habitada al robo con fuerza, debía apreciarse un concurso entre robo con violencia y allanamiento, que de ser este medio para aquel se sancionará conforme al art. 77 CP. Así la STS núm. 179/2007 de 7 marzo, apreciaba el delito de allanamiento de morada juntamente con el delito

de robo con intimidación suscitándose si este consume el primero, y la STS núm. 144/2008 de 27 febrero, insistía en que los bienes jurídicos afectados son por el robo, el patrimonio, y, por el allanamiento, la intimidad y la inviolabilidad del domicilio. Para abarcar la total antijuridicidad del acontecimiento no bastaban las reglas del art. 8 CP, sino que era preciso acudir, al art. 77 CP, en cuanto regula el concurso ideal. Otra cosa conduciría al absurdo —véanse como lo explica la sentencia del 26/5/1999— consistente en que resultara irrelevante que el robo con violencia o intimidación se cometa o no en el domicilio de la víctima en tanto que sí lo sería en el caso de robo con fuerza en las cosas —art. 241.1—.

La reforma operada por LO 5/10 de 22 de junio, zanja la polémica al sancionar expresamente la conducta referida con una mayor penalidad, dado el mayor reproche de la conducta, de 3 años y 6 meses a 5 años, que de concurrir armas, será igualmente aplicable el subtipo del apartado siguiente, y por tanto, con penas de 4 años 3 meses y 1 día a 5 años.

#### 3.3.2.2. Robo con uso de armas

ATENCIÓN. El número 3 del art. 242 CP en razón a la mayor perversidad y peligrosidad del delincuente, el temor que puede generar a las víctimas y por el riesgo que comporta, se cualifica el robo cuando «el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos, sea al cometer el delito o para proteger la huida y cuando atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren». Se ha suprimido el requisito del «llevar» por la LO 5/10 de 22 de junio.

En virtud de la LO 5/10 de 22 de junio, este apartado 3 se corresponde con el anterior apartado 2, aclara que «las penas señaladas en los apartados anteriores», se refiere al 1 y al 2, «se impondrán en su mitad superior» en tales casos. Por tanto, si concurre con el tipo básico la pena será de 3 años 6 meses y 1 día a 5 años, y si concurre con casa habitada, la penalidad abarcará los 4 años 3 meses y 1 día a los 5 años. Además la reforma suprime la exigencia anterior del «que llevar», «uso de armas o instrumentos peligrosos que llevar», por los que se excluía la agravación si las armas se tomaren in situ, de forma que se apreciará el subtipo agravado tanto si se portan previamente como si se toman del lugar de apoderamiento.

La jurisprudencia consideraba este precepto como un subtipo autónomo, distinto y más grave que el básico, si bien la doctrina suele considerarlo como una circunstancia específica de agravación.

La agravación penológica establecida en el precepto es de carácter estrictamente objetivo, debiéndose en cada caso discernir sobre el instrumento utilizado por el acusado para verificar si sus características permiten integrar aquél en los términos «armas» o «medio igualmente peligroso», señalando la STS núm. 445/2003 de 1 de septiembre, que el fundamento del mayor reproche antijurídico que encierra el subtipo agravado se encuentra «en el mayor riesgo que para la vida o la integridad física de la víctima representa la utilización de armas y objetos peligrosos que, aunque pudieran ser inicialmente usados con fines sólo de intimidación, pueden pasar a ser efectivamente empleados en agredir causando efectos letales o de grave vulneración física», pronunciándose en idéntico sentido la STS 1455/2002 de 13-9 al tiempo que la STS 417/1999 de 16 de marzo y la STS 1401/1999 de 8 de febrero señalan que tal uso implica el empleo de instrumentos susceptibles de aumentar o potenciar la capacidad agresiva del autor del desapoderamiento, creando un mayor riesgo al atacado, con mengua efectiva de su capacidad de defenderse.

Pese a lo anterior, la jurisprudencia emanada de la Sala Segunda del TS llegó a declarar la condición de medio peligroso a las pistolas simuladas con apariencia de reales, acentuando el fundamento subjetivo de la agravación por la intensidad de la intimidación, criterio ya abandonado, con acierto, al destacar que por aparentes que fueran «no pueden desencadenar nunca el peligro efectivo de lesión que la fundamenta» proporcionándose un nuevo concepto de medio peligroso, a partir de la STS de 6-11-1990, como «todo instrumento que tiene un poder mortífero o vulnerante, potenciando, aumentando o consolidando la fuerza que naturalmente secunda la aviesa intervención de su portador». Es decir, el medio peligroso debe serlo objetivamente como refuerzo de una finalidad perseguida.

Así, la más reciente jurisprudencia nos indica que la agravación por el medio peligroso y el arma suponen el empleo de un instrumento susceptible de aumentar o potenciar la capacidad agresiva del autor del desapoderamiento creando un mayor riesgo al atacado con mengua efectiva de su capacidad de

defenderse. El arma o medio peligroso debe ser un instrumento objetivamente peligroso susceptible de producir daño a la vida, a la integridad o a la salud del sujeto que recibe la intimidación, aumentando el riesgo y la capacidad agresiva del autor al tiempo que trata de impedir las posibilidades de defensa del perjudicado y de actuar una voluntad contraria al desapoderamiento.

Resumiendo, las características de las armas y de los medios peligrosos se derivan de:

- a) su naturaleza objetiva, pues el medio, por sí mismo, debe serlo, lo que nos permite descartar aquellos instrumentos que aunque generen temor o miedo, objetivamente no lo son;
- b) su empleo, y dentro de este término cabe la llevanza, pues debe crear o potenciar una situación de riesgo para la vida, la integridad y la salud;
- y
- c) su utilización debe estar dirigida, de medio a fin, al desapoderamiento de un bien mueble, pues la violencia o intimidación típica es instrumental al delito de robo y con su empleo debe constreñirse la voluntad del sujeto pasivo al desapoderamiento.

Sin embargo, debe apuntarse que se han considerado como peligrosas aquéllas armas que, aún inutilizadas para el disparo disponen de unas características físicas como el peso o el material consistente utilizado para su fabricación que lo conviertan en un instrumento peligroso por su contundencia (STS de 13 de septiembre de 2002), integrándose en el presupuesto de la agravación como arma o medio peligroso las botellas de cristal (STS 16-3-1999), gas mostacilla (22-9-1998), revólver simulado de estructura metálica compacta (STS 22-4-1999), etc., y respecto de esta última señala la STS de 27 de febrero de 2002 que «la Jurisprudencia de la Sala ha señalado que las pistolas de fogeo, detonadoras e incluso simuladas son instrumentos o medios aptos para ser subsumidos en el empleo o uso de las armas o medios peligrosos a que se refiere el tipo penal agravado». Añade que «tampoco debemos olvidar que la exhibición del arma simulada por sí sola genera psíquicamente en la víctima una situación de temor o desasosiego que multiplica el peligro potencial de aquélla».

Finalmente resaltar que la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS en doctrina muy consolidada —entre otras, SSTS 289/1999 de 24-2 y 355/2000 de 28-2— ha considerado que la exhibición de armas con clara finalidad intimidatoria equivale al uso agravado que contempla el art. 242 del CP por cuanto que, como indica la STS 239/1999, la expresión hacer uso no se refiere sólo a la última operatividad de las mismas (mediante disparos, heridas o pinchazos), sino al hecho de «hacerlas servir para algo», y concretamente para «amenazar», lo que también representa un modo de utilización efectiva, por lo que la exhibición del arma, manifestándola exteriormente de modo suficientemente visible para que pueda reforzar la acción intimidativa con la amenaza incita de su empleo agresivo, integra la agravación. Por tanto, se exige que lo sea siempre en manifestación exterior o suficientemente visible.

**ATENCIÓN.** En definitiva, el uso de armas es apreciable no solo en el caso de empleo directo (pinchazo, disparo) sino también en los supuestos de exhibición intimidatoria, pues medio peligroso es el que aumenta o potencia la capacidad agresiva de su portador y a su vez crea mayor riesgo real para la víctima. La mera exhibición del arma o medio peligroso equivale al uso.

Debe concluirse, reiterando, que el precepto penal, desde la LO 5/10 de 22 de junio, ya no exige que el sujeto lleve el arma consigo al tiempo de llevar a cabo la acción y ello supone que si el sujeto no porta el arma consigo sino que la coge en el escenario en el que se desarrollan los hechos, puede considerarse de aplicación el subtipo agravado, por cuanto que el precepto ya no incluye la mención «que llevar» que ha sido suprimida, lo que ya no implica necesariamente la exigencia que el sujeto la porte consigo. El legislador reconsidera que el peligro inherente al uso del arma es igual si se porta como si se coge in situ. Carece de vigencia, por tanto, el Acuerdo del Pleno del TS de 9 de febrero de 2001, que mantenía el criterio anterior en el sentido de que la agravación quedaba excluida cuando el arma se toma en el lugar de la acción, y por tanto el uso del arma sin porte previo (llevar). Sigue vigente la afirmación de que el mero porte del arma sin uso (exhibición) excluye la agravación.

En multitud de resoluciones judiciales el TS ha definido en términos amplios lo que ha de entenderse por «armas u otros medios que peligrosos». Por arma debe entenderse no solo todo instrumento apto para ofender o defenderse,

comprendiendo tanto las de fuego como las blancas sino también los instrumentos que destinados a uso con fines lícitos, son desviados de su uso inicial y genuino para ser empleados como medios agresivos y contundentes, orientados a la depredación de bienes ajenos. Por tanto, el concepto de arma no es un elemento puramente normativo a integrar con el Reglamento de Armas. El concepto de medio peligroso requiere su determinación jurisprudencial partiendo del término «igualmente» que se contiene en el tipo, de lo que resulta que ese medio peligroso, al igual que el arma, debe tener una potencialidad lesiva a los bienes jurídicos susceptibles de agresión.

Casuística:

Se incluyen, pues, como armas:

- Las armas de fuego: aquellas capaces de propulsar proyectiles mediante la deflagración de la pólvora. Así pistolas, rifles, revólveres, fusiles, escopetas con o sin culata.
- Las armas de propulsión que no son de fuego: escopetas y pistolas de gas, escopeta de aire comprimido, ondas, arcos, ballestas.
- Las armas blancas como cuchillos, navajas, cortaplumas, puñales, estoques, hachas, estiletos (STS 32/2008 de 24 de enero).

Se incluyen como medios peligrosos: todo instrumento, incluso los que tienen origen y destino para finalidades lícitas, cuando son empleados por su poder agresivo vulnerante para finalidades ilícitas, en tanto que sean susceptibles de producir un mal respecto a la vida o la integridad física. Así aperos de labranza, las hoces, guadañas, también palos, estacas, martillos, barras de hierro, destornilladores, jeringuillas, ladrillos, piedras, aerosoles, y en general todo objeto capaz de pinchar o punzar como tijeras, tenedores. Las de fuego, aunque no funcionen siempre que puedan emplearse como medios peligrosos para golpear al estar fabricadas de materiales duros (STS 670/2005 de 27 de mayo). Como instrumento peligroso se considera una botella de cristal, pistola de gas, un puño de hierro, o los nunchacos.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

La SAP Madrid (Sección 1.ª) núm. 613/2008 de 16 diciembre, señala que, «punzante, desde el punto de vista gramatical, es todo aquello que produce una sensación de pinchazo, pudiendo integrar toda una serie de elementos que, reuniendo tal característica, no pueden ser calificados como instrumentos peligrosos, pudiendo llegarse a la conclusión, favorable para el acusado, que el objeto punzante utilizado pudo ser un lápiz, que no supuso grave peligro para la vida del amenazado». En la misma línea la STS de 22-2-2001 señala que un objeto punzante es «un objeto puntiagudo que puede herir o pinchar, pero ello no implica por sí solo que necesariamente implique un arma u otro instrumento igualmente peligroso y la ausencia de características y del material con el que está construido y el hecho de que no fuera utilizado cuando la víctima se resistió y bajó del vehículo ante la exigencia de que entregase el bolso, permite sostener que en este caso el objeto que el acusado puso en el costado de la víctima no necesariamente reúne las características que exigen el subtipo agravado, de ahí que este motivo deba ser estimado».

Desde otra perspectiva, en Junta general de 21-1-2000 se adoptó el Acuerdo de que una pistola detonadora es considerada arma a los efectos del 242.2 (ahora 242.3) CP. En todo caso, para aplicar la agravación, lo esencial es que sea peligroso, así las armas simuladas no son en principio instrumento peligroso, salvo por el material del que estén hechas: sí lo serían, por ejemplo, si fueran de hierro.

La relevancia del uso típico se concreta «al cometer el delito o para proteger la huida y cuando el reo atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren». Que debe interpretarse en el sentido de que el uso lo sea antes de la consumación y dirigido a la plena disponibilidad del objeto.

Un problema que se plantea es la comunicabilidad al resto de partícipes del delito. En principio la *societas sceleris* produce la responsabilidad penal de todos los copartícipes hasta donde llega el acuerdo del exceso no debe responderse. La jurisprudencia se ha ocupado reiteradamente del problema de la comunicabilidad de los medios comisivos a los partícipes que no emplearon directamente las armas o los medios peligrosos, así la STS núm. 434/2008 de 20 junio, con cita de la STS 838/2004, de 1 de julio, y la STS 1500/2002, de 18 de septiembre declara:

«Con carácter general, aunque admitiéramos que el pactum sceleris entre los acusados se limitara al apoderamiento del dinero de la víctima mediante una acción meramente intimidatoria, lo cierto es que el supuesto examinado se inscribe en el ámbito de la llamada teoría de las desviaciones previsibles, reiteradamente aplicada por esta Sala al examinar la cuestión de la comunicabilidad de la responsabilidad por la muerte o las lesiones producidas a la víctima del acto depredatorio por uno de los integrantes del robo. A este respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que "el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya a priori todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque sólo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales", pues el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y admite del modo más o menos implícito que en el iter del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva, no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes. En lo referente a armas y medios peligrosos, predica la comunicabilidad a los partícipes al menos en las siguientes resoluciones: STS 1458/2000, de 18 de septiembre; STS 838/2004 de 1 julio, entre otras. En la STS 930/2000 de 27.5, se recuerda que el uso de armas u otros medios peligrosos del art. 242.2 CP, integra un subtipo agravado de carácter objetivo comunicable a los demás partícipes siempre que éstos tengan conocimiento al tiempo de la acción, independientemente de quien porte el arma (STS 596/2002 de 8.3; 92/2006 de 9.2)».

En la STS núm. 107/2009 de 17 febrero, se parte del principio fundamental del Derecho Penal reconocido sin excepciones de la responsabilidad personal que requiere, como mínimo, la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie puede ser responsable por las acciones de otro:



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

«La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común. A la misma consecuencia práctica lleva la utilización del instrumento teórico del dominio del hecho, acogido por esta Sala en numerosas sentencias. Según esta teoría, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aun no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca. Por lo que se refiere al acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de «imputación recíproca» de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, tanto la doctrina como la jurisprudencia han estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución, coautoría adhesiva, siendo también posible la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habrían sido parcialmente realizados por este y que el acuerdo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar. El acuerdo, en definitiva, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado el dolo compartido.

Doctrina definitivamente asentada en la STS 11/9/00, que señala que «la nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 del CP como "realización conjunta del hecho" viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del "acuerdo previo", a los cooperadores no ejecutivos, es decir a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo la "realización conjunta del hecho" implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales

integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del pactum scaeleris y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución».

En este tema la STS 20-7-2001 precisa que la autoría material que describe el art. 28 CP no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes. Las SSTS 29-3-93, 24-3-98 y 26-7-2000, han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos: 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito. 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel. 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento. 4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que quien interviene después no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho».

**ATENCIÓN.** El uso de armas u otros medios peligrosos del art. 242.3 CP, integra un subtipo agravado de carácter objetivo comunicable a los demás partícipes, siempre que éstos tengan conocimiento al tiempo de la acción, independientemente de quién porte el arma. El uso, que se comunica a los partícipes, no portadores del arma, siempre que tengan conocimiento del mismo al tiempo de la acción, esto es que conozcan y acepten la presencia de las mismas, se cumple con la mera exhibición intimidatoria, esto es, además de su utilización directa conforme a destino y clase basta con la exhibición a los

fines intimidatorios o amenazantes. Por tanto, el uso se refiere a la mera exhibición, pero además desde la reforma operada por LO 5/10 de 22 de junio, se suprime el requisito del «llevar», siendo igualmente apreciable la agravación, tanto si se toma in situ como que se porte, siendo indiferente para que se produzca la agravación, que el arma o instrumento lo porte, la lleve o las encontraren o las tomaren en el lugar de la sustracción o en la huida.

### 3.3. Tipo privilegiado o atenuado. Art. 242.4 CP

Se trata de una facultad discrecional de los Jueces, que permite la aplicación de la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero, lo que permite unas mayores posibilidades de adaptación de las penas a las circunstancias concretas del caso, ante la dureza de las penas establecidas y a fin de evitar la desproporcionalidad de las conductas y aquellas, siempre en atención a la menor entidad y las circunstancias del hecho. Esta rebaja de la pena viene determinada por la menor antijuridicidad del hecho, no por consideraciones relativas a la culpabilidad disminuida como se infiere de su redacción, lo que hace posible la aplicación de este apartado en los casos en que concurre la agravante de reincidencia.

ATENCIÓN. Atenuación. El art. 242.4 CP establece: «En atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en los apartados anteriores». La novedad de la reforma operada por la LO 5/10, de 22 de junio, no se limita a cambiar el ordinal —pasa a ser apartado 4— sino que además clarifica la aplicación de este subtipo a todos los apartados anteriores, cuando el texto anterior se refería al «apartado primero de este artículo».

Como señala la SAP de Barcelona (Sección 2.<sup>a</sup>) núm. 354/2007 de 26 abril, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha coincidido al señalar que con la introducción de este subtipo privilegiado el legislador pretendió solventar algunos de los problemas de proporcionalidad penológica que planteaba la aplicación de los delitos de apoderamiento en general y del delito de robo con violencia e intimidación en particular. Ciertamente, en la anterior regulación la concurrencia durante la ejecución del hecho de cualquier conducta que, a pesar de su menor entidad, pudiera ser calificada como violencia o intimidación

determinaba la aplicación del delito de robo, y consiguientemente, la imposición de una pena notablemente superior a la prevista para el delito de hurto. Tampoco la derogada regulación permitía contemplar adecuadamente la distinta gravedad propia de aquellos apoderamientos en que media violencia o intimidación pero no se producen resultados lesivos o se emplean instrumentos peligrosos, tal y como sucede, por ejemplo, en los distintos supuestos enmarcados en los denominados «tirones» (en este sentido, se ha pronunciado, entre otras, la STS 15-07-00). En opinión de la doctrina, el fundamento de esta atenuación radica en la menor antijuridicidad material del hecho, esto es, en la menor afectación de los bienes jurídico-penales protegidos en el delito de robo con violencia o intimidación. De hecho, apunta la doctrina que esta disminución del injusto que justifica su atenuación se proyecta sobre la propia configuración del subtipo privilegiado contenido en el art. 242.4 CP, donde se han establecido dos conceptos básicos para fijar la aplicación de la misma:

- a) uno de carácter principal que toma como referencia los dos bienes jurídico-penales más relevantes que se tutelan en el delito de robo con violencia o intimidación «menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas»; y
- b) otros de carácter complementario que, según la doctrina especializada, atienden a los demás intereses presentes y, entre ellos, esencialmente a los patrimoniales «restantes circunstancias del hecho».

Una de las cuestiones que ha despertado una mayor atención en la doctrina y la jurisprudencia es la relativa a los criterios que han de tomarse como base para determinar cuándo la violencia ejercida reviste una «menor entidad» y las demás «circunstancias» que han de incluirse en la cláusula general prevista en el art. 242.4 CP. Pues bien, centrándonos en el concepto de violencia un sector doctrinal ha señalado que para deslindar los supuestos de «menor entidad» es preciso analizar la violencia desplegada y, adicionalmente, el grado de afectación de los bienes jurídico-penales protegidos frente a la violencia ejercida, esto es, la vida, integridad física o salud de la persona. De tal forma que en el subtipo privilegiado se incluirían aquellas manifestaciones violentas que, consideradas de forma autónoma, serían constitutivas de una mera falta de malos tratos de obra (art. 617.1 CP), no pudiendo aplicarlo, contrariamente,

en los supuestos en que la violencia ejercida para realizar el apoderamiento ocasiona lesiones calificables como delito (en esta línea se sitúa, entre otras, la STS 8-07-00). Por su parte, entre las circunstancias que complementariamente han de tomarse en consideración para determinar la aplicación del subtipo privilegiado contenido en el art. 242.4 CP, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han incluido las siguientes:

- a) En primer lugar, el valor de lo sustraído, de tal forma que defienden su aplicación en los casos en que no revistiendo una especial entidad la violencia o la intimidación ejercida, posee un escaso valor el objeto sustraído (en este sentido, se ha pronunciado, entre otras, el ATS 22-06-01). No cabe establecer una cifra concreta, pues han de valorarse todas las circunstancias conjuntamente, no obstante la STS de 22 de abril de 2002 con cita de las de 27 de marzo de 2001 y 3 de abril de 2001 apunta la cifra de 400 euros como orientativa al respecto, teniendo en cuenta que es la línea divisoria establecida por el legislador en ciertos delitos contra el patrimonio.
- b) En segundo lugar, el número, características de los sujetos activos y grado de organización (así, por ejemplo, si se trata de uno o varios, de mayor o menor edad).
- c) El número y condición de los sujetos pasivos, prestando especial atención a las mayores o menores posibilidades de defensa.
- d) Por último, el lugar y hora de la comisión del hecho, distinguiendo, por ejemplo, si se ha producido en la calle o en un pequeño o gran establecimiento (así se han pronunciado, entre otras muchas, las SSTS 16-07-02, y 22-04-02).

Ha de señalarse igualmente que en la rica fenomenología de los denominados «tirones», en los que nuestra doctrina y jurisprudencia (entre otras, la STS 28-07-00) han distinguido tres grupos de casos:

- a) En primer lugar, los supuestos en que prima la habilidad y la sorpresa, y en la medida en que la fuerza física empleada no adquiere un especial protagonismo son calificados como delitos/falta de hurto en función del valor de lo sustraído (arts. 234 y 623.1 CP, son los denominados hurtos al «descuido»).

- b) En segundo lugar, los supuestos en que la destreza se conjuga con el empleo de fuerza física sobre la persona que porta el objeto y que al ejercerse propiamente violencia sobre la misma, son calificados como constitutivos de un delito de robo con violencia (art. 242.1 CP).
- c) En tercer lugar, los supuestos más conflictivos —y que se enmarcan en lo que podríamos denominar «zona intermedia»— y que son aquellos en que habiéndose ejercido violencia sobre la persona portadora del objeto deseado, la fuerza física empleada no reviste una especial intensidad, supuestos estos que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han considerado como uno de los casos paradigmáticos a incluir, «normalmente», en el subtipo privilegiado contenido en el art. 242.4 CP y que, en cierta manera, han justificado, como ya hemos expuesto, la introducción de esta atenuación en el CP del 95. Y decimos «normalmente» porque, tal y como ha destacado la mejor doctrina, en relación a estos últimos supuestos es preciso evitar automatismos que lleven a considerar como subtipos atenuados todos los casos de «tirones» sin analizar antes la intensidad de la violencia ejercida, así como el resto de circunstancias concurrentes en el hecho.

Como se anticipó, la reforma operada por LO 5/10 suprime la referencia al «apartado primero de este artículo», que se contenía en el anterior art. 242.3 por la de «apartados anteriores», solucionando el problema que se planteaba relativo a si este precepto era aplicable solo al apartado 1.º como alguna resolución establecía o también al 2.º, y cuál era la pena a degradar. El Acuerdo no jurisdiccional del TS de 27 de febrero de 1998 estableció el criterio de que es aplicable la atenuante específica prevista en el apartado 3.º (ahora 4.º) del art. 242 a los casos de robo con violencia o intimidación con uso de armas o medios peligrosos previsto en el apartado 2.º (ahora 3.º) del mismo precepto. Por tanto, por entenderse que en determinados casos permite una adecuación más equitativa de la pena a la gravedad del hecho por la menor antijuridicidad del mismo, se acordó que la facultad de atenuación puede ser de aplicación en los casos de robo en que se usen armas o medios peligrosos, siempre que por las circunstancias concurrentes exista una menor antijuridicidad del hecho y una menor entidad de la violencia o intimidación, rebajándose en tales casos la pena básica del apartado 1.º en un grado por

aplicación del 3.º, y luego imponerse la resultante en su mitad superior por el juego del 2.º.

ATENCIÓN. La reforma operada por LO 5/10 de 22 de junio recoge la línea jurisprudencial que declaraba la compatibilidad del tipo atenuado tanto con el tipo básico del apartado 1.º como excepcionalmente del agravado de uso de armas del anterior párrafo 2.º. Por tanto, la menor entidad del párrafo 4 es aplicable a todos los apartados (robo básico, en casa habitada, y con armas) del art. 242.

En definitiva, cabe que la posibilidad de atenuación puede ser aplicada no solo cuando los hechos se califican conforme al primero tipo básico, sino también cuando se califican conforme a las modalidades agravadas previstas. Sin embargo, la Sala 2.ª del TS y con ocasión del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 27 de febrero de 1998, ha venido reconociendo solo de forma excepcional la compatibilidad entre el robo agravado por empleo de armas o medios peligrosos y el tipo privilegiado de menor entidad de violencia o intimidación, siempre y cuando, en el caso concreto, se aprecie realmente una disminución del contenido del injusto atendiendo para ello:

- En primer lugar, y como criterio principal, a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas, pues hace referencia, de los dos bienes jurídicos protegidos en esta clase de robos —personas y patrimonio— al más relevante de ellos, a saber, al de la libertad e integridad de la persona. Habrá de valorar, especialmente que la utilización del arma se limita a la mera exhibición instrumentos de no acentuada peligrosidad sin uso agresivo.
- En segundo lugar, y como criterio complementario pero imprescindible, a las restantes circunstancias del hecho que, dada la indeterminación de la norma, pueden ser de muy variada condición destacándose entre otras, según la STS de 3 de abril del 2001: «a) el lugar donde se roba; b) con relación al sujeto activo, pues habrá de considerarse si se trata de una persona o si hubo un grupo de coautores, así como, en su caso, la forma de actuación de ese grupo y si se hallaba más o menos organizado; c) el número de las personas atracadas y su condición en orden a su situación económica o a las

mayores o menores posibilidades de defenderse; d) el valor de lo sustraído, de modo que ha de excluirse esta aplicación cuando tal valor alcanza cierta cuantía que, desde luego, no cabe determinar en una cifra concreta, pues habrá de variar según esas otras circunstancias antes indicadas o cualesquiera otras que pudieran conferir al hecho mayor o menor antijuridicidad».

ATENCIÓN. En resumen, los criterios para la apreciación de la atenuación son:

- a) Menor entidad de la violencia o intimidación, criterio principal de gravedad objetivo en razón a la fuerza utilizada.
- b) Además, dice el precepto, las restantes circunstancias del hecho, de muy variada condición, entre las que cabe citar: el lugar donde se roba, si son uno o varios los sujetos activos y la forma de proceder u organizarse, número de sujetos pasivos y valor de lo sustraído.

Tratándose de supuestos del apartado 3 con uso de armas, dicha compatibilidad solo lo será en casos excepcionales en los: a) que la utilización del arma se limita a la mera exhibición, sin uso agresivo, de instrumentos de no acentuada peligrosidad; b) que el valor de lo sustraído, ya desde la planificación del autor, que exige la entrega de una prenda, un reloj o una pequeña cantidad de dinero, sea ínfima o escasa, y c) que se aprecie una acusada desproporción entre el menor contenido del injusto del acto, valorado en su conjunto y la pena prevenida para el robo con armas.

#### 3.4. Problemas concursales

— Con tenencia ilícita de armas. El uso de armas no consume la eventual tenencia ilícita de armas, apreciándose concurso real en los supuestos de los arts. 563 y 564 CP.

— Con allanamiento de morada. Desde la reforma operada por LO 5/10 ya no se plantea problema alguno, al haberse introducido el subtipo de robo con violencia o intimidación en casa habitada, de manera que el allanamiento se integra en la figura del robo.

— Con detención ilegal. Pueden plantearse problemas concursales en relación al robo con intimidación, donde la jurisprudencia ha apreciado concurso real cuando la detención se prolonga después del robo, en otros casos concurso medial o ideal y finalmente en otros la absorción si la detención es mínima. Como regla general la pérdida momentánea de libertad cuando se realiza el hecho, limitado al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo queda absorbido en el delito de robo.

La SAP Barcelona, Sec. 7.<sup>a</sup>, n.º 37/2009, 8-1, aprecia concurso real de delitos y rechaza que la detención ilegal debiera subsumirse en la figura del robo con violencia. En este caso señala que es clara la separación delictiva en la sucesión de los hechos entre el delito de robo con violencia y la posterior detención ilegal, que se inicia cuando la víctima es obligada con un cutex a abandonar su domicilio y es trasladada de forma forzosa en el vehículo utilizado por los acusados hasta ser abandonado en la carretera, a unos kilómetros, a unos 10 o 15 minutos de su domicilio, siendo localizado posteriormente en un tiempo indeterminado y presentando lesiones. Desestima las pretensiones de subsunción medial de ambos delitos y la sanción únicamente por el primero de los delitos que se pretende.

La STS 179/2007 de 7 marzo, describe de forma completa las posibilidades existentes ante un concurso de robo y detención ilegal. Para mejor comprensión, se describe como los autores ataron y amordazaron a los moradores de pies y manos desde un primer momento, permaneciendo así por espacio de tres horas, y mientras permanecían así retenidos y vigilados por alguno de los acusados, otros procedían a extraer fondos con las tarjetas de crédito de aquellos tras obligarles a que les faciliten los números secretos, dejándoles en tal situación al abandonar la casa. La doctrina del TS, señala la referida sentencia, que comprendía la STS 1400/2005, distingue los tres supuestos que puedan darse: concurso de normas a resolver conforme el art. 8 CP, concurso de delito, real (art. 73) o ideal o medial (art. 77) según los casos, entre dichas figuras delictivas. Los anteriores supuestos son contemplados por el TS en diversas sentencias casuísticamente.

No hay concurso, y el robo con violencia o intimidación absorbe a la detención ilegal conforme reiterada y pacífica jurisprudencia, en aquellos supuestos de



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

mínima duración temporal en que la detención ilegal se realiza durante el episodio central del hecho (SSTS 1117/2001 de 12.6, 1146/2002 de 17.6, 532/2002 de 4.3), es decir, mientras tiene lugar la actividad de aprehensión de la cosa mueble que ha de sustraerse, pues todo robo con violencia o intimidación en las personas lleva consigo una privación ambulatoria de la víctima que queda absorbida por el robo cuando no exceda del tiempo que normalmente se emplea en esta clase de infracciones penales (por ejemplo en los «traslados» de agresor y víctima hasta un cajero bancario —SSTS 1456/1998 de 27.11, 1277/1999 de 20.9, 337/2004 de 12.3, STS 1124/1997 de 10.7—, aprecia el desistimiento en la detención ilegal y condena únicamente por robo violento porque «el autor una vez que consuma su propósito depredador, desiste de llevar a cabo la privación de libertad»). Según la STS 408/2000 de 13.3, la privación de libertad a que fue sometido el ocupante de la vivienda mientras los procesados la registraban en busca de lucro, no excedió de la que era precisa para cometer el robo y, por tanto, quedó subsumido en este último delito (STS 1634/2001 de 4.11).

Hay concurso real con robo cuando la detención se prolongó veinte minutos y el ánimo depredatorio surgió después de la detención (SSTS 1548/2004 de 27.12, 1502/2004 de 27.12).

Hay concurso de delitos si además del delito de robo se atenta contra la libertad de movimientos de las víctimas o de otras personas (SSTS 1107/2000 de 23.6, 1790/2000 de 22.11 y 1846/2002 de 6.11), cuando la privación de libertad excede de la imprescindible para cometer el robo (SSTS 1705/2002 de 15.10 y 1329/2002 de 15.7).

Este concurso será real (art. 73 CP) cuando la detención se produzca una vez concluida la dinámica comisiva del delito de robo, esto es, una vez terminada la conducta típica del robo (STS 1334/2002 de 12.7), cuando ya el delito de robo se ha consumado (SSTS 30.10.87 y 14.4.88), aunque la detención se realice a continuación y seguidamente de concluirse el robo (STS 21.11.90 y 3.5.93), como ocurre: cuando los acusados de robo, perseguidos inmediatamente por los policías, consiguen ponerse fuera de la vista y alcance de éstos y después realizan la privación de libertad de las personas que están en una vivienda para que les oculten (STS 646/1997 de 12.4); o cuando la detención se prolongó

después de finalizado el robo, obligando a la perjudicada a trasladar a los autores de los hechos lejos del lugar donde estos se habían producido (STS 655/2000 de 11.4), o si concluido el robo, los autores realizan otra acción para evitar la libertad de la víctima (STS 1890/2002 de 13.11).

Deberá apreciarse un delito de detención ilegal cuando la privación de la libertad en la víctima, por su duración o por sus especiales características, presente una entidad cuyo aspecto negativo en cuanto ataque al bien jurídico protegido, no quede cubierto por la sanción del delito de robo. Tal ocurrirá cuando se prolongue por más tiempo del necesario para ejecutar el apoderamiento o cuando sea desproporcionada en función del delito de robo concreto cometido. En definitiva, cuando objetivamente tenga mayor entidad el ataque a la libertad que el ataque al patrimonio, aun considerando la inevitable privación de libertad que conlleva (SSTS 479/2003 de 31.3, 12/2005 de 20.1). Por eso la Sala 2.<sup>a</sup> ha dicho, en un caso de robo cometido con armas en que, además se ató y amordazó a las víctimas, que la privación de la libertad fue desde el primer momento un elemento adicional a la violencia ejercida por los autores mediante las armas que portaban, pues la acción de atar y amordazar a las víctimas aparece como un agregado sobre abundante que no puede ser considerado dentro de la unidad de la acción propia del delito de robo (STS 273/2003 de 26.2).

El concurso será ideal (art. 77 CP) cuando la detención sea medio necesario para cometer el robo o se produzca durante la dinámica comisiva del mismo casos de detención para despojar a la víctima de sus cosas muebles o para asegurar la ejecución del robo o la fuga del culpable (SSTS 1008/1998 de 119, 1620/2001 de 25.9, 1652/2002 de 9.10).

En el caso de SAP Barcelona, Sec. 7.<sup>a</sup>, n.º 37/2009, de 8-1, se describe una privación de libertad de dos personas, de tres horas de duración, que constituyó medio necesario, en sentido amplio y objetivo, para la comisión del robo, pero su intensidad o duración excedió la mínima privación momentánea de libertad ínsita en la dinámica comisiva del delito contra la propiedad, afectando de un modo relevante y autónomo al bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal. Como precisa la STS 73/2005 de 31.1 «cuando la dinámica comisiva desplegada conlleva previa y necesariamente (art. 77.1) la

inmovilización de la víctima como medio para conseguir el desapoderamiento y esta situación se prolonga de forma relevante excediendo del mínimo indispensable para cometer el robo, máxime cuando su objeto es incluso indeterminado y a expensas de lo que puedan despojar los autores, la relación de concurso ideal (art. 77), es la solución adecuada teniendo en cuenta la doble vulneración de bienes jurídicos autónomos».

La STS 372/2003 de 14 de marzo, plantea la cuestión, que ha tenido en la jurisprudencia dos elementos de definición, principalmente: la duración de la privación de libertad de deambulación, en combinación con las concretas circunstancias del acto depredatorio contra la propiedad, analizado con parámetros de necesidad o de desbordamiento, y el mantenimiento en dicha situación después de abandonar el lugar, los autores del atraco, a sus víctimas en estado de inmovilización. Puede leerse en las SSTs de 9.10.2002 y de 23.01.2003, lo siguiente: «Podemos distinguir varios supuestos para examinar cómo han de resolverse los problemas que se suscitan acerca de si hay un concurso de normas a resolver conforme al art. 8 CP o un concurso de delitos, real (art. 73) o ideal (art. 77) según los casos. La regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de delitos o de normas ha de ser necesariamente una valoración jurídica por la cual, si la sanción por uno de los dos delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en el caso contrario, ante un concurso de delitos. Veamos tres supuestos diferentes:

1.º El que podemos considerar ordinario, que parte de la concepción de que en todo delito de robo con violencia o intimidación en las personas hay siempre una privación de la libertad ambulatoria, consecuencia necesaria del acto de amenaza o de fuerza física que paraliza los movimientos de la víctima. Habría aquí concurso de normas, con particular aplicación de la regla de la absorción del n.º 3.º del art. 8 CP, porque el precepto más amplio o complejo —el mencionado robo— consume en su seno aquel otro más simple —la detención ilegal—. En este supuesto encajan no sólo los casos de comisión más o menos instantánea o breve del robo, sino también aquellos otros en que, por la mecánica de la comisión delictiva elegida por el autor hay alguna prolongación temporal, de modo que también el traslado forzado de un

lugar a otro de la víctima o de un rehén o su retención mientras se obtiene el objeto del delito se considera que forman parte de esa intimidación o violencia que se utiliza contra el sujeto pasivo. Si hay una coincidencia temporal entre el hecho de la obtención del elemento patrimonial y el de la privación de libertad ambulatoria, puede aplicarse esta regla de la absorción. En este grupo habría que incluir, en principio, los casos tan frecuentes de obtención de dinero con tarjeta de crédito mediante el traslado forzado de la víctima a un cajero automático.

2.º Otro supuesto es aquel en que no se produce esa coincidencia temporal, pues, consumado el hecho de la apropiación material del bien mueble ajeno, se deja a la víctima o a algún rehén atado, esposado, encerrado, en definitiva impedido para moverse de un sitio a otro. Si ello se hace en condiciones tales que el autor del hecho puede pensar que esa privación de libertad posterior al hecho de la consumación del robo lo ha de ser, no por unos breves momentos, ordinariamente el necesario para poder escapar, sino que cabe prever que tardará algún tiempo en verse libre, nos hallaríamos ante un concurso real de delitos, el primero de robo, y el posterior de detención ilegal a castigar conforme al art. 73 CP. Véase en este sentido la sentencia de esta sala de 12.6.2001 que excluyó dos delitos de detención ilegal porque la liberación de los dos encerrados en el búnker del supermercado se produjo transcurridos unos cuarenta y cinco minutos. Los empleados del establecimiento tardaron ese tiempo en encontrar el mando a distancia con el que abrir la puerta, y esta circunstancia se consideró no imputable a los acusados al no ser previsible para ellos.

3.º Por último, puede ocurrir que sí exista esa coincidencia temporal entre los dos delitos pues la detención se produce durante el episodio central del robo, es decir, mientras se están realizando las actividades necesarias para el apoderamiento de la cosa; pero ello durante un prolongado período de tiempo durante el cual simultáneamente se está produciendo el despojo patrimonial y el atentado a la libertad personal.

Desde el punto de vista del criterio de la valoración jurídica, hay que decir que en estos casos la significación ilícita de la detención tiene tal relevancia que no cabe afirmar su absorción en el robo como elemento integrante de la violencia o intimidación propia de este último delito. Nos encontraríamos entonces ante

un concurso ideal de delitos del art. 77 CP. Así se viene pronunciando el TS en casos de duración claramente excesiva, aunque hay que comprender la dificultad que existe para distinguir este supuesto del examinado en primer lugar. Véanse las SSTS de 8.10.98, 3.3.99, 11.9.2000 y 25.1.2002. Las tres últimas contemplan casos de tres horas en la privación de libertad transcurridas mientras los autores del robo tenían retenida a la víctima a la que pretendían despojar de su dinero usando su tarjeta en uno o varios cajeros automáticos. Tan larga privación de libertad no puede considerarse consumida en la violencia o intimidación personal que acompaña a estos delitos de robo. Es necesario aplicar las sanciones de los dos delitos para abarcar la total ilicitud punible de estos comportamientos».

En definitiva, la jurisprudencia ha exigido para entender que la privación de libertad no queda absorbida en la dinámica propia del robo, que el encierro o el traslado no queridos rebasen el tiempo normal y característico de la mecánica comisiva del robo, debiendo quedar excluidas del tipo sancionador de la privación de libertad las inmovilizaciones del sujeto pasivo del robo de corta duración e inherentes a la actividad expoliatoria desplegada por los agentes, sin sustantividad propia penal, que queda absorbido por el comportamiento depredatorio. Aplicando esta doctrina jurisprudencial al caso, una duración cercana a los quince o veinte minutos, se considera necesaria para el aludido despojo patrimonial, no excesivamente prolongada, y por consiguiente, queda tal conducta absorbida en el acto depredatorio por el que han sido condenados. Por lo demás, la STS 1890/2002, de 13 de noviembre, mantiene la doctrina del concurso delictivo (real), cuando «hallándose ya los denunciados en la posesión de lo sustraído, es decir, después de ejecutado el delito contra la propiedad, realizaron otra acción preordenada exclusivamente a cancelar la libertad deambulatoria de la víctima».

La STS núm. 1020/2007 de 29 noviembre confirma la detención ilegal en un supuesto de trasladar a las víctimas de robo por diferentes cajeros, con trayectos de una y dos horas, no es absorbida la detención por el robo.

— Con la realización arbitraria del propio derecho del art. 455 CP. Como indican las SSTS 1243/2003 y 501/2004, «el delito de realización del propio derecho ha sido modificado por el CP de 1995 que ha extendido esta figura

delictiva a la realización de cualquier derecho, suprimiendo la exigencia de que se cometa mediante el apoderamiento de cosa perteneciente al deudor, y se admite que pueda realizarse, no sólo con violencia e intimidación, sino también con fuerza en las cosas. Distinto bien jurídico y ánimo cuanto al propósito de realizar un derecho propio, elemento subjetivo del injusto, la jurisprudencia ha entendido que el mismo determine la eliminación del ánimo de lucro, y marca la diferencia con el robo. La intención de enriquecimiento injusto preside el delito de robo, mientras en el art. 455 del CP, se busca la reparación de un empobrecimiento injusto».

— Robo violento y uso de armas y lesiones agravadas por el empleo de las mismas. Donde puede existir vulneración del non bis in eadem: ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

La STS 568/2009 de 28 de mayo aborda la cuestión ante recurso del MF que esgrime jurisprudencia contradictoria, la diversidad de bienes jurídicos que se protegen, la propiedad, y la integridad física, y que en el delito de robo con intimidación, la agravación derivada del empleo de medios peligrosos resulta de la mera exhibición, en tanto que en la tipicidad de las lesiones requiere que se produzca una efectiva utilización, por lo que los presupuestos fácticos de las agravaciones no son los mismos y, por lo tanto no hay vulneración del non bis in eadem. Se señala, de contrario, en la sentencia que «en nuestra jurisprudencia más reciente, sobre todo la distinción en el presupuesto de agravación para el delito de robo y para las lesiones, bastando en el primero la exhibición y requiriendo en el segundo su efectiva utilización, no se aplica la doble subsunción de los medios peligrosos atendiendo a que en el fondo la ratio agravatoria es la misma».

La STS 1572/2003, de 25 de noviembre señala que en otras ocasiones, casos de concurrencia de delitos de robo con intimidación y de violación, se ha argüido la necesidad de que para la doble incriminación por el empleo de medios peligrosos se requiere una especial motivación sobre la peligrosidad concreta.

Dice la STS 396/2008, de 1 de julio, que «puede existir una vulneración del non bis in idem en los supuestos de concurrencia de un delito de robo con intimidación y empleo de medios peligrosos y otro de lesiones causadas con el



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

medio peligroso portado, pues si bien es cierta la diversidad de bienes jurídicos afectados, y la distinta conformación típica, en un caso bastaría la exhibición y en el delito de lesiones la tipicidad de la agravación requiere un uso vulnerante, también lo es que en el delito de lesiones con carácter previo a su utilización como instrumento en la lesión, ha existido una previa exhibición, lo que conllevaría que el mismo hecho, la exhibición del arma, sería castigada doblemente como presupuesto de la respectiva agravación, siempre, claro está que se tratara del mismo instrumento peligroso empleado en la acción depredatoria y en la de lesión. En el caso analizado, además, la forma comisiva reflejada en los hechos refiere una simultaneidad del empleo del cuchillo para el desapoderamiento, pues la perjudicada así el bolso tratando de evitar la sustracción, y para las lesiones, de manera que su empleo, lesivo, se corresponde con su empleo exhibiéndolo, razones que justifican, para este supuesto, dada la simultaneidad en el empleo del cuchillo, para potenciar la violencia y para causar la lesión, que hace que no se estime procedente la doble incriminación en los respectivos tipos agravados».

Alfredogarcialopez

ABOGADOS



Alfredogarcialopez  
ABOGADOS



55

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO  
984 186 927  
984 081 875f  
[www.alfredogarcialopez.es/com](http://www.alfredogarcialopez.es/com)





Alfredogarcialopez  
ABOGADOS



57

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO  
984 186 927  
984 081 875f  
[www.alfredogarcialopez.es/com](http://www.alfredogarcialopez.es/com)



Alfredogarcialopez  
ABOGADOS







Alfredogarcialopez  
ABOGADOS



ABOGADOS

60

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO  
984 186 927  
984 081 875f  
[www.alfredogarcialopez.es/com](http://www.alfredogarcialopez.es/com)



Alfredogarcialopez  
ABOGADOS



