



Revista

ISSN 2007-4700

Temal

MÉXICO

Número 7 • Febrero 2015



Análisis crítico sobre la regulación de los delitos de robo en el Proyecto de 2013 de reforma del Código penal*



Juana del Carpio Delgado

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

RESUMEN: *En la línea de exacerbación punitiva que caracteriza las reformas penales de los últimos tiempos, el Proyecto prevé ampliar sustancialmente el ámbito de aplicación tanto de los tipos básicos como de los tipos cualificados de los delitos de robo con fuerza en las cosas y robo con violencia o intimidación en las personas. La propuesta de reforma supone un trascendental cambio en la configuración y régimen punitivo de estos delitos sin que se hayan ofrecido argumentos convincentes para justificar la reforma y, tal como sucede con otros aspectos del Proyecto, vulnera claramente los principios de seguridad jurídica y de proporcionalidad.*

PALABRAS CLAVE: *Delincuencia patrimonial, robo con fuerza en las cosas, robo con violencia o intimidación, productos agrarios y ganaderos, porte de armas, profesionalidad.*

ABSTRACT: *In punitive Exacerbation's line that characterize penal reforms of recent times, the Project provides substantially expand the scope of applicability of basic and skilled types of crime of burglary in things and robbery with violence or intimidation against persons. The proposed reform is a major change in the configuration and punitive regime of these crimes has not offered convincing arguments for reform and, as with other aspects of the project, clearly violates the principles of legal certainty and proportionality.*

KEY WORDS: *Heritage crime, burglary in things, robbery with violence or intimidation, agricultural and livestock products, carrying of weapons, professionalism.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Robo con fuerza en las cosas. III. Robo con violencia o intimidación en las personas. IV. Bibliografía.*

* El presente trabajo de investigación se enmarca en el Proyecto DER2011-27473, "Análisis crítico de la reforma de 2010 del Código Penal: con especial referencia a las incorporaciones en la parte general y nuevas figuras delictivas", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y en el Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminología, SEJ 047 de la Junta de Andalucía, ambos dirigidos por el profesor Francisco Muñoz Conde.

Abreviaturas

CF: *Consejo Fiscal*;

CGPJ: *Consejo General del Poder Judicial*;

CP: *Código penal*;

FGE: *Fiscalía General del Estado*;

PE: *Parte Especial*;

PrCp: *Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, presentado en septiembre de 2013*;

SAP: *Sentencia de Audiencia Provincial*;

STS: *Sentencia del Tribunal Supremo*.

I. Introducción

En la Exposición de Motivos del Proyecto de reforma presentado en septiembre de 2013, se argumenta que la “revisión de los delitos patrimoniales tiene como objetivo esencial ofrecer respuesta a los problemas que plantea la multirreincidencia y la criminalidad grave”. La referencia a estas dos cuestiones puntuales, que por cierto no quedan solucionadas satisfactoriamente en el Proyecto, le sirve de excusa al prelegislador para ampliar el ámbito de aplicación del delito de robo con fuerza en las cosas en el que se pretende incluir los supuestos de *fuerza subséquens* e incorporar “nuevos” tipos cualificados. Como era de esperar, el Proyecto también aumenta los marcos penales de forma que la pretendida progresión punitiva entre los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas y robo con violencia o intimidación en las personas termina diluyéndose al haber la posibilidad, por ejemplo, de que determinados tipos cualificados del robo con fuerza en las cosas sean castigados con la misma pena de algunos tipos cualificados del robo con violencia o intimidación.

Con relación al robo con fuerza en las cosas, los aspectos más importantes de la propuesta de reforma son los siguientes: en primer lugar, se amplía el concepto de fuerza, por lo que, como veremos a continuación,

se considera también como fuerza la que se realiza para abandonar o salir del lugar en el que se encuentran las cosas. En segundo lugar, se incorporan nuevos tipos cualificados en el art. 235 PrCp. En tercer lugar, se pretende introducir un nuevo artículo 235 bis PrCp, en el que se contienen dos circunstancias agravantes aplicables a los delitos de hurto (art. 235 bis PrCp), robo con fuerza en las cosas (art. 240.2 PrCp) y al robo con violencia o intimidación (art. 242.3 PrCp). Por un lado, cuando el autor o cualquiera de los intervinientes en el hecho porte un arma u otro instrumento peligroso y, por otro, cuando se trate de un miembro de una organización o grupo criminal constituido para la comisión continuada de delitos contra la propiedad, y otro de sus integrantes participe en la comisión del delito. En cuarto lugar, se prevé agravar el robo con fuerza cometido en edificio o local abierto al público fuera de las horas de apertura. En quinto lugar, se prevé una hiperagravación cuando el robo cometido en casa habitada o en edificio o local abierto al público o en cualquiera de sus dependencias revista especial gravedad, atendiendo a la forma de comisión del delito o a los perjuicios ocasionados y, en cualquier caso, cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en los arts. 235 o 235 bis PrCp.

También se proponen importantes modificaciones para el robo con violencia o intimidación en las personas. Así, en primer lugar, se aclara el concepto de robo con violencia o intimidación. En segundo lugar, se prevé la agravación específica del robo cometido en edificio o local abierto al público o en sus respectivas dependencias. En tercer lugar, se dispone que las circunstancias contenidas en el nuevo art. 235 bis PrCp también sean aplicables al robo con violencia o intimidación.

Finalmente, se prevé incluir un nuevo artículo 242 bis PrCp que afecta todo el Capítulo II del Título XIII del Libro II del Código penal, en el que se establece que a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada.¹

¹ En el Proyecto también se propone la reforma de la medida de libertad vigilada. Según el art. 104 PrCp, los requisitos que deben concurrir para imponer la libertad vigilada postpenitenciaria son: (i) que esté prevista expresamente para el delito cometido; (ii) que se haya impuesto al sujeto una pena de más de un año de prisión. Obsérvese que se dispone que el sujeto debe haber sido condenado a una pena de más de un año de prisión, no que el delito cometido tenga prevista esa pena; (iii) pronóstico de peligrosidad futura, lo que supone que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos, y (iv) que sea necesaria. Es decir, que la imposición de la libertad vigilada resulte necesaria para compensar, al menos parcialmente, la peligrosidad del sujeto. A diferencia de la regulación vigente, el catálogo de prohibiciones y obligaciones que vendrán a concretar el contenido de la libertad vigilada es abierto. Si bien el art. 104 bis PrCp contiene un extenso número de obligaciones

II. Robo con fuerza en las cosas

1. La ampliación del concepto de robo con fuerza en las cosas

El Proyecto pretende la modificación del art. 237 CP en la que se contiene el concepto de robo con fuerza en las cosas en los siguientes términos: “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 o abandonar el lugar donde éstas se encuentran”. De esta forma, como veremos a continuación, los supuestos de *fuerza subsēquens* pasarán a ser típicos a efectos del robo.

En líneas generales, en el texto refundido del Código penal de 1973, el robo con fuerza en las cosas se definía en los arts. 500 y 504. En el primero de ellos se establecía que “son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucrarse, se apoderan de las cosas muebles ajenas [...] empleando fuerza en las cosas”. Mientras que en el segundo se mencionaban las modalidades de fuerza empleada en la ejecución del hecho. Como en estos artículos no se establecía el momento en el que la fuerza debía estar presente, doctrina y jurisprudencia discrepaban sobre el alcance del momento en el que el sujeto debía aplicar la fuerza. Así, alguna sentencia aislada consideró como robo con fuerza en las cosas aquel en el que el sujeto utilizara el escalamiento para salir del lugar donde había realizado el apoderamiento por entender que, como esta clase de delitos de robo no se consuma

hasta que hay una disponibilidad pacífica de la cosa sustraída, y como tal disponibilidad no existe hasta que se abandona sin persecución el lugar del robo, la salida con escalamiento quedaba dentro de la acción de robar.² Sin embargo, jurisprudencia y doctrina mayoritaria se manifestaban de acuerdo con que para no ampliar desmesuradamente el ámbito del robo con fuerza en las cosas, los supuestos de fuerza a los que se hacía referencia en el art. 504 CP debían concurrir en el momento de la ejecución del hecho. Así, la *fuerza subsēquens*, es decir, la que se aplica con posterioridad a la ejecución, no podría configurar la fuerza exigida en el robo.³ En consecuencia, una fractura posterior a la sustracción de la cosa o el escalamiento, no para acceder al lugar en el que se encuentra la cosa sino para huir del lugar de los hechos, constituían actos posteriores, en principio, impunes.

Tras la promulgación del Código penal de 1995, este problema interpretativo quedó solucionado. El art. 237 CP contiene el concepto de robo y, además, describe sus dos modalidades típicas; pero, para determinar en qué consisten éstas, debemos remitirnos a los siguientes artículos en los que se detallan los demás elementos típicos que deben concurrir para que un hecho pueda ser calificado como robo. En el art. 237 CP se establece que son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de cosas muebles ajenas “empleando fuerza en las cosas ‘para acceder’ al lugar donde éstas se encuentran”.

A diferencia de la configuración del robo con violencia o intimidación en la que el legislador no esta-

y prohibiciones que el sujeto debe cumplir durante todo el tiempo de duración de la libertad vigilada o durante un periodo determinado, el juez puede imponer el cumplimiento de otras obligaciones y “condiciones”, especialmente aquellas que se refieren a la formación, ocio o desarrollo de su actividad habitual. También se prevé la posibilidad de imponer el cumplimiento de otros “deberes” que se estimen convenientes para la rehabilitación social del condenado, previa conformidad de éste. A pesar de no disponerse expresamente, la imposición de algunas de las medidas contenidas en el catálogo deberán contar con el consentimiento del sujeto condenado al suponer una grave injerencia en la libre determinación del sometido a la misma, como, por ejemplo, el deber de someterse al control del consumo de alcohol, drogas tóxicas, sustancias estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o el someterse a tratamiento ambulatorio. En cualquier caso, la imposición de las obligaciones y prohibiciones está condicionada, en primer lugar, por que no atenten contra la dignidad del sometido a las mismas y, en segundo lugar, por que no resulten excesivas o desproporcionadas con las circunstancias del caso. Un análisis de la regulación vigente puede verse en Del Carpio Delgado, “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 27, 2012, pp. 155 y ss.; “La medida de libertad vigilada para adultos”, *Revista de Derecho penal*, núm. 36, 2012, pp. 21 y ss.; Sierra López, *La medida de libertad vigilada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 99 y ss.

² Así, en la STS, 1ª, 23.05.1987 (Id Cendoj: 28079120011987101044; MP Luis Vivas Marzal) se declara expresamente: “si bien es preciso reconocer que, siendo prevalente la doctrina de la ‘illatio’, conforme a la cual no se consuma la infracción sino cuando el infractor o infractores tienen la disponibilidad de lo sustraído siquiera sea durante breve espacio de tiempo, es lo cierto que, el delito de robo, no se consuma sino cuando se produce esa disponibilidad, lo cual implica que, la salida del lugar de autos por vía insólita, pueda implicar que, para la perfección delictiva, haya sido indispensable ese denominado escalamiento de salida, el cual quedaría totalmente inmerso dentro de la dinámica comisiva”.

³ De esta opinión, entre otros, Bajo Fernández, Pérez Manzano y Suárez González, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, p. 166; Mata y Martín, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 252 y 259; Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte especial*, 16ª ed., Madrid, Dykinson, 1993, p. 452.

blece la relación entre estas dos modalidades típicas y el apoderamiento, en el robo con fuerza en las cosas se prevé expresamente el momento y la conexión entre la fuerza y el apoderamiento. La fuerza debe ser previa al apoderamiento y con la finalidad de acceder al lugar donde se encuentra la cosa. Consecuentemente, al igual que la interpretación dada a la regulación contenida en el Código penal de 1973, la fuerza en las cosas realizada con posterioridad al apoderamiento no es fuerza típica para configurar el robo, dando lugar, si cabe, a un hurto.⁴ Por ejemplo, no es típico a efectos del robo el escalamiento ni la rotura de la puerta o ventana para salir del lugar donde se produjo el apoderamiento.⁵

Esta opción legislativa, admitida de forma pacífica por la doctrina y jurisprudencia, pretende ahora ser modificada por el Proyecto en cuya Exposición de motivos se argumenta que “se modifica la definición de robo con fuerza, que pasa a incluir los supuestos en los que la fuerza se utiliza para abandonar el lugar con el botín (el problema habitual se planteaba en los supuestos de desactivación de los sistemas de alarma desde el interior del lugar)”.

Pues bien, atendiendo a la justificación que se da en la Exposición de motivos, parece que la finalidad principal es dar respuesta a los supuestos de desactivación de los sistemas de alarma desde el interior del lugar, es decir, cuando el sujeto inutilice los sistemas específicos de alarma o guarda a los que se refiere el artículo 235.5° CP para salir del lugar en el que se encuentran los objetos sustraídos. Sin embargo, la reforma que se pretende no sólo abarca a la inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda sino al concepto mismo de robo y consecuentemente a todas las modalidades de fuerza en las cosas. Así, por ejemplo, abarcará supuestos en los que el sujeto, sin emplear fuerza en las cosas, accede a un determinado

lugar en el que permanece hasta el cierre, tras lo cual se apodera de objetos y mediante el empleo de fuerza sale de éste. Es decir, supuestos de *fuerza subséquens* que en la actualidad no constituyen fuerza a efectos del robo.

La propuesta de reforma supone ampliar desmesuradamente el ámbito de aplicación del robo con fuerza en las cosas en detrimento del hurto, porque si es indiferente el momento en que la fuerza se aplica, estos supuestos que en la actualidad constituyen delito o falta de hurto pasarán a calificarse como robo con fuerza en las cosas. Si la fuerza puede ser también para “abandonar” el lugar donde el objeto material se encuentra, entonces ésta puede estar presente en cualquier momento de la fase ejecutiva del delito, trasladándose así lo que hasta ahora se interpreta en el robo con violencia o intimidación. Siguiendo con el ejemplo anterior, el escalamiento que se emplee para salir del lugar del apoderamiento entrará en el concepto de fuerza y por lo tanto el hecho será constitutivo de robo con fuerza en las cosas.

Además, al hacer depender la calificación de una conducta posterior a la sustracción misma, para determinar la índole del delito cometido habría que estar a lo que resultase de la conducta posterior del sujeto. Por ejemplo, si el sujeto, tras esconderse en los servicios de un bar para que, una vez cerrado éste, sustraiga un determinado objeto, es sorprendido instantes antes de prepararse para salir por la ventana, estaremos ante una tentativa de hurto, mientras que si es sorprendido cuando se dispone a saltar por la misma vía, estaremos ante un delito de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa.

Mención especial requiere la inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda. Con relación a esta modalidad de fuerza, tanto la doctrina⁶ como el Tribunal Supremo⁷ y la Fiscalía General del Esta-

⁴ Véanse por todos, De Vicente Martínez, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 55; Fernández García, “El robo con fuerza en las cosas”, en Tasende Calvo (dir.), *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 93 y s.

⁵ Véanse entre otras, STS, 1ª, 18.10.1999 (Id. Cendoj: 28079120011999101918; MP: Joaquín Delgado García); STS, 1ª, 07.02.2001 (Id. Cendoj: 28079120012001104262; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón); STS, 1ª, 23.05.2001 (Id. Cendoj: 2807912001200110432; MP: José Antonio Marañón Chávarri); STS, 1ª, 05.11.2001 (Id. Cendoj: 28079120012001105502; MP: José Antonio Marañón Chávarri).

⁶ Al respecto, véanse De Vicente Martínez, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, p. 72; Fernández García, “El robo con fuerza en las cosas”, pp. 147 y ss.; García Arán, “De los robos”, en Córdoba Roda y García Arán (coords.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t. I, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 668.

⁷ STS, 1ª, 25.06.1998 (Id. Cendoj: 28079120011998102470; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón). Un comentario sobre esta sentencia puede verse en Iñigo Corroza, “Desactivación de sistemas específicos de alarma: ¿hurto o robo con fuerza en las cosas? Comentario a STS de 25 de junio de 1999”, en Silva Sánchez (dir.), *Los delitos de robo: comentarios a la jurisprudencia*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 67 y ss. Véanse también, SAP Jaén, Sec. 3ª, 29.11.2010 (Id. Cendoj: 23050370032010100581; MP: Jesús María Passolas Morales); SAP Pamplona, Sec. 3ª, 04.11.2011 (Id. Cendoj: 31201370032011100364; MP: Ildelfonso Prieto García-Nieto).

do⁸ han concluido que la desactivación, con fines de apoderamiento, de los sistemas de alarma sujetos a objetos expuestos para su venta en los establecimientos abiertos al público no constituyen robo con fuerza en las cosas. De este modo, desprender el mecanismo de alarma incorporado en una botella de whisky con la finalidad de evitar la activación de las alarmas dispuestas en la puerta de una licorería no es fuerza a los efectos del robo. Ello en coherencia con el propio concepto de robo con fuerza en las cosas contenido en el art. 237 CP, ya que se trata de una fuerza ejercida sobre la propia cosa y no de una fuerza para el acceso a la misma ni para salir del lugar donde se encuentra, tal como se prevé en el Proyecto.

Sin embargo, la ampliación de la fuerza a momentos posteriores al apoderamiento, y su escueta justificación contenida en la Exposición de motivos del Proyecto, puede llevar a interpretar, tal como se hace en el informe del CGPJ, que el concepto de robo que se propone permite abarcar supuestos como el de desactivar los sistemas de alarma instalados en los objetos para evitar que la sustracción llevada a cabo sea detectada al salir del lugar del establecimiento.⁹ Esta interpretación es incompatible con la propia definición de robo con fuerza en las cosas. Además, supone que las sustracciones que en la actualidad pueden ser constitutivas, en la mayoría de supuestos de faltas de hurto, por el escaso valor de lo sustraído, se transformen automáticamente en delitos de robo con fuerza en las cosas, pero no del tipo básico sino del tipo cualificado por haberse cometido en local abierto al público a castigarse con la pena de prisión de dos a cinco años, lo que, desde todo punto de vista, es una reacción punitiva desproporcionada.

2. Tipos cualificados por la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 235 PrCp

El art. 235 CP contiene una serie de cualificaciones comunes al hurto y al robo con fuerza en las cosas. En este último caso, según dispone el art. 241.1 del mismo

código, “se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 235”. Al respecto, la primera modificación que se debe resaltar es que en el Proyecto de reforma, esta disposición pasa a estar contenida en el art. 240.2 PrCp. La segunda modificación y más importante es la introducción en el art. 235 PrCp de nuevas cualificaciones que pueden ser clasificadas en atención al *objeto material* (conducciones, cableado, equipos o componentes de infraestructuras de suministro eléctrico o de servicios de telecomunicaciones y productos agrarios o ganaderos o de los instrumentos o medios que se utilizan para su obtención), a la *víctima o sujeto pasivo* (aprovechando de su situación de desamparo, o la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad), al *sujeto activo* (actuar con profesionalidad), o por *utilizar* para la comisión del delito a un *menor de 16 años*.

Un aspecto de la propuesta de reforma de menor importancia es la separación en numerales distintos de las cualificaciones previstas en el art. 235.2° CP. Así, el robo con fuerza de cosas de primera necesidad pasa a estar regulado de forma autónoma en el numeral segundo; mientras que el robo de cosas destinadas a un servicio público se regula en el numeral tercero. Además, donde en el texto vigente se hace referencia a que la sustracción de estas cosas “ocasionare” una situación de desabastecimiento, el nuevo texto pasa a decir “se *cause*”.

2.1. Conducciones, cableado, equipos o componentes de infraestructuras de suministro eléctrico o de servicios de telecomunicaciones, destinados a la prestación de servicios de interés general

En la Exposición de Motivos del Proyecto se declara que “debido al grave problema generado por la sustracción de cable de cobre de las redes de servicio público e interés general, también se ha considerado conveniente incorporar una agravación cuando los delitos de hurto o robo afecten a conducciones de suministro eléctrico o de telecomunicaciones”.¹⁰ Esta

⁸ FGE, Consulta 13/1997, Acerca del alcance atribuible al número 5° del art. 238 del Código Penal, en relación con el renovado concepto del delito de robo con fuerza en las cosas, 14 de noviembre.

⁹ A tal fin, el CGPJ propone la siguiente redacción “Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderan de las cosas muebles ajenas empleando fuerza para acceder al lugar donde se encuentran o para evitar que la sustracción cometida sea detectada al abandonar dicho lugar”. “Informe al Anteproyecto de octubre de 2012”, p. 191.

¹⁰ Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 20 de septiembre de 2013, p. 18. En los Anteproyectos de reforma anteriores, julio y octubre de 2012 y abril de 2013, sólo se contemplan expresamente las “conducciones de suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones”. En el Proyecto de septiembre de 2013, se menciona además al “cableado, equipos o componentes de infraestructuras”.

Análisis crítico sobre la regulación de los delitos de robo en el Proyecto de 2013 de reforma del Código penal

afirmación supone desconocer que sin necesidad de la mención expresa de tales objetos en el Código penal, su apoderamiento puede ser constitutivo de hurto, robo con fuerza en las cosas o robo con violencia o intimidación; por lo que, desde nuestro punto de vista, la mención expresa en el Proyecto de estos objetos materiales es superflua.¹¹

En un trabajo sobre la propuesta de regulación de los delitos de hurto en el Anteproyecto presentado en octubre de 2012 de reforma del Código penal, hemos demostrado ampliamente que la sustracción de las conducciones o cableado del suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones no es un fenómeno exclusivo de nuestros tiempos, por lo que, a través de distintas figuras delictivas, el legislador le ha prestado especial atención.¹² Por un lado, tanto la jurisprudencia anterior al Código penal de 1995 como la posterior a éste viene calificando la sustracción de estos objetos materiales como hurto, robo con fuerza en las cosas o robo con violencia o intimidación según las circunstancias concurrentes en los hechos.¹³ Por otro lado, si estos objetos son considerados “cosas destinadas a un servicio público” vienen aplicando el tipo cualificado, sea el hecho constitutivo de hurto o de robo con fuerza en las cosas, previsto en el art. 235.2º CP, siempre que su sustracción cause un grave quebranto al servicio público.¹⁴

Sobre este último aspecto, cabe resaltar que a pesar de que en el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de octubre de 2012 se propone eliminar el requisito del grave quebranto para que el precepto tenga un mayor efecto disuasorio y para evitar que esta agravación dependiera de los factores asociados al funcionamiento, al servicio o suministro,¹⁵ el Proyecto mantiene este requisito. Esta decisión ha de ser valorada positivamente, porque el fundamento de esta cualificación debe seguir siendo el destino general del objeto a la prestación del servicio público y su relación necesaria y directa con el desempeño de la función; y el interés que los ciudadanos no vean perturbada o impedida la posibilidad de utilizar la energía eléctrica, las conexiones a Internet, telefonía, etcétera.¹⁶

Sin embargo, se produce un pequeño cambio en la terminología utilizada para describir el destino de las cosas. Donde en la actualidad se dice cosas “destinadas a un servicio público”, ahora se dice cosas “destinadas a la prestación de servicios de interés general”. Este cambio terminológico no debe suponer un cambio en la interpretación sobre el alcance del tipo. Debe seguir tratándose de objetos destinados a los servicios esenciales y básicos de la colectividad,¹⁷ prestados tanto por las administraciones públicas como por las empresas privadas concesionarias del servicio en régimen de contratación pública.¹⁸

¹¹ Por el contrario, el CF considera que la introducción de esta circunstancia es un acierto “al agravar la penalidad de estos comportamientos delictivos que generan grandes perjuicios económicos a las compañías eléctricas y telefónicas, e incluso a las ferroviarias, afectando a servicios públicos y creando en ocasiones problemas de suministro”, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal*, enero 2013, p. 207.

¹² Del Carpio Delgado, “Sobre la innecesaria reforma de los delitos de hurto. A propósito del Anteproyecto de 2012 de reforma del Código penal”, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Derecho penal*, núm. 1, junio de 2013, pp. 15 y ss.

¹³ SAP Burgos, Penal Sec. 1ª, 10.09.2012 (Id Cendoj: 09059370012012100398); MP: Francisco Manuel Marín Ibáñez). Véanse también, entre otras, SAP Huelva, Penal Sec. 3ª, 09.06.2011 (Id Cendoj: 21041370032011100286); MP: Luis Guillermo García-Valdecasas y García-Valdecasas); SAP Madrid, Penal Sec. 4ª, 01.01.2012 (Id Cendoj: 28079370042012100108); MP: Eduardo Jiménez-Clavería Iglesias); SAP Valencia, Penal Sec. 3ª, 10.01.2012 (Id Cendoj: 46250370032012100004); MP: Lucía Sanz Díaz); SAP Madrid, Penal Sec. 3ª, 28.07.2012 (Id Cendoj: 28079370302012100353); MP: Ignacio José Fernández Soto).

¹⁴ STS, 1ª, 08.11.1988 (Id Cendoj: 28079120011988100811); MP: José Hermenegildo Moyna Menguez); STS, 1ª, 18.01.1989 (Id Cendoj: 28079120011989105869); MP: Eduardo Moner Muñoz); STS, 1ª, 21.02.1989 (Id Cendoj: 28079120011989104971); MP: Luis Vivas Marzal); STS, Sec. 2ª, 17.03.1989 (Id Cendoj: 28079120021989100604); MP: Fernando Díaz Palos); STS, 1ª, 22.03.1990 (Id Cendoj: 28079120011990105177); MP: José Hermenegildo Moyna Menguez); STS, 1ª, 31.01.1991 (Id Cendoj: 28079120011991107010); MP: Francisco Soto Nieto); STS, 1ª, 19.01.1993 (Id Cendoj: 28079120011993109015); MP: Joaquín Delgado García); SAP Barcelona, Penal Sec. 5ª, 14.02.2011 (Id Cendoj: 08019370052011100083); MP: María Magdalena Jiménez Jiménez); SAP Jaén, Penal Sec. 2ª, 12.12.2011 (Id Cendoj: 23050370022011100461); MP: Rafael Morales Ortega); SAP Zaragoza, Penal Sec. 6ª, 29.05.2012 (Id Cendoj: 50297370062012100276); MP: Carlos Lasala Albasini).

¹⁵ CGPJ, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, enero de 2013, pp. 186 y s.

¹⁶ Del Carpio Delgado, *Libertas...*, op. cit., p. 21.

¹⁷ Así, entre otros, De Vicente Martínez, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, 1999, p. 111; García Arán, *El delito de hurto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 156; Quintero Olivares, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II (Artículos 234 a DF 7ª), 6ª ed., Pamplona, Thomson Reuters, 2011, p. 40; Tasende Calvo, “Los hurto cualificados”, en Tasende Calvo (dir.), *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 29.

¹⁸ Véanse, al respecto, García Arán, “El delito de hurto...”, op. cit., p. 156; Pérez Alonso, Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes “indeterminadas” en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, Madrid, Edersa, 1995, pp. 392 y s.

Visto lo anterior, para aplicar este tipo cualificado será necesario, en primer lugar, que el objeto material sean conducciones, cableado, equipos o componentes de infraestructuras de suministro eléctrico o de servicios de telecomunicaciones u otros objetos análogos; en segundo lugar, debe estar destinado a la “prestación de servicios de interés general”; y, en tercer lugar, el robo debe provocar un grave quebranto a estos servicios.

Como decíamos, la mención expresa de estos objetos en el Proyecto de septiembre de 2013 es superflua entre otros motivos porque el legislador, en su constante preocupación porque el casuismo utilizado en la descripción de los elementos del tipo no termine por estrechar el ámbito de lo punible o crear lagunas de punibilidad, mantiene la cláusula abierta de “otras cosas destinadas a la prestación de servicios de interés general”, dentro de la cual entran sin ningún género de dudas los cables, tendidos eléctricos, telefónicos o cualquier otro objeto de similar naturaleza.

2.2. Productos agrarios o ganaderos, o de los instrumentos o medios que se utilizan para su obtención, siempre que el delito se cometa en explotaciones agrícolas o ganaderas

Esta circunstancia que se propone introducir no tiene precedentes en los textos de reforma presentados por el Ejecutivo del Partido Popular. Tampoco en los Anteproyectos presentados en 2012 ni en 2013 se puede encontrar referencia alguna a esta circunstancia. Según se declara en la Exposición de motivos del Proyecto, se pretende ofrecer respuesta al

grave problema que plantean actualmente los delitos patrimoniales cometidos en explotaciones agrarias o ganaderas con causación de perjuicios relevantes a sus titulares: se trata de infracciones cometidas en explotaciones en las que difícilmente es posible adoptar medidas eficaces de protección, circunstancia que es aprovechada para la comisión de estos delitos; y que conllevan la causación a sus propietarios de un perjuicio extraordinariamente elevado, muy superior al que corresponde a la mera valoración de los productos sustraídos, y con causa de una grave sensación de desprotección e inseguridad para quienes los sufren.

En primer lugar, el objeto material de esta circunstancia está limitado, por un lado, a los productos agrarios o ganaderos dentro de los que se encuentran

los productos agrícolas como los alimentarios (frutas, hortalizas, etc.) y los industriales (algodón, esparto, etc.), así como los productos ganaderos (ganado bovino, caprino, porcino, etc.); por otro lado, también constituyen objeto material los instrumentos o medios que se utilizan para la obtención de estos productos, dígase las herramientas agrícolas o los aperos de labranza, entre otros.

En segundo lugar, el apoderamiento de estos objetos debe realizarse en un ámbito espacial determinado. Sólo podrá aplicarse esta cualificación si el delito se “comete en explotaciones agrícolas o ganaderas”. Consecuentemente, si la sustracción de estos objetos se realiza de los almacenes de una cadena de supermercados, de una alhóndiga, corrida o de cualquier otro lugar en el que se encuentren estos productos para su venta, comercialización o cualquier otra finalidad, no podrá aplicarse esta cualificación.

Por último, la exigencia de que el robo con fuerza cause un “perjuicio grave a la misma”, es decir, a la explotación agrícola o ganadera, supone que la valoración del resultado debe realizarse teniendo en cuenta otros efectos de la sustracción de los objetos distintos de su propia naturaleza o destino. El concepto de “perjuicio grave” es indeterminado y, como muchos de los que se contemplan en las demás cualificaciones, debe ser valorado por el órgano sentenciador en atención a las circunstancias del caso. Este perjuicio grave a la explotación agrícola o ganadera debe equivaler a una disminución patrimonial elevada, que supere el valor intrínseco de los productos sustraídos, de carácter objetivo y económico, y que permita diferenciarla del ámbito de la responsabilidad civil. Si esto es así, entonces, este efecto de la sustracción en poco o nada se distinguirá de la cualificación basada en la producción de perjuicios de especial consideración prevista en el numeral 3º del art. 235 CP (numeral 4º del art. 235 PrCp).

Ahora bien, teniendo en cuenta que el tipo cualificado debe contener todos los elementos del tipo básico, para aplicar esta cualificación, la sustracción de los productos agrarios o ganaderos debe realizarse utilizando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde éstas se encuentran. De esta forma, si un sujeto sustrae melocotones sin que sea necesario utilizar la fuerza para llegar a ellos porque, por ejemplo, la finca no cuenta con un sistema de cerramiento, los hechos serán constitutivos de hurto, mas no de robo con fuerza en las cosas.

En nuestra opinión, la introducción de esta cualificación, al igual que la anteriormente analizada, es innecesaria por dos motivos: los objetos que se mencionan expresamente son objetos materiales idóneos para configurar un delito de hurto,¹⁹ robo con fuerza en las cosas²⁰ o robo con violencia o intimidación. En la práctica, la sustracción de estos objetos viene siendo castigada por cualquiera de las modalidades delictivas anteriormente mencionadas. Además, existiendo una cualificación basada en la causación o producción de perjuicios de especial consideración, la introducción de esta cualificación no se debe a un vacío legal que deja impune este tipo de comportamientos, sino, por el contrario, el único fin es tranquilizar a las víctimas de estos hechos que, según la Exposición de motivos, tienen “una grave sensación de desprotección e inseguridad”.

2.3. Abuso de situación de desamparo de la víctima, o aprovechando la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito

El numeral 6º mantiene la cualificación por poner a la víctima o a su familia en grave situación económica o que el hecho se haya realizado abusando de las circunstancias personales de ésta. Además de estas circunstancias personales de la víctima se introducen otras que suponen una mayor facilidad para la comisión del robo. Estas circunstancias relacionadas con la situación en la que se encuentra la víctima consisten en una situación de desamparo, un accidente o un riesgo o peligro general para la comunidad como pueden ser las inundaciones, incendios o terremotos. Para apreciar esta cualificación se requiere, además, de la concurrencia objetiva de estas circunstancias, que esta situación haya debilitado la defensa del suje-

to pasivo o facilitado la comisión impune del delito, y que ésta sea aprovechada de forma consciente por el sujeto activo.²¹

2.4. Profesionalidad

El numeral séptimo del art. 235 PrCp prevé cualificar el hurto o robo con fuerza en las cosas “cuando el autor actúe con profesionalidad”. Esta profesionalidad existe, según el precepto, cuando el autor de los hechos “actúa con el ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional”.

En la Exposición de motivos del Proyecto, se alega que se introduce un supuesto agravado aplicable a la delincuencia profesional, con el “objetivo esencial” de ofrecer respuesta a los problemas que plantea la multirreincidencia. Se incluyen en la “profesionalidad” todos aquellos supuestos en los que el autor actúa con el ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional. Está claro que el prelegislador pretende castigar con una pena más grave los supuestos en los que el autor comete este tipo de sustracciones para sustentarse económicamente del producto o beneficio que éstas le reporten. Sin embargo, ni de la Exposición de motivos ni menos del texto contenido del precepto puede deducirse, sin temor a equivocarse, qué requisitos deben concurrir para apreciar tal profesionalidad.

En principio, de la referencia a la fuente de ingresos “no meramente ocasional” puede interpretarse que, al igual que en la regulación vigente del delito habitual y de la falta reiterada de hurto,²² el fundamento del rigor punitivo está en la repetición o la reiteración de las sustracciones, por lo que será necesaria la constatación de una pluralidad de actos constitutivos de robo con fuerza en las cosas. Pero, ¿cuántas sustracciones serán necesarias para hablar de esa pluralidad de actos? Tal como hemos analizado en otro trabajo,²³

¹⁹ Véanse, entre otras, STS, 1ª, 21.01.1982 (Id. Cendoj: 28079120011982101045; MP: Mariano Gómez de Liaño Cobaleda); STS, 1ª, 21.06.1985 (Id. Cendoj: 28079120011985100807; MP: Benjamín Gil Sáez); SAP Murcia, Penal Sec. 3ª, 07.05.2012 (Id. Cendoj: 30030370032012100227; MP: Juan del Olmo Gálvez); SAP Barcelona, Penal Sec. 10ª, 18.10.2012 (Id. Cendoj: 08019370102012100723; MP: Santiago Vidal Marsal).

²⁰ Así, por ejemplo, las siguientes sentencias en las que se condena por robo con fuerza en las cosas la sustracción de productos agrícolas o ganaderos: STS, 1ª, 07.10.1993 (Id. Cendoj: 28079120011993105789; MP: Francisco Soto Nieto); STS, 1ª, 16.10.2000 (Id. Cendoj: 28079120012000103122; MP: José Antonio Martín Pallín).

²¹ En el Informe del CGPJ al Anteproyecto de octubre de 2012, se plantea que “dado que ‘impune’ es lo que queda sin castigo, se sugiere suprimir ese vocablo, en tanto que introduce un elemento equívoco en el tipo. Además, la referencia a la mayor facilidad para cometer el delito posibilita que el sentido del precepto sea perfectamente inteligible, sin necesidad de emplear el vocablo antes indicado”, p. 187.

²² Véase al respecto, García Arán, “La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2011, p. 1002.

²³ Del Carpio Delgado, *Libertas...*, op. cit., pp. 30 y ss.

a falta de un criterio objetivo sobre la pluralidad de actos, podría tomarse como referencia lo dispuesto para el delito habitual de hurto antes de la reforma de 2010 del Código penal, es decir, la comisión de cuatro o más delitos de robo,²⁴ que de haber sido enjuiciados pudieron constituir autónomamente un delito de robo con fuerza en las cosas. De esta forma, para no incurrir en *bis in idem*, las sustracciones constitutivas de robo con fuerza sobre las que hubiera recaído sentencia condenatoria o las que hubieran prescrito no deben ser tenidas en cuenta para establecer la existencia de esta pluralidad de delitos.

Además de la conexión temporal que debe existir entre los actos constitutivos de robo con fuerza en las cosas, otro de los requisitos necesarios para apreciar la profesionalidad es el ánimo del sujeto de proveerse de una fuente de ingresos no meramente ocasional. Este elemento subjetivo que sí aparece en el texto del Proyecto es diferente del ánimo de lucro y debe estar presente en cada uno de los apoderamientos para que pueda apreciarse la profesionalidad. Además, al exigirse que la fuente de ingresos no sea meramente ocasional, se entiende que el sujeto vive frecuente o habitualmente del producto, ganancias o beneficios que le reporta la comisión de los robos. Ahora bien, no tiene por qué ser necesario que se trate de su única fuente de ingresos, por lo que puede ser compatible con el ejercicio contemporáneo de otra actividad lícita remunerada.

La técnica utilizada, si es que la hay, para describir esta cualificación es deficiente y supone una grave vulneración al principio de seguridad jurídica.²⁵ Y aunque pueda considerarse que algunos supuestos, de concurrir todos los requisitos, del delito habitual y de la falta reiterada de hurto pueden ser incluidos en esta cualificación, su introducción en el Código pe-

nal es superfluo y distorsionador. Es superfluo porque bastaría con aplicar el régimen previsto para el delito continuado, en el que, a pesar de la exigencia de la comisión de una pluralidad de actos, no se pone el acento en el “ánimo del sujeto de proveerse de una fuente de ingresos no meramente ocasional”. Y es distorsionador porque esta pluralidad de robos con fuerza puede constituir, de reunir todos los requisitos, un delito continuado de robo,²⁶ por lo que la delimitación de esta cualificación por “profesionalidad” delictiva del delito continuado se presenta muy problemática.²⁷

2.5. Utilización de menores de dieciséis años

Esta circunstancia, que se introdujo en el numeral 5º del art. 235 CP tras la reforma del 2010, pasa ahora a estar contenida en el numeral 8º. La única modificación que no debería alterar su ámbito de aplicación es elevar la edad del menor “utilizado” para la comisión del robo de catorce a dieciséis años.²⁸ En nuestra opinión, tanto en la regulación vigente como en la propuesta en el Proyecto, el verbo utilizar debe ser interpretado en un sentido estricto, de modo que sólo se incluyan supuestos en los que el mayor de edad, como autor mediato, realiza el hecho utilizando al menor como instrumento.²⁹ De esta forma, si la intervención del menor en el robo con fuerza puede ser calificada como autoría o participación, no debería aplicarse esta cualificación.³⁰

3. Tipos cualificados por la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 235 bis PrCp

Si bien en la Exposición de motivos del Proyecto se afirma que la modificación del catálogo de agravantes

²⁴ Asumiendo que se podría proponer un número mayor de sustracciones o incluso menor, por lo que, de prosperar esta propuesta de reforma, habrá que esperar a lo que la jurisprudencia establezca.

²⁵ Así, el CF advierte que la redacción de esta circunstancia agravante puede provocar problemas de prueba y dificultades en su aplicación práctica, en FGE, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995*, enero de 2013, p. 209.

²⁶ Aunque, como han puesto de manifiesto importantes sectores de la doctrina, la figura del delito continuado presenta, especialmente en los delitos patrimoniales, numerosas complicaciones aplicativas. Véase ampliamente al respecto Sanz Morán, “El delito patrimonial continuado y su sinuosa interpretación jurisprudencial”, *La Ley Penal*, núm. 67, 2010, pp. 10 y ss.

²⁷ Un análisis más detallado puede verse en Del Carpio Delgado, *Libertas...*, op. cit., pp. 32 y ss.

²⁸ Sobre la reforma de 2010, véanse, entre otros, Faraldo Cabana, “Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010”, *La Ley Penal*, núm. 81, 2011, p. 3; García Arán, *RJC*, 2011, p. 1008; Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte Especial*, 18ª ed. revisada y puesta al día, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 391.

²⁹ En el ámbito del tráfico de drogas, el Acuerdo adoptado en el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2009, sobre el alcance del art. 370.1 del CP, establece que resulta de aplicación la cualificación por utilización de menores cuando el autor se sirve de un menor de edad (o de un disminuido psíquico) de modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaleciendo de su situación de ascendencia o de cualquier forma de autoría mediata.

³⁰ Véase más ampliamente, al respecto, Del Carpio Delgado, *Libertas...*, op. cit., pp. 33 y ss.

de los delitos patrimoniales supone que éstas pasan a ser aplicables a los delitos de hurto y a “todas las modalidades de robo”,³¹ lo cierto es que sólo las circunstancias previstas en el art. 235 bis PrCp son comunes tanto al hurto como al robo con fuerza en las cosas y al robo con violencia o intimidación. Como hemos visto anteriormente, las circunstancias previstas en el art. 235 PrCp son aplicables al hurto en virtud de lo dispuesto en los arts. 234.2 y 235 PrCp, y al robo con fuerza en las cosas según disponen los arts. 240.2 y 241.4 PrCp. Mientras que las calificaciones del art. 235 bis PrCp son aplicables al hurto (arts. 234.2 y 235 bis PrCp), al robo con fuerza en las cosas (arts. 240.2 y 241.4 PrCp) y al robo con violencia o intimidación (art. 242.3 CPC).

Pues bien, cuando se trate de robo con fuerza en las cosas, el art. 240.2 PrCp prevé una pena de dos a cinco años de prisión cuando en su ejecución concurre cualquiera de las dos circunstancias que pasamos a analizar.

3.1. Porte de armas u otros instrumentos peligrosos

Aunque esta calificación es común a los delitos de robo con fuerza en las cosas y al robo con violencia o intimidación, el ámbito de aplicación en cada una de estas modalidades delictivas es distinto, por lo que en este epígrafe sólo nos referiremos al robo con fuerza en las cosas.

El porte de armas como circunstancia agravante ya estaba previsto en el texto refundido del Código penal de 1973. El numeral primero del art. 506 disponía la agravación de la pena del robo cuando “el delincuente llevare armas u otros medios peligrosos”. Sin embargo, a pesar de estar contenida en los Proyectos de Código penal de 1980 y 1992, no fue incluida en el texto final del Código penal de 1995.

En la Exposición de motivos del Proyecto se justifica la introducción de esta calificación en consideración de “la peligrosidad potencial de quien da inicio a la ejecución de un delito patrimonial llevando consigo un arma que podría llegar a utilizar en cualquier momento”. Esto supone que el fundamento de esta circunstancia estaría en el riesgo o peligro para

la vida o integridad física de las personas que supone el llevar armas u otros instrumentos peligrosos en el momento de la comisión del robo con fuerza en las cosas, por cualquiera de los intervinientes en el delito.³² En este contexto, si tal riesgo no existe o el peligro no es real no podrá aplicarse la calificación, así, por ejemplo, cuando no exista ninguna proximidad espacial entre el autor y el sujeto pasivo o víctima del robo o cuando el instrumento no sea peligroso como, por ejemplo, un cuchillo de plástico.

Además, hay que tener en cuenta que algunas modalidades de fuerza en las cosas requieren necesariamente el uso de un instrumento mecánico sobre el elemento donde están contenidas las cosas, y éste puede tener la consideración de instrumento peligroso. Así, por ejemplo, portar un instrumento peligroso, ya sean unas tijeras o un destornillador, para utilizarlo únicamente como un instrumento mecánico para acceder o forzar el lugar donde se encuentra la cosa que se pretende sustraer, es decir como un medio de fuerza. Este porte del instrumento con la única finalidad de utilizarlo como medio funcional para forzar muebles o cerraduras no tiene por qué suponer necesariamente que el sujeto tenga la intención o finalidad de utilizarlos contra las personas que puedan impedir o dificultar la sustracción. Por tanto, para aplicar este tipo cualificado, el sujeto deberá conocer el potencial lesivo o peligroso del instrumento, pero además, debe portarlo no sólo con la intención de utilizarlo como medio de fuerza, sino también con la finalidad de utilizarlo, si fuera el caso, contra las personas que impidan o dificulten el apoderamiento.

Aun así, desde nuestro punto de vista, el marco penal previsto (prisión de dos a cinco años) es desproporcional aunque sea el mismo que se tiene en cuenta cuando en el robo concurre cualquiera de las circunstancias contenidas en el art. 235 PrCp. El simple porte del arma o instrumento (que no uso), esa mera posibilidad de la existencia del riesgo o peligro para la vida o integridad física de las personas se equipara a efectos penológicos con el tipo básico del robo con violencia o intimidación. Cabiendo la posibilidad, si tenemos en cuenta los límites máximos de los marcos penales propuestos, de castigar con la misma pena (6

³¹ Así también el CF al considerar que este catálogo de agravantes no solo son aplicables al hurto sino también “a todas las modalidades de robo”, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre*, enero de 2013, p. 207.

³² Para más detalles, Mata y Martín, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, 1995, pp. 139 y ss.; Soriano Soriano, *Las agravantes específicas comunes al robo y la hurto* (Legislación vigente y Proyecto de 1992), Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, pp. 97 y ss.

años de prisión) los supuestos de robo con fuerza en las cosas en casa habitada o local o edificio abiertos al público o sus dependencias cuando el sujeto “porta el arma o instrumento peligroso”, y los supuestos de robo con violencia o intimidación en los mismos lugares cuando el sujeto hace “uso” de ellos.

3.2. Por ser miembro de una organización o grupo criminal constituido para la comisión continuada de delitos contra la propiedad, y otro de sus integrantes participe en la comisión del delito

La segunda cualificación está prevista para los supuestos de robo con fuerza en las cosas, violencia o intimidación en las personas cometido por “un miembro de una organización o grupo criminal constituido para la comisión continuada de delitos contra la propiedad, y otro de sus integrantes participe en la comisión del delito”.

Según reza la Exposición de motivos, la revisión de la regulación de los delitos patrimoniales tiene como objetivo esencial ofrecer respuesta a los problemas que plantea la criminalidad grave, y con esta finalidad se introduce un supuesto agravado aplicable a la delincuencia organizada. En este sentido, el Proyecto configura un tipo cualificado fundamentado en la pertenencia del autor a una organización o grupo criminal,³³ tal como se hace con relación a otras modalidades delictivas, como el tráfico de drogas, de seres humanos, el blanqueo de capitales, etcétera.

Teniendo en cuenta que la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, tipifica autónomamente la pertenencia a “organizaciones y grupos criminales”, para dotar de contenido a esta nueva circunstancia habrá que remitirse a lo que se establece en los arts. 570 bis y ss. del Código penal. Así, será necesaria la existencia de una organización, es decir, debe tratarse de una agrupación formada por más de dos personas. Como la organización debe constituirse para la comisión “continuada” de delitos contra la propiedad, debe tener carácter estable, con cierta perdurabilidad en el tiempo, de forma que no puede tenerse en cuenta una organización constituida de forma casual o esporádica. También deben excluirse las organizaciones transitorias, fundamentalmente porque no se contemplan en el tipo, y porque si esa fuese la intención del pre-

gislador, lo hubiese previsto expresamente, tal como se hace en los tipos cualificados de los delitos relativos a la manipulación genética, a la trata de seres humanos y a la corrupción y prostitución de menores, entre otros. Además, debe darse un reparto de tareas y funciones de manera concertada o coordinada con la finalidad de “cometer delitos contra la propiedad”, lo que no excluye la posibilidad de incluir aquí supuestos de pertenencia a organizaciones criminales cuya finalidad sea cometer, además de delitos contra la propiedad, otros como, por ejemplo, el blanqueo de capitales.

Esta cualificación también es aplicable cuando los intervinientes en el delito son miembros de un grupo criminal que, según el art. 750 ter Cp, es la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal prevista en el art. 570 bis PrCp, tenga por finalidad u objeto la perpetración concertada de delitos. Si bien la pertenencia a un grupo criminal se configura como un tipo residual al de organización criminal, no hay que perder de vista que la exigencia de que el grupo criminal se constituya para la comisión continuada de delitos contra la propiedad supone que dicho grupo debe tener cierto carácter estable, una perdurabilidad en el tiempo y no ser de carácter transitorio. En ambos casos, esta circunstancia sólo se aplica cuando en la comisión del robo con fuerza en las cosas o robo con violencia o intimidación intervengan al menos dos miembros de la organización o grupo. De forma que si en el hecho interviene sólo una persona y ésta es miembro de una organización o grupo dedicado a los robos con fuerza en las cosas, por ejemplo, no podrá aplicarse esta cualificación, pero sí podría aplicarse, si cabe, el delito de pertenencia a una organización criminal previsto en el art. 570 bis CP, o el de pertenencia a un grupo criminal del art. 570 ter del Código penal.

En otro orden de cuestiones, si bien la relación entre este tipo cualificado y los arts. 570 bis y 570 ter CP es de concurso de leyes por resolver, tal como se prevé en el art. 570 quáter CP, aplicando el principio de alternatividad a favor del precepto que tenga prevista mayor pena, los problemas de solapamiento se resolverían suprimiendo del Proyecto esta cualificación, de forma que los supuestos de pertenencia a

³³ En los Anteproyectos de 2012, tanto de julio como de octubre, sólo se hacía referencia a la “organización” criminal; es en el de abril de 2013 que se introduce el “grupo” criminal.

una organización o grupo criminal deberían ser sancionados de conformidad con los artículos Mencionados.³⁴

4. Tipos cualificados del art. 241 PrCp

El artículo 241 CP, en el que actualmente se regulan las cualificaciones específicas para el robo con fuerza en las cosas, sufre las siguientes modificaciones: (i) como consecuencia de la modificación de su art. 240 para dar cabida a la cualificación por la concurrencia de algunas de las circunstancias previstas en los arts. 235 o 235 bis PrCp, el numeral 1 del art. 241 PrCp pasa a contener solamente la cualificación por casa habitada, edificio o local abiertos al público o cualquiera de sus dependencias; (ii) se añade una cualificación por cometerse el hecho en establecimiento abierto al público fuera de las horas de apertura, y (iii) se introduce una hiperagravación cuando el robo cometido en casa habitada, edificio o local abiertos al público revista especial gravedad y, en todo caso, cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en los artículos 235 o 235 bis del Proyecto de Ley Orgánica.

4.1. Establecimiento abierto al público, o en cualquiera de sus dependencias, fuera de las horas de apertura

Tras la reforma de 1983, el texto refundido del Código penal de 1973 contenía dos cualificaciones cuyo fundamento de agravación se encontraba en las especiales circunstancias que concurrían en el lugar donde se desarrollaba el robo con fuerza en las cosas. Por un lado, la contenida en el art. 506.4 agravaba el robo cometido contra una oficina bancaria recaudatoria, mercantil o en otra en que se conserven caudales; por otro lado, la prevista en el art. 506.5, cuando el robo se verificaba en edificio público o alguna de sus dependencias. En el Código penal de 1995 desapareció la mención expresa de la agravación del robo cometido en oficina bancaria y sustituyó la expresión “edificio público” por la de “edificio o local abiertos

al público”. Este cambio supone, tal como se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1997, “una descripción amplísima que acoge desde los edificios públicos en sentido estricto hasta cualquier lugar que está a disposición de toda persona que en él quiera entrar”.³⁵

En la actualidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene distinguiendo entre edificio público y local abiertos al público. Así, entre otras, en la sentencia de 25 de mayo de 1998 se establece que

[el] concepto de edificio público puede integrarse por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que reputa como tales, los que estuvieren destinados a cualquier servicio oficial, militar o civil del Estado, de la Provincia o del Municipio, ampliándose también, como es lógico, a los que estén destinados el servicio de las Comunidades Autónomas. Al lado de ellos, existen los lugares públicos entre los que podemos incluir a los establecimientos de reunión o recreo, cualesquiera otros edificios o lugares cerrados que no constituyan el domicilio de un particular y los buques del Estado (artículo 547 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En los edificios públicos se quiere proteger el significado representativo del lugar y el riesgo de que pueda resultar un daño suplementario para los intereses o la causa pública derivada del posible apoderamiento de caudales o efectos públicos, pero dada la dicción literal del artículo sólo podría ser aplicada la agravante a los edificios que estuvieran destinados a servicios abiertos al público, excluyéndose los edificios oficiales que, por las características del servicio que albergan, no estuvieren accesibles al público al no permitir su entrada. En el caso de los locales abiertos al público, nos encontramos ante una clase de dependencia en la que se desarrolla una actividad empresarial, mercantil, financiera o de cualquier orden actuando de cara al público. La apertura del establecimiento o local supone que sus titulares conceden una amplia habilitación a todos los interesados a penetrar o acceder libremente al local para realizar toda clase de gestiones y actividades relacionadas con la dedicación del establecimiento.³⁶

³⁴ En consideración del CF, la introducción de esta circunstancia agravante resulta innecesario y perturbador, “pues la condición de miembro de una organización ya está sancionada en el art. 570 bis con una pena que debería sumarse al delito cometido, lo que permitiría incluso una sanción mayor que la regulada en este nuevo precepto, en FGE, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995*, enero de 2013, p. 210. De esta opinión también el CGPJ en el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995*, enero de 2013, p. 190.

³⁵ STS, 1ª, 16.06.1997 (Id Cendoj: 28079120011997102280; MP: Gregorio García Ancos).

³⁶ STS, 1ª, 11.05.1998 (Id Cendoj: 28079120011998103189; MP: José Antonio Martín Pallín).

Así, estarían comprendidos tanto los edificios públicos como las oficinas de un ayuntamiento o de la administración autonómica o central, así como los de titularidad privada, establecimientos comerciales, sucursales bancarias, restaurantes, hoteles, entre otros, siempre que estén abiertos al público, es decir, de acceso libre para las personas distintas a las que allí trabajan o permanecen habitualmente en ellos.³⁷

Sin embargo, la amplitud de estos conceptos obliga a concretar aún más la expresión “abiertos al público”, es decir, determinar si la cualificación es aplicable sólo cuando el robo se comete en horas de apertura o también cuando el edificio o local estén fuera de horas de apertura, es decir, tenga lugar en horas de cierre al público.

Al respecto, la doctrina, en atención a la fundamentación que otorgan a esta circunstancia, se divide entre quienes optan por el criterio de la apertura administrativa o por el de la apertura física. Quienes consideran que la cualificación se fundamenta en el respeto a la intimidad optan por el criterio de la apertura administrativa. Partiendo de la base de que el precepto no distingue entre horas de apertura y horas de cierre, admiten la posibilidad de apreciar esta circunstancia tanto cuando el establecimiento esté abierto al público como cuando esté fuera de apertura o durante el cierre del mismo.³⁸ Por el contrario, quienes sostienen que el fundamento de la cualificación es el potencial riesgo para las personas que pueden encontrarse en el lugar del robo defienden el criterio de la apertura física. Así, sostienen que la cualificación sólo puede aplicarse cuando el robo se cometa durante las horas de apertura física del local, no pudiendo apreciarse cuando esté cerrado al público.³⁹

Este último criterio es el adoptado por el Tribunal Supremo, que en el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2ª, de 22 de mayo de 1997, restringe la aplicación de esta cualificación cuando el edificio o local abiertos al público se encuentren real y físicamente abiertos, es decir, el robo se cometa en horas de apertura. Ello porque, cuando el robo se comete en las horas en las que el edificio o local está físicamente abierto al público, se vulnera la confianza en el correcto comportamiento de los visitantes durante el tiempo en que se les ofrece la oportunidad de entrar libremente en sus dependencias y existe un peligro adicional para los clientes y empleados. Basándose en esta posibilidad de riesgo o peligro para las personas, de acuerdo con la Fiscalía General del Estado, la cualificación también deberá apreciarse cuando, pese a cometerse el robo fuera de horas de apertura, el sujeto activo tuviera conocimiento de la existencia de personas en el interior del lugar.⁴⁰

Descrita la situación actual, sin modificar el contenido del párrafo primero del art. 241.1 CP que establece que el robo cometido en casa habitada, edificio o local abiertos al público, o en cualquiera de sus dependencias se castigará con una pena de prisión de dos a cinco años, el Proyecto introduce un segundo párrafo en el que se dispone que si los hechos se hubieran cometido en un “establecimiento abierto al público, o en cualquiera de sus dependencias, fuera de las horas de apertura”, se impondrá una pena de prisión de uno a cinco años.⁴¹

Según consta en la Memoria del análisis normativo del Proyecto de reforma que venimos analizando, se introduce esta circunstancia para asegurar la “agravación de la pena en todos los casos de comisión del delito en un establecimiento abierto al público, si bien

³⁷ STS, 1ª, 21.01.1997 (Id Cendoj: 28079120011997103030; MP: Francisco Soto Nieto). Véanse ampliamente, al respecto, De Vicente Martínez, *El delito de robo con fuerza en las cosas...*, op. cit., p. 120; Fernández García, “El robo con fuerza en las cosas”..., op. cit., pp. 168 y ss.

³⁸ Así, por ejemplo, Lanzarote Martínez es de la opinión de que la agravación debería operar siempre con independencia de que el local esté abierto o no al público, y con independencia de que en horas de apertura haya o no personas en su interior. “El delito de robo con fuerza en las cosas cometido en edificio o local abiertos al público”, *La Ley*, núm. 6, 1999, pp. 1834 y ss.; Vives Antón y Gonzales Cussac, en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 1116.

³⁹ En este sentido, Fernández García, “El robo con fuerza en las cosas”..., op. cit., p. 175; González Rus, “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (III). Los robos”, en Cobo del Rosal (coord.), *Derecho penal español: parte especial*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 479.

⁴⁰ FGE, Consulta 11/1997, de 29 de octubre, sobre robo con fuerza en las cosas cometido en edificio o local abiertos al público.

⁴¹ Esta modalidad agravada del robo con fuerza no se encontraba en los textos de los anteriores Anteproyectos presentados en julio y octubre de 2012, pero sí en el texto del Anteproyecto de abril de 2013. Véase Ragues y Valles, quien, en relación con la regulación actual, propone aplicar este tipo cualificado sólo en los casos en los que el robo con fuerza se cometa en edificios o locales abiertos al público fuera de horas de apertura, o a cualquier hora del día en sus dependencias cerradas al público (“La comisión del robo con fuerza en las cosas en Edificio o local abiertos al Público”, en Silva Sánchez [dir.], *Los delitos de robo: comentarios a la jurisprudencia*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 28 y s.).

diferenciando según se cometa el delito durante las horas de apertura al público o fuera de las mismas”.⁴²

De lo anterior puede desprenderse que la intención del prelegislador es que el marco penal previsto en el párrafo primero (prisión de dos a cinco años) se imponga a los supuestos en los que el robo con fuerza se realice cuando el edificio o local esté abierto al público, es decir, en horas de apertura. Mientras que la pena prevista en el nuevo párrafo segundo, si bien inferior en su límite mínimo que la anterior (prisión de uno a cinco años), se imponga a los supuestos de robos cometidos fuera de las horas de apertura del edificio o local. Pero si ésta fuera la intención del prelegislador, no se entiende por qué se introduce un nuevo término, desde nuestro punto de vista, distorsionador: “establecimiento abierto al público”. Si bien en este término se pueden englobar todos los locales abiertos al público como bares, restaurantes, hoteles, comercios, etc., no creo que pueda decirse lo mismo respecto de los edificios de titularidad pública abiertos al público. Así, por ejemplo, las oficinas de un ayuntamiento difícilmente pueden tener la consideración de “establecimiento”. Por lo que si el prelegislador decide ampliar el ámbito de aplicación de esta cualificación, bien se haría que en trámite parlamentario se mejorara la redacción utilizada con el fin de evitar posibles confusiones, de forma que se sustituya la expresión “establecimientos abiertos al público” por la de “edificio o local abiertos al público”.⁴³

Aun así, tal como ya se pronunciaron importantes sectores de la doctrina y la jurisprudencia, cualificar el robo con fuerza en las cosas cuando los lugares mencionados no estén abiertos al público o fuera de horas de apertura supondrá en la práctica una extensión desmesurada y omnicompreensiva de la agravante, dejando prácticamente sin posibilidades de aplicación al tipo básico del robo con fuerza en las cosas.

El prelegislador pretende incrementar el rigor punitivo desde todo punto de vista innecesario, en atención al lugar de ejecución del delito, es decir,

configura una circunstancia locativa, brindándose un plus de protección a determinados lugares que abran al público. La agravación del robo con fuerza, por la simple localización del hecho en un edificio o local abiertos al público, dentro o fuera del horario de apertura, supone consecuencias jurídicas distintas a hechos que pueden ser materialmente iguales. Desde nuestro punto de vista, no existe diferencia alguna entre la sustracción de un ordenador de los almacenes de un banco de alimentos que no están abiertos al público, utilizando una llave falsa, y la sustracción de un objeto de la misma naturaleza de un club de alterne fuera de horas de apertura, utilizando también llave falsa. ¿Cuál es la razón por la que el robo con fuerza cometido en este último lugar debe recibir una mayor respuesta punitiva (prisión de uno a cinco años) que el robo con fuerza cometido en el banco de alimentos, prisión de uno a tres años?

4.2. Especial gravedad

En el Proyecto, dentro de las cualificaciones comunes al hurto y al robo con fuerza en las cosas previstas en el art. 235, la especial gravedad se determina en atención a cuatro criterios: 1) el perjuicio grave a las explotaciones agrícolas o ganaderas (art. 235.4° PrCp); 2) el valor de los efectos sustraídos (art. 235.5° PrCp); 3) la entidad del perjuicio que no tiene que coincidir con el valor de la cosa sino con el inmediato quebranto sufrido a causa de la sustracción (art. 235.5° PrCp), y 4) la grave situación económica en la que se deja a la víctima o a su familia (art. 235.6° CPC).

Además de estas cualificaciones que giran en torno a la especial gravedad, el Proyecto prevé castigar con una pena de dos a seis años cuando el robo con fuerza en las cosas en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias, dentro de las horas de apertura o fuera de ellas, revista especial gravedad atendiendo a la forma de comisión del delito en el que según la Exposición de motivos

⁴² El cambio introducido en el Proyecto puede ser consecuencia de la observación realizada en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de octubre de 2012, en el que con relación a la cualificación por la especial gravedad proponía especificar la aplicabilidad de este subtipo agravado tanto cuando los locales se encuentren abiertos al público como cuando los hechos se ejecutaren fuera de las horas de apertura (pp. 213 y s.).

⁴³ También se deja sin resolver el problema de la equiparación de la casa habitada con los edificios o locales abiertos al público a efectos de imponer una pena más grave. Tal como lo pone de manifiesto, si bien la mayor antijuricidad del robo en casa habitada es clara, no siempre sucede lo mismo con el robo en establecimiento. Por ello, consideran oportuno introducir modulaciones que permitan al órgano sentenciador “valorar las circunstancias concurrentes para aplicar a los supuestos de robo en establecimiento bien la pena básica del robo o la agravada equiparada al robo en casa habitada”. FGE, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995*, enero de 2013, p. 214.

se incluirían los supuestos de butrones y alunizajes. Esta especial gravedad también puede fundamentarse en los perjuicios ocasionados o cuando en el robo cometido en los lugares antes mencionados concurra alguna de las circunstancias expresadas en los arts. 235 o 235 PrCp bis analizadas *supra*.

En el Informe del Consejo Fiscal se proponía que si se pretende sancionar determinadas modalidades de robo como los alunizajes, debería especificarse la aplicabilidad de este subtipo cualificado tanto cuando el establecimiento o local se encuentren abiertos al público como cuando los hechos se ejecutasen fuera de las horas de apertura, ya que es en este momento cuando se producen tales comportamientos delictivos.⁴⁴ Como hemos visto en el epígrafe anterior, en el Proyecto se incorporan estas observaciones al prever un tipo cualificado cuando el robo se cometa en “establecimientos” abiertos al público o cualquiera de sus dependencias fuera de las horas de apertura, si bien con penas distintas, aunque sólo sea en sus límites mínimos. Pero tal distinción penológica desaparece cuando se trata de los robos con fuerza que revistan “especial gravedad” por la forma de comisión, lo que supone que los robos cometidos mediante los sistemas de butrones o alunizajes serán castigados con la misma pena (prisión de dos a seis años), tanto cuando los hechos se cometan en edificio o local abiertos al público en horas de apertura como cuando se comentan fuera de las horas de apertura de éstos.

III. Robo con violencia o intimidación en las personas

Con relación al delito de robo con violencia o intimidación, el Proyecto contempla las siguientes modificaciones: (i) se prevé la definición del delito de robo con violencia o intimidación en un solo artículo (art. 237 PrCp); (ii) se incorpora la cualificación por edificio o local abiertos al público (art. 242.2 PrCp); (iii) se eleva el límite máximo de la pena de prisión de cinco a seis años cuando los hechos se cometan en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en sus dependencias (art. 242.2 PrCp), y (iv) se dispone la

aplicación de las penas en su mitad superior siempre que concurra alguna de las circunstancias contenidas en el art. 235 bis del Proyecto de Ley Orgánica.

1. El concepto de robo con violencia o intimidación

Como afirmábamos anteriormente, en el art. 237 CP se contiene el concepto de robo y, además, se describen sus dos modalidades típicas. Así, se establece que son reos del delito de robo quienes, con ánimo de lucro, se apoderasen de las cosas muebles ajenas empleando “violencia o intimidación en las personas”.

Al no mencionarse expresamente la relación que debe existir entre la violencia o intimidación y el apoderamiento, la doctrina mayoritaria viene interpretando que, a diferencia de la configuración actual del robo con fuerza en las cosas, en el que la fuerza debe ser previa al apoderamiento, estos elementos que constituyen el medio para conseguir o asegurar el apoderamiento pueden darse en cualquier momento de la fase ejecutiva previa a la consumación del apoderamiento.⁴⁵ En el mismo sentido, según el Acuerdo del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2000, la mayoría de los magistrados son de la opinión de que “la violencia física producida o ejercida antes de la consumación delictiva, y como medio de conseguir el apoderamiento, integra el delito de robo. Constituye, pues, robo con violencia cuando la violencia se ejerce durante el proceso de apoderamiento de los bienes sustraídos”. Lo que supone que si de acuerdo con la teoría de la disponibilidad, el delito ya está consumado, la violencia o intimidación ejercida después de este momento habrá que castigarse como si se tratase de un concurso real entre el delito de hurto o de robo con fuerza en las cosas y el correspondiente delito al que dé lugar el ejercicio de la violencia o intimidación.

En sentido contrario, otro sector de la doctrina entiende que dada la actual redacción del tipo, en un robo constitutivo del tipo básico del art. 241.1 CP, la violencia o intimidación utilizada deben estar planeadas desde un principio para apoderarse de la cosa mueble, es decir, debe constituir el medio para el apo-

⁴⁴ FGE, Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, enero de 2013, pp. 213 y s.

⁴⁵ De esta opinión, entre otros, García Arán, “De los robos”, en Córdoba Roda y García Arán (coords.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t. I, pp. 661 y s.; Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte Especial*, 19ª ed. revisada y puesta al día, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 384 y s.; Quintero Olivares, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II (Artículos 234 a DF 7ª), 6ª ed., Pamplona, Thomson Reuters, 2011, p. 633.

Análisis crítico sobre la regulación de los delitos de robo en el Proyecto de 2013 de reforma del Código penal

deramiento. Mientras que en el tipo agravado del art. 242.3 CP, estos medios pueden darse en cualquiera de las fases comisivas antes de su consumación, ya sea para conservar la cosa sustraída o para proteger la huida.⁴⁶

La propuesta de reforma viene a solucionar esta polémica doctrinal y jurisprudencial estableciendo expresamente la relación entre la violencia o intimidación con el apoderamiento. La modificación consiste en trasladar el contenido del actual artículo 242.3 CP al del 237 PrCp, en el que se da la definición del robo con violencia o intimidación. Este último artículo dispone que son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando violencia o intimidación en las personas, “sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren”. Consecuentemente, supuestos en los que tras la sustracción el sujeto utiliza la violencia o intimidación para asegurar lo sustraído o sobre quienes prestan auxilio a la víctima, deberán constituir, sin duda alguna, el tipo básico del delito de robo con violencia o intimidación.

2. Incorporación de un tipo cualificado de robo con violencia o intimidación en edificio o local abiertos al público

La agravación específica de perpetración del robo en casa habitada prevista en el artículo 506.2º del texto refundido del Código penal de 1973, que era aplicable en determinados supuestos al robo con violencia o intimidación, desapareció tras la promulgación del Código penal de 1995. De esta forma, el robo con violencia o intimidación cometido en casa habitada se castigaba como un supuesto de concurso medial entre el robo y el delito de allanamiento de morada, con la pena del delito más grave, la del robo en su mitad

superior, es decir, prisión de tres años y seis meses a cinco años.

La reforma de 2010 del Código penal volvió a introducir esta cualificación para el robo con violencia o intimidación. Así, el artículo 242.2 CP prevé una pena de prisión de tres años y seis meses a cinco años “cuando el robo se cometa en casa habitada o en cualquiera de sus dependencias”; como se ve, se trata de la misma pena que resultaría de aplicar el concurso medial anteriormente expuesto.⁴⁷ Sin embargo, a diferencia de lo previsto para el robo con fuerza en las cosas, sólo se dispone la cualificación en casa habitada, pero no en edificio o local abiertos al público.

Al respecto, el Tribunal Supremo viene considerando que el ánimo de lucro excluye el ánimo de atentar contra la intimidad domiciliaria, declarando la incompatibilidad entre el delito de robo con violencia o intimidación y el de allanamiento de domicilio y establecimiento abiertos al público, previsto en el artículo 203 CP, al entenderse que este último delito debe quedar absorbido en el robo, y que el ánimo de lucro inherente al robo debe prevalecer sobre el propósito de invasión de la privacidad anejo al tipo de allanamiento.⁴⁸ Sin embargo, deja abierta la posibilidad de contemplar un concurso medial de delitos cuando la violencia o intimidación utilizada para el robo no sea tenida en cuenta para configurar a la vez el allanamiento del artículo 203 CP o cuando se acredite el empleo de otra forma de violencia o intimidación distinta de la utilizada en el robo.⁴⁹ En este sentido, la Consulta de la Fiscalía General del Estado nº 10/1997, de 29 de octubre, establece que el robo con violencia o intimidación cometidos en el domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público dará lugar a un concurso de delitos entre el robo y el allanamiento previsto en el art. 203 del Código penal.⁵⁰

Como bien ha resaltado Pomares Cinta,⁵¹ el fundamento de la cualificación de casa habitada en el

⁴⁶ Tal como lo exponen Muñoz Clares (*El robo con violencia o intimidación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 218 y ss.) y De Vicente Martínez (*El delito de robo con violencia o intimidación en las persona*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 51). A favor de esta opción se pueden alegar razones de carácter sistemático y de uniformidad interpretativa entre los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas y robo con fuerza en las cosas. Además, esta interpretación es más restrictiva y por lo tanto favorable al reo.

⁴⁷ Así, García Arán, *RJC*, op. cit., 2011, pp. 1009 y s.

⁴⁸ Así, entre otras, STS, 1ª, 14.05.1999 (Id Cendoj: 28079120011999103384; MP: José Jiménez Villarejo); STS, 1ª, 11.03.2000 (Id Cendoj: 28079120012000103629; MP: Joaquín Martín Canivel).

⁴⁹ En este sentido, STS, 1ª, 28.01.2000 (Id Cendoj: 28079120012000104088; MP: Carlos Granados Pérez); STS, 1ª, 04.02.2000 (Id Cendoj: 28079120012000103528; MP: Gregorio García Ancos).

⁵⁰ Véase ampliamente al respecto Sanz Morán, “El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público”, Documento TOL971.928.

⁵¹ Pomares Cintas, “La agravación específica del delito de robo con violencia o intimidación cometido en casa habitada o sus dependencias, art. 242 CP”, en Quintero Olivares (dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Pamplona, s.e., 2010, p. 209.

robo con violencia o intimidación en las personas no es el mismo cuando opera en el ámbito del robo con fuerza en las cosas.⁵² La misma consideración debe realizarse con relación a los edificios o locales abiertos al público. Aunque con ciertas reservas puede asumirse que en el robo con fuerza en las cosas, uno de los fundamentos de esta agravación se encuentra en el peligro adicional para los clientes y empleados de los mismos. Como este peligro para las personas ya forma parte de los elementos de la violencia o intimidación, habrá que colegir que en el robo con violencia o intimidación, el fundamento de esta cualificación se encuentra en la afectación de ciertas formas de intimidad profesional o mercantil, o en la vulneración a la confianza en el correcto comportamiento de los visitantes durante el tiempo en que se les ofrece la oportunidad de entrar libremente en sus dependencias.

Aceptando esta fundamentación, lo que no cabe asumir es que la pena aplicable en ambos supuestos sea la misma. Tanto cuando el robo con violencia se cometa en casa habitada como cuando se cometa en edificio o local abiertos al público, la pena por imponer es la misma (prisión de tres años y seis meses a seis años). No se entiende bien la misma intensidad punitiva siendo la privacidad o intimidad de las personas jurídicas de menor rango que la intimidad personal y familiar.

3. *El porte de armas en el robo con violencia o intimidación*

Como vimos *supra*, el porte de armas estaba previsto en el artículo 506 del Código penal de 1973. En este precepto se contenía una serie de cualificaciones que la doctrina de forma mayoritaria entendió que, dependiendo de la naturaleza de cada circunstancia, podían aplicarse tanto al robo con fuerza en las cosas como al robo con violencia o intimidación en las

personas.⁵³ En consecuencia con este planteamiento, se consideraba que algunas circunstancias como el cometerse el robo en casa habitada o contra persona que custodia o transporte caudales o el abuso de superioridad sólo eran aplicables al robo con violencia o intimidación en las personas.⁵⁴ Mientras que la agravante por llevar armas u otros objetos peligrosos sólo era aplicable a los supuestos de robo con fuerza en las cosas, ya que su aplicación al robo con violencia o intimidación suponía dejar sin trascendencia práctica a la cualificación por el uso de armas u otros instrumentos peligrosos previsto en el último párrafo del artículo 501.⁵⁵

Tras desaparecer del Código penal de 1995, el prelegislador pretende volver a introducir la agravante de porte de armas para los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas y robo con violencia o intimidación. De conformidad con el artículo 242.3 PrCp, las penas previstas para el tipo básico del robo con violencia o intimidación (prisión de 2 a 5 años), así como la prevista para el tipo cualificado por casa habitada o edificio o local abiertos al público (prisión de 3 años y 6 meses a 6 años), deben imponerse en su mitad superior cuando concurra alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 235 bis, entre las que se encuentra el *porte de armas*.

Existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia sobre la necesidad de distinguir el porte y uso de armas o instrumentos peligrosos. Y ello porque se puede portar o llevar un arma u otro instrumento y no usarla o emplearla. Mientras que el uso de estos objetos puede suponer el medio para la ejecución del tipo básico del robo con intimidación o el tipo cualificado por uso de armas u otros instrumentos peligrosos en la comisión del delito.

Según la regulación actual del robo con violencia o intimidación, el *porte de armas o instrumentos peligrosos que no se exhiben ni se usan* no tiene relevancia penal en tanto que no pueden dar lugar a la

⁵² Así también García Arán, *RJC*, *op. cit.*, 2011, p. 1010.

⁵³ Véanse, entre otros, Bajo Fernández, Pérez Manzano y Suárez González, *PE*, 2ª ed., 1993, p. 164; Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *PE*, 16ª ed., 1993, p. 458.

⁵⁴ De esta opinión Bajo Fernández, Pérez Manzano y Suárez González, *PE*, 2ª ed., 1993, pp. 168, 169 y 172; Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *PE*, 16ª ed., 1993, pp. 460, 461 y 464; Ruiz Antón, “Los robos con fuerza en las cosas”, en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios a la legislación penal, La reforma del Código penal de 1983*, t. V, vol. 2 (Libros II y III del Código penal), 1985, pp. 1115 y 1116.

⁵⁵ Así, entre otros, Bajo Fernández, Pérez Manzano y Suárez González, *PE*, 2ª ed., 1993, p. 164; Mata y Martín, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, *op. cit.*, p. 320.; Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *PE*, 16ª ed., 1993, p. 458. En contra de esta opinión, Ruiz Antón, quien considera que “no aplicar aquí la circunstancia primera del art. 506 implicaría desconocer la remisión que hace el número 5.º del artículo 501 a este precepto”, “Los robos con fuerza en las cosas”, en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios a la legislación penal, op. cit.*, 1985, p. 1113.

intimidación del tipo básico ni menos configurar la cualificación del artículo 242.2 CP.⁵⁶ De acuerdo con la doctrina mayoritaria, la exhibición de estos objetos debe quedar absorbida en la intimidación del tipo básico de robo, de forma que sólo su efectiva utilización puede dar lugar a la cualificación por uso de armas del art. 242 CP.⁵⁷ A una solución distinta llega otro sector de la doctrina⁵⁸ y el Tribunal Supremo al considerar que dentro de la agravante por uso caben tanto su exhibición como la efectiva utilización del arma o instrumento peligroso.⁵⁹

De prosperar la propuesta del Proyecto, un robo con intimidación en local abierto al público causado por el elevado número de intervinientes, portando uno de ellos una navaja que en ningún momento llegó a utilizar ni menos fue perceptible para ninguna de las personas que se encontraban en el lugar de los hechos, se pretende castigar con pena de prisión de hasta 6 años. Es el mismo límite máximo por imponer si el sujeto utiliza esa navaja como arma intimidatoria si tenemos en cuenta la línea jurisprudencial anteriormente mencionada o si efectivamente la utiliza para producir una herida o un pinchazo.

Si tal como vimos con relación al robo con fuerza en las cosas, la razón de la cualificación por porte de armas está en la *posibilidad* de peligro para la vida o integridad de las persona, no se entienden las razones que han llevado al prelegislador a prever la misma pena para quienes, haciendo uso del arma o instrumento peligroso, concretan ese peligro. La desproporción es tal que si finalmente se decide mantener esta cualificación, deberían modificarse los marcos penales atendiendo al menor o mayor desvalor de ambas conductas.

IV. Bibliografía

Bajo Fernández, Pérez Manzano y Suárez González, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993.

Consejo General del Poder Judicial, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, enero de 2013.

Cobo del Rosal (coord.), *Derecho penal español: parte especial*, Madrid, Dykinson, 2005.

— (dir.), *Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código penal de 1983*, t. V, vol. 2 (Libros II y III del Código penal), Madrid, Edersa, 1985.

Córdoba Roda y García Arán (coords.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t. I, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004.

De Vicente Martínez, *El delito de robo con violencia o intimidación en las persona*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

—, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Del Carpio Delgado, “Sobre la innecesaria reforma de los delitos de hurto. A propósito del anteproyecto de 2012 de reforma del Código penal”, *Libertas, Revista de la Fundación Internacional de Derecho penal*, núm. 1, junio de 2013.

—, “La medida de libertad vigilada para adultos”, *Revista de Derecho penal*, núm. 36, 2012.

—, “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 27, 2012.

Faraldo Cabana, “Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010”, *La Ley Penal*, núm. 81, 2011 [laleypenal.laley.es/], última visita: 25 de noviembre de 2013.

Fiscalía General del Estado, *Consulta 13/1997, Acerca del alcance atribuible al número 5º del art. 238 del Código Penal, en relación con el renovado concepto del delito de robo con fuerza en las cosas*, 14 de noviembre.

—, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal*, enero de 2013.

⁵⁶ Véase, al respecto, González Rus, *PE, op. cit.*, 2005, p. 485.

⁵⁷ De esta opinión, De Vicente Martínez, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas, op. cit.*, p. 93; González Rus, *PE, op. cit.*, 2005, p. 485; Muñoz Clares, *El robo con violencia o intimidación, op. cit.*, p. 332; Muñoz Conde, *PE, op. cit.*, 18ª ed., 2010, p. 410; Vives Antón y González Cussac, *Comentarios... op. cit.*, 1996, p. 1180.

⁵⁸ Así, Queralt Jiménez, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1996, p. 361.

⁵⁹ STS, 1ª, 24.02.1999 (Id Cendoj: 28079120011999102934; MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez); STS, 1ª, 01.09.2003 (Id Cendoj: 28079120012003103839; MP: José Antonio Marañón Chavarrí); STS, 1ª, 07.02.2006 (Id Cendoj: 28079120012006100123; MP: Juan Saavedra Ruiz).

- García Arán, “La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2011.
- , *El delito de hurto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- Lanzarote Martínez, “El delito de robo con fuerza en las cosas cometido en edificio o local abiertos al público”, *La Ley*, núm. 6, 1999.
- Mata y Martín, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- Muñoz Clares, *El robo con violencia o intimidación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, 18ª ed. revisada y puesta al día, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, 19ª ed. revisada y puesta al día, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- Pérez Alonso, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes “indeterminadas” en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, Edersa, 1995.
- Quintero Olivares (dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y comentarios*, Pamplona, Aranzadi, 2010.
- Queralt Jiménez, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 3ª ed., Barcelona, J.M. Bosch, 1996.
- Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II (Artículos 234 a DF 7ª), 6ª ed., Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2011.
- Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte especial*, 16ª ed., Madrid, Dykinson, 1993.
- Sanz Morán, “El delito patrimonial continuado y su sinuosa interpretación jurisprudencial”, *La Ley Penal*, núm. 67, 2010.
- , *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006.
- Sierra López, *La medida de libertad vigilada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- Silva Sánchez (dir.), *Los delitos de robo: comentarios a la jurisprudencia*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- Soriano Soriano, *Las agravantes específicas comunes al robo y hurto (Legislación vigente y Proyecto de 1992)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.
- Tasende Calvo (dir.), *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal