

6.

**ACTOS DE VIOLENCIA SOBREVENIDOS  
DURANTE EL APODERAMIENTO:  
¿HURTO O ROBO VIOLENTO?  
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL  
TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE MARZO  
DE 1998 \***

PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ  
Profesor Titular de Derecho Penal  
Universitat Pompeu Fabra

I.

1. «Probado, y así se declara, que el día 26 de septiembre 1996, sobre las 13 horas, Antonia..., y Virtudes..., mayores de edad y sin antecedentes penales, acompañadas de una tercera mujer no identificada, en el interior del supermercado... sito en la Avda. Barberá de S., se fueron escondiendo, bajo las ropas hasta nueve quesos, de 1 kg aproximadamente, y la tercera mujer botellas de licor en número no determinado, hechos que advirtió la encargada del local, que dio aviso al vigilante del establecimiento, el cual siguió a las mujeres hasta que pasaron por caja, donde abonaron los productos que llevaban a la vista. En ese momento, el vigilante les manifestó que debían entregar todo lo que habían escondido, negando las mujeres llevar nada, a la vez que gritaban y empujaban al vigilante para poder huir del lugar, llegando una de las mujeres a

\* Trabajo publicado inicialmente en *Actualidad Penal*, 1999, pp. 807-823.

golpearlo en los testículos. Tras un forcejeo logró retener a las dos acusadas, escapándose la tercera. En el interior de sus ropas escondieron los 9 quesos reseñados, siendo la que escapó portadora de al menos una botella de licor. El vigilante sufrió una contusión en los testículos y en un dedo de la mano derecha».

2. Acusadas Antonia y Virtudes como autoras de un delito de robo con violencia, la AP dictó sentencia el 12 de junio de 1997, en la que fueron condenadas «como autoras responsables de una falta de hurto y de una falta de lesiones..., a la pena de arresto de tres fines de semana por la primera y arresto de dos fines de semana por la segunda, y al pago de las costas procesales correspondientes a las faltas. Por vía de responsabilidad civil abonará al perjudicado la cantidad de mil pesetas como indemnización de perjuicios. Declaramos la insolvencia de dicho procesado... (sic). Absolvemos a A. y a V. del delito de robo con violencia por el que venían acusadas, declarando de oficio las costas correspondientes al mismo». Contra la anterior resolución se presentó recurso de casación por el Ministerio Fiscal, basado en infracción del precepto contenido en el art. 242.1 del Código Penal. El Tribunal Supremo desestimó en su sentencia<sup>1</sup> el recurso y confirmó la de la AP.

3. En el presente comentario pretendo poner en duda la consideración de los hechos como falta de hurto y de lesiones, que efectúa la STS<sup>2</sup>; por el contrario, entiendo que la calificación adecuada es la sustanciada en el recurso del Ministerio Fiscal: robo con violencia, aunque cabe presentar alguna fundamentación diversa que acompaña al recurso; y cabe además defender la atenuación de la pena en razón de la escasa entidad de la violencia ejercida (art. 242.3). No es aventurado pensar que tras el fallo contenido en esta sentencia late una consideración sobre lo desproporcionado que resulta la pena prevista en la Ley para el robo violento (art. 242.1: «prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase» el culpable) en un caso de apoderamiento de unos quesos y botellas por personas que poca violencia ejercieron, resultaron después declaradas insolventes y además condenadas a pagar 1.000 pesetas en concepto de responsabilidad civil. Entiendo, sin embargo, que el actual régimen del robo violento, unido a los restantes instrumentos del Código Penal en materia de fijación y cumplimiento de la pena, ofrece abundantes

<sup>1</sup> Sentencia publicada en A 2026/1998.

<sup>2</sup> Sin embargo, la jurisprudencia no parece seguir, en este punto, un criterio unánime: cfr., por ejemplo, las SSTs de 19 de mayo de 1998 (A 4888/1998, ponente Granados Pérez), con un supuesto de hecho muy semejante al aquí analizado; y 4 de noviembre de 1998 (AP 92/99, ponente Martínez-Pereda Rodríguez), en la misma línea que la aquí comentada. En cambio, con criterio dispar parece la STS de 16 de septiembre de 1998 (ponente Giménez García, de la que publica una breve reseña AJA, 374/35). La STS de 7 de febrero de 1997 (A 659/1997, ponente De Vega Ruiz) sanciona separadamente unas lesiones acaecidas tras la consumación del apoderamiento.

medios para canalizar adecuadamente la pretensión de evitar una sanción desproporcionada.

4. Para justificar esta afirmación, en lo que sigue expondré por qué entiendo que la violencia tiene lugar todavía durante la fase ejecutiva (II); con la consecuencia de que los hechos son constitutivos de robo violento, y no de hurto (III). Los actos de violencia física ejercidos deben tenerse en cuenta a efectos del precepto del art. 242.1, porque son elementos del delito de robo *con violencia*; pero a su vez, deben valorarse a efectos del párrafo 3 del mismo artículo, donde se establece que «en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo». Es precisamente ésta la vía que permitiría atenuar la pena con base en consideraciones de proporcionalidad, al tener en cuenta tanto la valoración de lo sustraído, como la escasa entidad de los actos de violencia ejercidos (IV).

## II.

1. Si el suceso aconteció como se relata en los hechos probados, hay elementos suficientes para negar la consumación del delito patrimonial de apoderamiento. El argumento fundamental para defender la tentativa no es la intervención del vigilante sobre las tres personas impidiéndoles la salida sin pagar los objetos. Esta actuación del vigilante es consecutiva a la detección por la empleada de que la conducta de aquellas personas no era ya un apoderamiento de objetos según el modo de llevarse a cabo las operaciones en un negocio de esas características. La consumación se ve impedida, ya antes de que intervenga el vigilante, por la empleada que percibió cómo escondían los objetos. Si no fuera así, y en cambio fue el vigilante quien, debido a lo ostensible de la «ocultación» de los productos, les impidió la salida, sería éste quien evitaría la consumación. Pero no es ya porque se trate de quién impide la salida, sino de quién, al servicio del propietario, controla el desarrollo de los negocios en su faceta de disponibilidad parcial por los clientes durante su itinerario por el supermercado: lo relevante está en que los actos fueron contemplados por la persona o personas que ejercían tareas de control. Controlar es lo que alcanza a hacer precisamente la empleada, que vio a las acusadas apoderarse de los objetos en cuestión; y a continuación, el vigilante. Por tanto, en el contexto y peculiaridades de esta clase de comercio, la disponibilidad parcial no es apoderamiento a efectos típicos, pues la voluntad del propietario sigue efectivamente manifestándose sobre los objetos, a pesar de la posesión de éstos por los clientes.

2. En virtud precisamente de la tesis que sustenta el propio Tribunal Supremo para entender consumados los delitos contra el patrimonio,

no se da en este caso la *disponibilidad potencial* del objeto material por el sujeto activo<sup>3</sup>. Efectivamente, si dichos delitos no se consuman ni por la aprehensión de la cosa, ni por la traslación de la misma, ni menos aún por la disponibilidad efectiva, sino sólo por la disponibilidad potencial, en este caso hemos de concluir que falta ésta. Y falta precisamente porque al percatarse una de las empleadas de la conducta de las acusadas, y avisar de ello al vigilante del establecimiento, despliega la pretensión efectiva del propietario sobre las cosas objeto del delito, sin interrupción, y con ello, en consecuencia, impide que los actos de apoderamiento se consumen<sup>4</sup>. Esto se lograría, en cambio, si el apoderamiento viniera seguido de una fase en la que el sujeto se sustrajera a las miradas del propietario, y fuera entonces cuando sacara la cosa objeto del delito de la esfera de control del propietario (aprovecha la ocasión para *ocultarla* bajo una alfombra; o para cambiarla de lugar dentro del local pero dejándola donde el propietario *no pueda hallarla*; etc.)<sup>5</sup>. En este sentido, cabría plantear si la ocultación de los objetos dentro de la ropa, al sustraerlos de las miradas y situarlos en un ámbito donde el propietario renuncia previamente a controlar, produciría ya la consumación. De los hechos narrados en la sentencia cabría desprender también esta opción: la empleada sólo se percata de los hechos una vez producida la aprehensión seguida de ocultación, por lo que se daría cuenta una vez consumados los delitos. A pesar de ello, según entiendo, si se sigue esta opción puede negarse la consumación, puesto que no se trata de ocultación de objetos en una esfera reservada en la que el propietario no pudiera ejercer ya control: lo ostensible de la «ocultación» conduce a afirmar

<sup>3</sup> Cfr. por todos, PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio de Derecho penal (parte especial)*, II, Madrid, 1998, pp. 348-349, 396 y 406.

<sup>4</sup> Distinto sería en el Derecho alemán, donde se entiende de manera dominante en la jurisprudencia y doctrina que los delitos de apoderamiento se consuman con la *aprehensión* del objeto: así, por todos, ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 25.ª ed., München, 1997, § 242, núm. marg. 37 y 40, quien señala cómo dicho criterio en la práctica exige *aprehensión* seguida de la posibilidad de *ablatio*. Por otra parte, para concretar el criterio de la *aprehensión*, se acude en la jurisprudencia y parte de la doctrina a la «interpretación natural de la vida», «visión cotidiana de la vida» o «modo de ver social» (cfr. LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 21.ª ed., München, 1995, § 242, núm. marg. 9); críticos con estas concreciones ESER, *ibidem*, núm. marg. 40; SAMSON, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, II, 4.ª ed., Berlin, entrega núm. 27 (julio 1990), § 242, núm. marg. 18 ss; RUB, en JÄHNKE/LAUFHÜTTE/ODERSKY, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11.ª ed., Berlin/New York, entrega núm. 15, 1994, § 242, núm. marg. 18.

La reforma del StGB que tuvo lugar en 1998, también del § 242, no afectó sin embargo a los problemas aquí tratados.

<sup>5</sup> Entiendo que aun situando (dejando) la cosa dentro del «ámbito» (espacial) de la víctima cabe consumir el delito, siempre que la ocultación lleve consigo extraerla de su *ámbito de control*: lo relevante no es el «lugar» donde queden las cosas, sino la *sustracción a la disposición*. GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, Valencia, 1998, pp. 146-148 (con referencia a GONZÁLEZ RUS), da noticia de la apreciación de tentativa por la jurisprudencia en casos de ocultación de la cosa, y alerta del cambio que supone poner el centro de atención en la pérdida de disposición de la víctima en lugar de la disponibilidad del autor.

que no lo consiguieron, como lo prueba el que lo percibiese la empleada, a cierta distancia. En definitiva, de seguirse esta opción, tampoco cabría afirmar la consumación.

3. Es evidente que la peculiaridad del trato comercial en un supermercado o gran almacén puede condicionar el momento de la consumación: ello no es sino consecuencia de la organización de la realidad y actividad económica concretas<sup>6</sup>. Dado que el elemento de apoderarse de la cosa es esencial al tipo de robo, el sí y el cuándo del apoderamiento dependerán de cómo estén configuradas la situación de la cosa, su relación con los sujetos. Por tanto, la realización de los tipos de hurto o robo en un gran almacén se encuentra condicionado por las peculiaridades de este género de negocios (la manera de cerrar las operaciones comerciales...), propias del sector de actividad y del específico estilo de la empresa en cuestión: la pretensión de acercar los objetos al cliente. La idea de la disponibilidad potencial permite afirmar que la consumación se produce precisamente al utilizar el sujeto activo la oportunidad de extraer la cosa del ámbito de control del propietario. Las peculiaridades de los grandes almacenes pueden influir para aumentar el margen de las conductas atípicas, pues el cliente cuenta efectivamente con mayores posibilidades de disponibilidad parcial sin que quepa considerar que ha dado comienzo el *apoderamiento* (puede tomar las cosas, probarse una prenda, trasladarla a su antojo dentro del local, etc.). Pero estas mismas posibilidades de libertad (extratípicas) se ven contrarrestadas por la adopción de medios de mayor control y más eficaces en buena parte de los casos (personal de vigilancia, medios magnéticos, cámaras de control de la imagen, etc.).

4. La consumación se dará en estos casos al extraer la cosa de la esfera de control del propietario. Debido a las peculiaridades de los grandes almacenes, lo relevante y decisivo no es tanto sacarlos físicamente del local, cuanto extraerlos del ámbito de control del titular (aunque esto segundo se producirá a menudo al sacarlos del local). Y esto puede producirse también dentro del local (si se esconden, si en la zona de alimentación se ingiere un producto, etc.). La disponibilidad parcial de que goza el cliente en unos grandes almacenes no constituye todavía apoderamiento a efectos típicos, pues es el propietario quien ha puesto los objetos en la esfera organizativa de aquél: *acerca* los objetos al cliente, que se ve *cercado* por ellos —si se me permite la expresión—<sup>7</sup>. Por eso se expli-

<sup>6</sup> Destacando que precisamente en este género de casos no es posible enunciar reglas generales para determinar el momento consumativo, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 48.ª ed., München, 1997, § 242, núm. marg. 15.

<sup>7</sup> Lo expresa con claridad KINDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil. Straftaten gegen Vermögensrechte, I, Eigentumsdelikte*, 2.ª ed., Baden-Baden, 1999, § 2, núm. marg. 43, quien entiende que, aunque durante su recorrido por el establecimiento de autoservicio, el propietario intenta conseguir del cliente la disposición, no se produce ésta hasta pasar por caja (cfr. *ibidem*, núm. marg. 42); distinto sería si el cliente esconde la cosa en un ámbito (bolsillo, por ejemplo) que

can las medidas de mayor seguridad. Sólo cuando se extraiga la cosa de dicho ámbito de control estaremos ante la consumación. Por esta razón, si a la disponibilidad parcial (por los clientes) va unida la adopción (por el propietario) de un sistema de controles magnéticos, el apoderamiento típico no comenzará hasta que se llegue al ámbito en el que operan los medios de control (línea de caja, etc.); y la disponibilidad potencial no se dará hasta que se rebasen dichos controles<sup>8</sup> («barreras» magnéticas, presencia de vigilante, etc.). Sin embargo, la disponibilidad potencial podrá existir si son precisamente los dispositivos electrónicos de control los que se ven inutilizados (cuando se suprimen o retiran, se despegan, se desconectan, etc.) y a continuación se extraen los objetos de la esfera de control. Lo cual puede darse sin llegar a sacarlos del local, debido a que en el momento de inutilizarlos se frustra el modo de funcionamiento de un medio de control no humano —que no admite adaptación al cambio de factores—, por lo que la falta de pago difícilmente podrá ser detectada. Si no se trata de inutilización o extracción de dichos dispositivos, y sí en cambio del traslado del objeto, el apoderamiento típico que daría comienzo a la tentativa y el momento consumativo se retrasaría hasta la evitación del control del propietario (rebasar la línea de caja, salir, etc.).

5. En el caso que nos ocupa, por tanto, si la disponibilidad potencial no ha tenido lugar, el delito ha quedado en fase de tentativa. Debemos valorar a continuación si el grado de ejecución alcanzado, y la peligrosidad de la conducta permiten descender la pena en un grado o en dos, y en qué extensión. Como hemos visto, el que los hechos tengan lugar en el marco y entorno de un supermercado, cuyo sistema de comercio se basa en la disponibilidad parcial por voluntad del propietario, determina que el apoderamiento de objetos no llegue a ser típico en muchos casos, sino que debe esperarse a que comience la *sustracción al control* del propietario. Sin embargo, es esto lo que ha comenzado en el

queda reservado (*Tabusphäre*), y adonde no puede acceder el propietario: con ello se produciría la consumación. Así también, al consumir un comestible: TRÖNDLE, *StGB*, § 242, núm. marg. 15; KINDHÄUSER, *ibidem*. Esto permitiría afirmar que en el caso analizado en esta sentencia, la ocultación de los objetos, sacándolos de la esfera de control del titular, lograría ya la consumación; por lo que si la empleada se percatara de la ocultación una vez «escondidos» los objetos, ya se habría producido la consumación. Téngase en cuenta, sin embargo, lo afirmado *supra*, II.2, *in fine*, para negar la consumación dado que dichos objetos difícilmente quedaron ocultos: sería *manifesto* que los llevaban bajo la ropa.

<sup>8</sup> Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, I, Madrid, 1996, p. 579; GARCÍA ARÁN, *El delito*, pp. 147-148. También en la doctrina alemana, con un criterio de consumación anterior al empleado en nuestra doctrina, se entiende que la existencia de medios de control no impide la consumación, pero para los casos de sustracciones en establecimientos de autoservicio se exige además rebasar la línea de control de la caja (así, KÜHL, en LACKNER/KÜHL, *StGB*, § 242, núm. marg. 16; TRÖNDLE, *StGB*, § 242, núm. marg. 15; RUB, en JÄHNKE/LAUFHÜTTE/ODERSKY, *StGB. Leipziger Kommentar*, entrega núm. 15, 1994, § 242, núm. marg. 43), en la medida en que quepa todavía al desposeído que ha observado la acción, evitar el dominio por el autor: en este sentido, ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, § 242, núm. marg. 40; TRÖNDLE, *ibidem*. Cfr. sobre la incorporación de la cosa a la «esfera reservada» del autor, *supra*, nota 7.

caso que nos ocupa, al esconder los productos en el interior de sus ropas: aprovechan el sistema de negocio del supermercado para disponer parcialmente de los productos, y dar comienzo al apoderamiento (comienzo de la tentativa), que no llega a consumarse por haber sido observadas. Pero a partir de aquí, la consumación se dificulta enormemente, pues, estando dentro del supermercado, y disponiendo éste de medios para evitar la salida sin pagar<sup>9</sup>, una vez observadas, será muy difícil consumir el delito, tener la disponibilidad potencial. El que escondieran los productos puede tomarse como un inequívoco apoderamiento, pero no aumenta la peligrosidad de su conducta (quedaría todavía en mero hurto). Si acaso, disminuye la peligrosidad al hacer que la conducta fuera dirigida a pasar desapercibidas y no requerir el uso de fuerza en las cosas, ni violencia o intimidación. Entiendo que, tanto por el grado de ejecución (apoderamiento típico no consumado, con gran dificultad para consumir), como por la escasa peligrosidad inherente al intento (conducta dirigida por el autor para obrar con escaso peligro para los bienes jurídicos, más allá de la lesión patrimonial), hay datos suficientes para defender el descenso de la pena en dos grados (art. 62). Desde el límite inferior del delito de robo violento (dos años) puede llegarse entonces a la pena de prisión de seis meses a un año. Dentro de dicho margen serán los criterios previstos en el art. 66 los llamados a determinar más precisamente la pena.

### III.

1. Si la anterior argumentación es correcta, nos encontramos ante un caso en el que los actos de violencia surgen durante la fase ejecutiva. Efectivamente, el golpear al vigilante del establecimiento se produce durante el apoderamiento, sin haber llegado a la disponibilidad. Puede decirse entonces que lo que comienza siendo un apoderamiento constitutivo de hurto acaba siendo uno de robo violento<sup>10</sup>. Si se considera como tal robo con violencia, los actos de apoderamiento previos quedarán incluidos dentro del delito de robo, cuya sanción es suficiente para abarcar todo el desvalor del acto de apoderamiento (concurso de leyes). El Tribunal Supremo, en cambio, confirmando la SAP, entiende que estamos ante un caso de violencia sobrevenida *con posterioridad* a la consumación, y no incluida además en el plan delictivo. Lo cual le permite mantener la solución de sancionar por separado como falta de hurto y, además, como falta de lesiones (concurso real). A mi entender, ni la solución es correcta estructuralmente, ni es suficiente la justificación que emplea

<sup>9</sup> Ciertamente no busca el propietario que los productos sean escondidos (de ahí la insistencia «dejen los bolsos en la puerta» o el empeño en el uso de carros —aunque éstos además posibilitan una cuantiosa compra—, etc.). Cfr. *supra*, nota 7.

<sup>10</sup> Sobre el concepto de violencia, que no analizaremos, cfr. por todos, PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio*, II, pp. 396-399.

para llegar a ella. Estructuralmente no es correcta, porque la violencia se ha producido, según doctrina del propio Tribunal en reiterada jurisprudencia, durante la fase ejecutiva. Pero además, la justificación a la que acude resulta insuficiente: que las acusadas no comenzaran la ejecución de su plan con la idea de recurrir a la violencia no tiene nada que ver con que pudieran decidirse a emplearla repentinamente para lograr la disponibilidad que consumiría el delito, y menos todavía con que ello sea un problema de principio de culpabilidad<sup>11</sup>; por otra parte, la argumentación se basa en el desaparecido régimen de los supuestos concursales previstos en sede de robo, para intentar extraer consecuencias que difícilmente tienen algo que ver con la problemática inherente a aquellos supuestos<sup>12</sup>. Su argumentación debería proceder más bien desde la idea de la tipicidad objetiva para apreciar que difícilmente se ha consumado el tipo —de hurto o robo—, y valorar la violencia ejercida en el transcurso de éste, o bien debería afirmar, según su propia doctrina, la consumación<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Se afirma así en el FJ único, núm. 4: «Desaparecido el complejo delictivo y reforzado el principio de culpabilidad, es necesario valorar las circunstancias concurrentes para fijar con mayor rigor cuál es el propósito delictivo que anima a los sujetos activos de los actos contra la propiedad. En el caso que estamos examinando (sustracción de mercancías en un establecimiento de autoservicio escondiéndolas bajo las ropas), está claro que el ánimo delictivo estaba encaminado exclusivamente al apoderamiento simple de las cosas ajenas sin el propósito de utilizar fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas, por lo que la culpabilidad exigible por el hecho no se puede extender a la culpabilidad por el resultado. El hecho de apoderamiento y la reacción violenta contra el vigilante del supermercado no solamente no están en relación de medio a fin sino que están absolutamente desconectados.

Como ya hemos dicho, en el momento presente, no cabe mantener una conexión objetiva y meramente materialista entre el apoderamiento y la reacción final de las acusadas ya que se nos presenta con claridad el hecho de que la acción desarrollada era la de un típico e inequívoco acto de tomar las cosas muebles ajenas, sin plantearse otras alternativas más violentas como lo demuestra el hecho de que no solamente no llevaban encima ninguna arma o instrumento peligroso sino que ni siquiera la reacción física tuvo la suficiente entidad como para transmutar el hurto en un delito de robo en su modalidad de violencia contra las personas».

<sup>12</sup> Cfr. FJ único, núm. 3: «El nuevo Código Penal rompe el sistema tradicional que estableció un complejo delictivo en los casos en que las acciones de robo con violencias físicas aparecían unidas por una determinada relación medial. Ahora bien, ni aun en el supuesto del derecho anterior se podía admitir una conexión automática e inexorable entre el robo y las violencias ya que, a pesar de la expresión "con motivo u ocasión" ya desaparecida, era necesario, en opinión de un sector de la doctrina, que existiese una relación de medio a fin, mientras que otras opiniones sostenían que las expresiones mencionadas permitían admitir que existía el delito complejo cuando la lesión a la vida o la integridad corporal se producía en cualquier momento ejecutivo de la sustracción, como consecuencia de las violencias ejercidas, bien sea para realizar la sustracción, bien sea para asegurar la huida. Por algún sector doctrinal se sostenía que no todos los supuestos en los que se produce un resultado lesivo para la vida o la integridad física pueden ser calificados como robos violentos. Se examinaban los tres clásicos supuestos: el delincuente mata y después surge en él la intención de apoderarse de la cosa; el delincuente sustrae primero cometiendo más tarde el homicidio y por último el delincuente mata para sustraer. En opinión de un sector doctrinal, sólo en el caso tercero se podía hablar de un delito complejo de robo con homicidio, en los demás casos había que penar separadamente el acto de apoderamiento y la muerte producida sin que este último resultado cualificase la acción de despojo».

<sup>13</sup> En el mismo núm. 4 del FJ único se afirma que la falta de hurto (valor inferior a 50.000 ptas.) pudiera haberse considerado intentada. Si se afirma tal extremo no tiene mucho sentido que líneas arriba del propio fundamento no tuviera en cuenta tal dato para considerar si la

2. Un primer argumento para entender que la violencia propia del delito de robo violento puede tener lugar *en* toda la fase ejecutiva proviene de un dato gramatical: así, el art. 242.2, donde se prevé el supuesto cualificado por uso de armas, para el robo tanto violento como intimidatorio, lo prevé para casos de uso «al cometer el delito». Por ello, el supuesto sería apreciable en caso de empleo de dichos medios durante toda la fase ejecutiva, hasta el final de la ejecución del delito<sup>14</sup>, siempre que además exista relación entre la violencia y el apoderamiento: en caso contrario, concurso de delitos. La propia denominación de «robo con violencia» confirma este resultado, al incluir la conexión entre los actos de violencia y el apoderamiento, como la doctrina había expresado ya, y la propia STS recoge<sup>15</sup>.

3. El argumento anterior encuentra, en el propio capítulo dedicado a los delitos de robo, una referencia muy oportuna para integrar el régi-

violencia se ejercía *en* fase ejecutiva. La idea de que no se desprende inequívocamente de los hechos probados que la violencia tuviera lugar para la huida no es convincente, pues desasirse y desprenderse del vigilante y salir del establecimiento lograría la consumación. Pero además, olvida que una tercera persona huyó llevándose una botella.

<sup>14</sup> Según un amplio sector [LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 132; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996, p. 1181; los mismos, en VIVES *et al.*, *Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Valencia, 1996, p. 375; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11.ª ed., Valencia, 1996, p. 341; GONZÁLEZ RUS, en *Curso. PE. I*, p. 616; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 3.ª ed., Barcelona, 1996, p. 363; BENÉYTEZ MERINO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1997, p. 2622; PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio*, II, pp. 414-415], el supuesto agravado sólo se aplicará cuando se emplean las armas todavía en fase ejecutiva. La interpretación me parece posible, pero la letra del precepto no impide que la huida se procure tras la disponibilidad potencial: es más, entiendo que, en algunos casos, posiblemente quepa interpretarlo como un supuesto de intervenciones incluso post-ejecutivas respecto al robo.

Contra la restricción del uso de armas a la fase ejecutiva, SÁNCHEZ TOMÁS, en RODRÍGUEZ RAMOS/COBOS GÓMEZ DE LINARES/SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, II, Madrid, 1997, pp. 125 y 131.

<sup>15</sup> La propia sentencia se hace eco de la doctrina que exigía conexión medio-fin entre la violencia y el apoderamiento (cfr. *supra* nota 12) para el anterior sistema de casos complejos previstos en el art. 501. Por lo demás, en la doctrina, cfr. LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 1996, p. 194; BENÉYTEZ MERINO, en *Código Penal*, p. 2619; SÁNCHEZ TOMÁS, en *DP. PE. II*, p. 124; GARCÍA ARÁN, *El delito*, p. 174 («la violencia o la intimidación tienen en el robo un valor instrumental constituyendo los medios utilizados para lograr el apoderamiento. De esta forma, en principio, las formas violentas que acompañan al apoderamiento pero no constituyen medio para éste, mantienen la calificación como hurto y entran en concurso real de delitos con éste»); PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio*, II, pp. 404-405, con referencias; GOYENA HUERTA, en MUÑOZ CUESTA (coord.) *et al.*, *El hurto, el robo y el hurto y robo de uso de vehículos*, Pamplona, 1998, p. 129.

Otro sector de la doctrina entiende, por su parte, que no sólo cabe la relación medio-fin, sino también la violencia ejercida en cualquier momento previo a la consumación de la sustracción [VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (coord.), *Comentarios*, p. 1168; los mismos en *DP. PE.*, p. 366, aunque cfr. también *ibidem*, respectivamente pp. 1170-1172 y 368; MUÑOZ CONDE, *DP. PE.*, pp. 338 y 342; GONZÁLEZ RUS, en *Curso. PE. I*, p. 614, pero téngase en cuenta también p. 613 para las violencias ocasionales].

men de este delito. Se expresa en el art. 237 que el robo existe cuando contemporáneamente, a la vez, el sujeto se apodera «empleando... violencia»<sup>16</sup>. Dicha violencia puede entenderse como orientada al apoderamiento, y así lo había venido entendiendo la doctrina para el régimen anterior<sup>17</sup>. De esta forma, la violencia vendría a romper la relación del que ostenta la propiedad actuando sobre los medios dispuestos a tal fin (en estos casos la propia voluntad manifestada a través del ejercicio de actos de dominio). O bien, con base en el modo verbal empleado, puede entenderse como violencia contemporánea al apoderamiento, aunque sea finalmente la víctima quien prefiere ceder la cosa antes de que la violencia sea superior. Pero lo que la actual letra de los preceptos del robo violento no permite es entender que sea indiferente, a efectos de la naturaleza del apoderamiento, la violencia ejercida por el autor cuando éste ya ha asumido los objetos por la posesión, pero está todavía en la esfera del propietario y a la vista de él.

4. Hay todavía un argumento de orden histórico, basado en la desaparición del art. 512, junto con el régimen de supuestos complejos que caracterizaban el delito de robo violento o intimidatorio (antiguo art. 501). Aquél daba por consumado el delito de robo en el momento de producción del «resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas, aunque no se hayan perfeccionado los actos contra la propiedad propuestos por el culpable.» Lo cual permitía entender consumado el delito patrimonial, antes de afectar al bien jurídico directa y/o definitivamente. Al no existir ahora un precepto así, los actos de violencia ejercidos sin consumación del apoderamiento pueden incluirse en la tentativa de robo, *siempre que* el desvalor de ésta abarque el de la violencia. En caso contrario, deberían sancionarse por separado. Pero la desaparición del antiguo art. 512 no puede dar lugar a que la violencia desplegada durante los actos de apoderamiento finalmente no consumados se sancionen, siempre y en todo caso, por separado. Se trata de dos problemas distintos: uno, el de la desaparición de un precepto que definía una consumación formal, legal, del delito; otro, el de si el desvalor de una conducta abarca el de otra llevada a cabo simultáneamente<sup>18</sup>.

5. Una última consideración, esta vez de orden teleológico, lleva a poner en duda que sea coherente un sistema de protección del bien jurídico patrimonio que tras haber previsto el tipo de robo violento, permita sancionar separadamente violencia y apoderamiento. Un sistema así, más bien, perdería de vista lo que da sentido al acto de violencia: el apoderamiento, y con ello, haría perder sentido a la clasificación legal del

<sup>16</sup> Este mismo argumento en GONZÁLEZ RUS, en *Curso. PE, I*, p. 615.

<sup>17</sup> Cfr. *supra*, nota 15.

<sup>18</sup> De no distinguirse correctamente ambos problemas, puede incurrirse en uno de los defectos que la desaparición de los complejos de robo pretendía superar: ciertas consecuencias incompatibles con el principio de culpabilidad, pues la sanción por separado puede en ocasiones dar lugar a pena superior: cfr. *infra* IV.5.

delito de robo. El robo violento se basa en la idea de una peculiar forma de violencia, la que adquiere el sentido de ser «de apoderamiento», de ruptura de la relación de tenencia de la cosa. Por esta razón, la que excede del apoderamiento, o la que se dé además de éste (antes, con ocasión, etc.), deberá sancionarse aparte, como delito contra el bien jurídico en cuestión en cada caso. Como la violencia adquiere sentido por el apoderamiento, nada impide que si aquella surge durante la realización de la conducta de apoderarse, pero antes de la consumación, deje de ser por esa razón la violencia que el robo contempla: de lo contrario, si se sanciona por separado violencia y apoderamiento, desaparece el robo, y el concurso de delitos lo sería entre *hurto* y *lesiones* (por ejemplo). Lo coherente, si se mantiene la figura —por otra parte, tradicional— de robo violento, es sancionar como un solo tipo, salvo que hacerlo de ese modo suponga pasar por alto o desatender el desvalor de las conductas de violencia. Sólo en este supuesto deberán sancionarse ambos en concurso ideal. El desaparecido régimen de supuestos complejos en materia de robo (antiguo art. 501) podía interpretarse como regulación específica de figuras concursales, resueltas en favor de una penalidad propia, pero en absoluto permitía obviar los principios de culpabilidad y responsabilidad por el hecho, como efectivamente se trató de hacer en la doctrina y jurisprudencia<sup>19</sup>.

6. En conclusión, estimo que hay datos suficientes para entender que nos hallamos ante un supuesto de robo con violencia. En este caso, violencia ejercida para lograr la disponibilidad, aunque haya sobrevenido durante la fase de ejecución. Ciertamente, si la violencia se ejerce para desasirse del vigilante, o para repeler el control fáctico que el propietario, a través del vigilante, pretende ejercer sobre los tres sujetos, podría pensarse que no sería violencia para alcanzar la disponibilidad, sino para la huida. Pero es precisamente eso lo que permite defender lo contrario: si la violencia tiene por objeto frustrar la pretensión de control por parte del vigilante, es decir, desasirse de él, saliendo a continuación con los objetos de la esfera de organización de aquél (el supermercado), es violencia para lograr el apoderamiento con disponibilidad<sup>20</sup>. Es decir, violencia para consumir<sup>21</sup>, que adquiere sentido si el sujeto alcanza la

<sup>19</sup> Cfr. por todos, BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal, II. Delitos patrimoniales y económicos*, 2.ª ed., Madrid, 1993, pp. 99 y ss.

<sup>20</sup> Por lo que la violencia ejercida para huir, sólo constituirá delito de robo si es subsumible en el art. 242.2. Mientras que si, abandonados los objetos, o no habiendo logrado tomarlos, el empleo de violencia sin medios peligrosos para lograr escapar (sin persecución) deberá sancionarse en concurso real: tentativa de infracción de apoderamiento e infracción de lesiones, en su caso. Cfr., sin embargo, *supra*, lo afirmado en nota 14.

<sup>21</sup> No se trata, por lo demás, de un supuesto extraño, sino de una modalidad —que no parece improbable en la práctica— a la que la doctrina ya había prestado atención, decantándose precisamente en favor de la consideración de robo en aquellos casos en que la violencia tiene lugar durante la fase ejecutiva para alcanzar el apoderamiento: cfr. VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en

salida, como así logró la tercera persona<sup>22</sup>, que consiguió escapar, según recoge expresamente el relato de hechos probados<sup>23</sup>. Ciertamente, si se entiende el apoderamiento como un acto instantáneo, las tres mujeres habrían consumado una falta de hurto, y después, separadamente, surgiría la violencia. De ser así, el argumento de la STS sería correcto. Sin embargo, no puede olvidarse que el acto de apoderamiento se perpetúa sin consumación, por falta de disponibilidad, mientras perdura el control de los objetos por el titular.

7. No es suficiente para negar lo anterior recurrir —como hace la STS, en el núm. 4 del FJ— a la idea de exceso del sujeto violento respecto a su plan inicial, pues dicha argumentación remite un elemento estrictamente objetivo al plano de lo subjetivo. Dicho elemento no impi-

VIVES (coord.), *Comentarios*, p. 1172; los mismos en *DP. PE*, p. 368; MUÑOZ CONDE, *DP. PE*, p. 341; GONZÁLEZ RUS, en *Curso. PE, I*, p. 616; QUERALT JIMÉNEZ, *DP. PE*, p. 359; BENÉYTEZ MERINO, en *Código Penal*, p. 2620; PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 405; SÁNCHEZ TOMÁS, en *DP. PE, II*, p. 123; GARCÍA ARÁN, *El delito*, pp. 174-175; GOYENA HUERTA, en *El hurto*, p. 129; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Madrid, 1998, p. 343; MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, en SERRANO BUTRAGUENO, (coord.), *Código Penal de 1995*, Granada, 1998, p. 1202, quien aporta el caso resuelto en la STS de 2 de febrero de 1994, muy similar al aquí comentado. Para la situación en el derogado Código Penal, cfr. por todos, RUIZ ANTÓN, «Robo acompañado de lesiones», en COBO (dir.), *CLP, XIV-2*, Madrid, 1992, p. 860.

<sup>22</sup> Podría plantearse la cuestión de si el forcejeo y violencia sobre el vigilante constituyen actos llevados a cabo por dos de las mujeres para que consiguiera huir la tercera, en coautoría, con base en un mutuo acuerdo tácito, surgido durante la fase ejecutiva. Si así fuera, precisamente por la coautoría, cabría imputar a las dos que no consiguieron huir la consumación del delito que logra la que huyó (consiguió salir llevándose al menos una botella). Estructuralmente es factible esta hipótesis, pero dudo de que podamos hablar en ese caso de un mutuo acuerdo para la consumación, pues lo que surge tácitamente en las tres es un «sálvese quien pueda». Es decir: quien huye gracias a que el vigilante estaba ocupado con las otras dos autoras, aprovecha esa circunstancia y, en autoría accesoria, consume sólo ella la sustracción del objeto (hurto).

<sup>23</sup> La STS de 4 de noviembre de 1998 (AP 92/99, ponente Martínez-Pereda Rodríguez, contiene extracto de hechos probados), aplica la doctrina contenida en el núm. 3 del FJ de la resolución objeto de este comentario —que transcribe—, pero en mi opinión debería reparar en que aunque los hechos son *mínimamente* distintos, la solución resultaría *absolutamente* dispar: en este caso se trataba de una persona sorprendida cuando ya se hallaba dentro del local al que había accedido subrepticamente, y que utiliza violencia frente al policía que pretende retenerle, *para huir, sin haberse apoderado de bien alguno*. Se trata por tanto de un robo con fuerza en las cosas que queda en tentativa, a la cual le siguen diversos actos de violencia, «independientes». Otra STS, en cambio, la de 16 de septiembre de 1998 (ponente Giménez García, de la que se publica una breve reseña en *AJA*, 374/35), entiende que si dentro del espacio donde se produce la aprehensión de los objetos es descubierto su autor, produciéndose en ese momento las violencias, éstas se hallan en íntima y directa conexión con el acto de apoderamiento, aunque no sean estrictamente coetáneas a la aprehensión del objeto, ya que en todo caso se han producido en el marco de la ejecución típica: el sustractor fue sorprendido en el momento de rebasar el lugar destinado a los clientes que salen sin compra. Y más claramente, la STS de 19 de mayo de 1998 (A 4888/1998, ponente Granados Pérez), se refiere a un caso de apoderamiento subreptico de una botella, escondiéndola entre las ropas, en un supermercado; pero el autor es sorprendido por el vigilante cuando rebasaba la línea de caja sin abonar el importe; se emplea entonces violencia frente al vigilante, que da lugar a unas lesiones constitutivas de delito: se aprecia concurso de delitos entre robo en tentativa y delito consumado de lesiones. Esta solución me parece correcta (salvo que las lesiones pudieran recibir otro tratamiento: cfr. *infra* IV).

de apreciar el dolo (no estamos ante ninguna modalidad de error de tipo o sobre las circunstancias), que sería la vía para dar acogida a la idea del principio de culpabilidad a la que recurre la STS. La idea de violencia revanchista, como acto ajeno al apoderamiento, puede plantear en cambio algún problema: en efecto, los actos de violencia ejercidos por el sujeto del apoderamiento una vez que se ha desbaratado su pretensión inicial, podrían separarse de los actos de apoderamiento. Pero es esto lo que debe ser probado, pues en el caso que nos ocupa, la violencia, por muy revanchista que pueda calificarse, es ejercida durante la fase de apoderamiento. Además, si la violencia tiene el carácter de revancha, es porque se ha visto frustrado o impedido un efecto (la disponibilidad o el lucro), pero ello no hace sino afirmar que se han dado ya los actos anteriores (la tentativa y la consumación, respectivamente). Más que afirmar la trascendencia del carácter revanchista de la violencia a efectos de disminuir la sanción, esa violencia reafirma que a continuación huirían, produciéndose la consumación. La violencia revanchista no impide —por tratarse de un elemento subjetivo que no altera lo exigido para el tipo de robo— los restantes elementos típicos: por lo que podría ser un medio apto para consumir. Con otras palabras: el ánimo revanchista resulta indiferente. Distinto sería lo que podría apreciarse en aquellos casos en los que la violencia tenga lugar una vez concluidos los actos típicos del delito de apoderamiento sin consumación, por desistimiento —voluntario o no— del autor. Por ejemplo, si una vez descubierto el autor, arroja el botón y, sin haber tenido la disponibilidad, arremete violentamente contra quien le impide la huida. En este caso sí me parece que la violencia queda separada del apoderamiento: lo que comenzó como hurto, acaba como tal, y es después cuando se inician actos violentos separados.

#### IV.

1. Lo anterior no resuelve la cuestión de qué tratamiento han de recibir los actos de violencia física ejercidos. Al desaparecer el anterior régimen de situaciones complejas, del art. 501, que ya atendía en cierto modo, pero no plenamente, a algunos casos planteados, debe dilucidarse ahora si la cláusula concursal («sin perjuicio de la [pena] que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase» el culpable) del art. 242.1 conduce a apreciar siempre y en todo caso una sanción separada, como concurso de delitos, ideal o real, o bien admite *en algunos casos* la sanción única como robo violento, que abarcaría ya el desvalor de las lesiones, en concurso de leyes<sup>24, 25</sup>. En favor de esta última opción obra

<sup>24</sup> Así, en este último sentido, para algunos supuestos, GONZÁLEZ RUS, en *Curso. PE, I*, pp. 613 y 617. VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (coord.), *Comentarios*, p. 1168; los mismos en *DP. PE*, p. 366, entienden, sobre la base de esa expresión, que la voluntad de tal precepto es sancionar las dos infracciones (con la pena de ambas, en concurso real); QUINTERO

la redacción misma de la cláusula concursal («pudiera»), que deja abierta la posibilidad de mantener la sanción única por robo<sup>26</sup>. Pero si esta interpretación es correcta —como pienso que lo es—, el descenso de la pena en casos de menor violencia<sup>27</sup>, previsto en el párrafo tercero del propio art. 242, obliga a admitir que en su párrafo primero se incluyen casos de violencia que no son precisamente de entidad mínima o insignificante, y podrían sin embargo sancionarse —al menos algunas de ellas— sólo con la pena del robo violento. Todo lo cual supone aceptar, en definitiva, que el delito de robo violento cuenta con un sistema que permite —es más, obliga a— apreciar la gravedad y desvalor de la conducta (de apoderamiento *violento*) en cada caso presente. El robo violento admitiría, por tanto, supuestos de violencias insignificantes a sancionar sólo con la pena de este delito (concurso de leyes: art. 242.3); de violencias «desproporcionadas» (concurso de delitos, ideal); y, como situación intermedia, de violencias que se ven abarcadas con la sanción única como robo (concurso de leyes: art. 242.1). Aparte, los supuestos de violencias «desconectadas» del apoderamiento (concurso de delitos, real).

2. Efectivamente, tal y como hemos manifestado *supra*, el robo violento incluye la violencia como elemento constitutivo del apoderamiento<sup>28</sup>. De esta manera, partimos de casos que, en unidad de acto,

OLIVARES, en QUINTERO (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1114, entendiendo que toda lesión que supere la cualidad de falta contra las personas debe sancionarse con la pena de aquélla; por su parte, RODRÍGUEZ RAMOS, «Los nuevos delitos de robo», *LL* 1996-2, p. 1386, alude a la vía concursal cuando la violencia genere nuevos delitos; para SÁNCHEZ TOMÁS, en *DP. PE, II*, pp. 124-125 y 131, toda violencia que constituya delito autónomo habrá de sancionarse como concurso de delitos (real o ideal).

<sup>25</sup> De diferente opinión GOYENA HUERTA, en *El hurto*, p. 126, que considera sólo posible la apreciación de un concurso real: entiendo, sin embargo, que la cuestión no está en defender que *debe ser siempre* un concurso real, sino en que será concurso real aquella situación que deba tratarse como tal: dos hechos. La variedad imaginable de supuestos no reduce las posibilidades sólo al concurso real. Que el delito de robo tutele el patrimonio y la libertad y seguridad de las personas (cfr. del mismo autor, *ibidem*, p. 125) no obsta que sea posible precisamente *por eso* concurso ideal.

<sup>26</sup> Así, aunque con diferencias según los autores sobre cuáles sean las violencias que quedan abarcadas y cuáles no, MUÑOZ CONDE, *DP. PE*, p. 338; PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 396, que incluye en el delito de robo violento o intimidatorio junto a la protección de la propiedad, también «el ataque básico a la libertad, y... los ataques más leves a la integridad física» (cfr. también *ibidem*, p. 399); también, según se deduce, SUÁREZ GONZÁLEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 696-697.

<sup>27</sup> Cfr. PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 400, deriva precisamente de la elaboración parlamentaria el que se tratara de evitar penas desproporcionadas en supuestos de violencia mínima, como los casos del «tirón».

<sup>28</sup> Así, SUÁREZ GONZÁLEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios*, p. 696, que considera que en los casos de concurso entre el robo y el delito correspondiente por el resultado lesivo de la violencia, estaremos ante «una doble e injustificada valoración de un tramo de la violencia» (cursiva del autor); en contra de tal crítica, ya antes, QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO (dir.), *Comentarios*, p. 1100. De este modo, quienes propongan apreciar en concurso de delitos los actos de violencia y de apoderamiento, deberían hacer concurrir el tipo correspondiente a las violencias, y además el de apoderamiento, que ya no sería robo, sino *hurto*.

encierran violencia y apoderamiento. Por tanto, allá donde la sanción por robo permita abarcar el desvalor de la violencia ejercida, estaremos ante un concurso de leyes<sup>29</sup>, por lo que la sanción única del art. 242 abarcaría —debería abarcar<sup>30</sup>— el desvalor total de la conducta<sup>31</sup>; si no, deberíamos tratarlo como concurso de delitos. Cabe así entender que si se prevé la posibilidad de sancionar *además* por la violencia, se debe a que la pena del robo no abarca siempre el desvalor completo de la conducta, y entonces habrá de sancionarse separadamente: sea como concurso ideal (cuando hay unidad de acto)<sup>32</sup>, sea como real (cuando hay violencias iniciales y apoderamiento también violento subsiguiente)<sup>33</sup>. Lo anterior se ve confirmado, como hemos visto en el párrafo anterior, por la redacción misma de la cláusula concursal del art. 242.1 («pudiera»), que no obliga a aplicar siempre un concurso para sancionar por ambos tipos<sup>34</sup>. En definitiva, la variedad de supuestos de apoderamiento violento admite muy diversas posibilidades, que aconsejan rechazar una solución unitaria. La variedad de posibilidades obliga, en cambio, a sopesar y determinar las cualidades de las conductas en cada caso presentes, para decidirse por una solución concursal u otra. Se defiende aquí la tesis de que, en algunos supuestos de violencias ejercidas durante la ejecución, es posible apreciar concurso de leyes y sancionar adecuadamente la conducta sin necesidad de recurrir al concurso de infracciones.

<sup>29</sup> No es óbice, en mi opinión, el que la desaparición de los supuestos antes definidos en el art. 501 se pretendiera remitir a las reglas del concurso de delitos (así, en la Exposición de Motivos del Proyecto de 1992: cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, «Delitos compuestos y delitos complejos: problemas concursales del artículo 242 del Código Penal», *LL*, 1997-1, p. 1828, nota 1), o a las reglas generales (así, en la Exposición de Motivos del Proyecto de 1994), pues las reglas que dan entrada a una norma en lugar de otra (concurso de leyes) tienen prioridad sobre las del concurso de infracciones. Cfr. *ibidem*, p. 1831, nota 56.

<sup>30</sup> En opinión de GONZÁLEZ RUS, en *Curso. PE, I*, pp. 617, 621 y 623, en los casos de violencias constitutivas de lesiones-falta quedarían absorbidas en el tipo básico (art. 242.1), mientras que los casos de violencias calificadas como falta de malos tratos en el atenuado (art. 242.3).

<sup>31</sup> A propósito de las penas previstas en el Código Penal de 1995, se ha señalado cómo éstas resultan excesivas (cfr. ya para el texto de los proyectos, GONZÁLEZ RUS, «La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio», *EPC*, XVII, 1993/1994, p. 149). Precisamente ese incremento de penas, más allá de lo criticable que resulta, puede emplearse para abarcar ya el desvalor de la conducta de apoderamiento violento en muchos casos.

<sup>32</sup> Cfr. así, PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 409; ÁLVAREZ GARCÍA, *LL*, 1997-1, pp. 1827-1828; DE VICENTE MARTÍNEZ, «Los delitos de robo: dos cuestiones interpretativas», *AP*, 1997, p. 829 (cuando se produzca «resultado lesivo», se tratará según las normas generales de los concursos); SUÁREZ GONZÁLEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios*, p. 696 (aunque con una matización debido al posible *bis in idem*); SERRANO GÓMEZ, *DP. PE*, p. 342; para LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *DP. PE*, p. 194, en todo caso.

<sup>33</sup> Entienden que se da concurso real VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (coord.), *Comentarios*, p. 1168; los mismos en *DP. PE*, p. 366; les sigue GOYENA HUERTA, en *El hurto*, pp. 126-127.

Contra, ÁLVAREZ GARCÍA, *LL*, 1997-1, p. 1824; PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, pp. 409-410.

<sup>34</sup> No lo entiende así DE VICENTE MARTÍNEZ, *AP*, 1997, p. 829: cuando se produzca «resultado lesivo», concurso de delitos.

3. El precepto contenido en el art. 242.3 no tiene una correspondencia con un único grupo concreto de actos violentos<sup>35</sup>, de forma que pueda hallarse una clase de infracciones constitutivas, por ejemplo, de lesiones que serían exclusivamente las incluidas en dicho precepto<sup>36</sup>. La previsión misma del art. 242.1 lo impide (simplemente abre la posibilidad a la sanción diversa a la de robo básico, sin concretar más, por lo que reducirlo a algunas concretas supondría frustrar la previsión misma de tal precepto). El propio régimen de las lesiones lo impide también, porque el art. 147 parte de un concepto de lesión lo suficientemente amplio como para no poder reducirse a lo previsto en el art. 242 para el robo violento. En efecto, con un marco penal que va de seis meses a tres años pueden abarcarse hechos lesivos de muy diversa naturaleza y entidad, como lo demuestra además la previsión del art. 147.2, que permite fijar una pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana, o bien multa de tres a doce meses. Si a esto se añade la previsión de una falta, en el art. 617.1, con la pena de arresto de tres a seis fines de semana, o bien multa de uno a dos meses; y otra falta, la de malos tratos (art. 617.2), con pena de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días, se entenderá que el panorama que la Ley ofrece para atender al desvalor de la conducta de lesiones es amplísimo, como amplísimo es el panorama de las posibles lesiones que en la práctica cabe imaginar. Al comparar las penas que el Código ofrece en casos de lesiones con la mínima prevista para el robo violento (prisión de dos a cinco años: art. 242.1, sin posibilidad de suspensión, si se fija en dos años), parece evidente que dicha pena puede abarcar en muchos casos también el desvalor de ciertos actos de violencia<sup>37</sup>. También algunos de los restantes actos, expresa o implícitamente violentos (homicidio por imprudencia leve, coacciones, malos tratos, daños), previstos en el Código podrían encontrar adecuada acogida en el art. 242.1. Para decidir en qué casos procede aplicar una sola

<sup>35</sup> Teniendo en cuenta sobre todo que *violencia* no es sinónimo de *lesiones*, como se desprende del propio uso del término en el Código Penal, y el concepto amplio de violencia, empleado por la jurisprudencia (cfr. BENÉYTEZ MERINO, en *Código Penal*, p. 2618), de forma que no toda violencia da lugar a delito de lesiones, ni todo delito de lesiones encierra violencia, pues el menoscabo a la salud puede provocarse por otras vías (al menos, distinta de la *vis physica*): amenazas, por ejemplo, que generan lesiones psíquicas; envenenamiento por la propia víctima que obra en error; etc. Por otra parte, el término *violencia*, en sí mismo, no impide hablar de violencia imprudente. Igualmente, cabe afirmar que la violencia puede afectar a muy diversos bienes jurídicos, además del patrimonio: vida, integridad, libertad (coacciones), etc.

<sup>36</sup> Distinto podía ser en el régimen del art. 501 Código Penal 1973, pues allí la enumeración de determinados delitos que entraban en concurso dejaba muy pocas posibilidades al margen de los supuestos complejos específicamente detallados. A pesar de ello, se planteó ya entonces el tratamiento óptimo para los casos de robo con violencia que producían lesiones escasamente graves: cfr. por todos, BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO, en BAJO/PÉREZ/SUÁREZ, *Manual*, 1993, pp. 101-103, en particular p. 103.

<sup>37</sup> Para QUERALT JIMÉNEZ, *DP. PE*, p. 365, se incluyen los actos de violencia constitutivos de falta (de maltrato, lesiones, e incluso homicidio por imprudencia leve).

En cambio, en opinión de SÁNCHEZ TOMÁS, en *DP. PE*, II, p. 131, el tipo del art. 242.3 no tendría cabida para supuestos en los que la violencia sea constitutiva de delito o falta, a sancionar

pena, la del robo, abarcando el desvalor de los actos de violencia (curso de leyes), resulta necesario atender a la entidad y calidad de las conductas de apoderamiento con violencia, y sopesar si el desvalor de ésta queda absorbido<sup>38</sup> en el de aquél<sup>39</sup>. Toda pretensión de formular criterios rígidos, válidos para todos los casos, chocaría con la misma configuración de dichos preceptos, previstos más bien para atender a lo peculiar del caso concreto. Me parece más conveniente formular algunas posibles orientaciones (4-7), que sean también útiles en la motivación judicial de la pena.

4. En primer lugar, más que analizar los actos de violencia y separadamente los de apoderamiento, debe atenderse a que el apoderamiento que el robo prevé en estos casos es violento *per se*: es un apoderamiento constitutivo de robo porque es violento. No se trata de una afirmación tautológica, sino de lo distintivo de dicha conducta frente al hurto. De esta forma, al aplicar este tipo de robo, debe valorarse la entidad de los actos de violencia desarrollados, pues aquél incluye cierta violencia, y ésta no es concepto unívoco, sino elemento descriptivo de muchos y varios tipos (por ejemplo, homicidio, lesiones, coacciones, daños, malos tratos, además del robo): se consigue así valorar lo que es propio del apoderamiento del robo violento, frente al hurto y a las lesiones. Como resultado de esta idea, habrá casos en que la pena del robo

como concurso de delitos, incluso cuando se trate de una violencia mínima (de coacciones: en cuyo caso propone también sancionar como concurso); pero esta propuesta deja entonces sin contenido al art. 242.3, pues si los únicos que incluiría en él serían los hechos de apoderamiento violento que no constituyan infracción alguna, ¿no sucederá ya que esos casos serán constitutivos sólo de hurto?

<sup>38</sup> Opto por aplicar el criterio de la *consunción*, y no los de *especialidad* ni *subsidiariedad*, pues aunque caben casos en los que exista inclusión e interferencia, es clave determinar si valorativamente basta con sancionar aplicando un solo precepto o han de aplicarse los dos.

<sup>39</sup> Para PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio*, II, p. 401, el supuesto privilegiado del art. 242.3 incluiría «los casos del tirón en los que se despliegue fuerza física para desprender el bolso de su poseedor/a siempre que esta fuerza repercuta sobre el cuerpo de la víctima pero no le produzca resultado de lesión, sino tan sólo su desplazamiento» (cfr. también pp. 408 y 416). Aunque la autora entiende que debe comprobarse la entidad de la violencia en cada caso, la posición me parece demasiado restrictiva, pues impide el tipo privilegiado en casos en que valorativamente la pena puede resultar desproporcionada; y además, requiere de mayores criterios para discernir si la violencia ejercida es constitutiva de malos tratos o no es típica: efectivamente, si siempre que se aprecie falta de malos tratos se recurrirá a las reglas concursales (cfr. claramente *ibidem*, p. 408), apenas queda espacio para el tipo privilegiado, pues si la falta de malos tratos consiste en maltratar o golpear (cfr. art. 617.2), también lo será el «tirón» que implique «soltar» el bolso.

Cfr., también para el supuesto del «tirón», QUERALT JIMÉNEZ, *DP. PE*, p. 364, pero no como único caso posible; para BENÉYTEZ MERINO, en *Código Penal*, p. 2622, como caso paradigmático; DE VICENTE MARTÍNEZ, *AP*, 1997, p. 829. Para MUÑOZ CONDE, *DP. PE*, p. 344, aunque sólo como ejemplo, el supuesto del art. 242.3 encuentra sentido sobre todo para el caso del «tirón»; pero entendiendo superfluo el precepto, dado que por la vía de hurto agravado por aprovechamiento de la situación de la víctima (art. 235.4.º), cabría abarcar ya el desvalor.

Para SUÁREZ GONZÁLEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios*, p. 697, se incluirían los casos de violencia que no produce resultado lesivo alguno.

abarcará plenamente ya ciertos actos violentos; en esos supuestos, el marco posible (de dos a cinco años de prisión) permite tener en cuenta la gravedad de las lesiones u otras infracciones violentas: entiendo que pueden incluirse en el robo violento aquellos apoderamientos que, en unidad de acto, sean constitutivos de *faltas* de homicidio por imprudencia leve, lesiones (dolosas o imprudentes), malos tratos, coacciones y daños. Este mismo razonamiento debería llevar a aceptar incluso que hay otras lesiones, las del art. 147.2, que en algunos casos podrían quedar absorbidas en la sanción impuesta por el robo violento<sup>40</sup>: ello resulta avalado al comparar las penas en juego<sup>41</sup>. Dicha gravedad escasa debe tomarse en cuenta para la determinación de la pena como elemento propio de la gravedad del hecho (de robo). Efectivamente, si el robo es violento *per se*, incluye violencia, cuya gravedad y entidad deben considerarse al determinar la pena en función de la gravedad del hecho. Pero, al contrario, hay aspectos de los delitos de lesiones que no quedan abarcados por lo propio del apoderamiento violento, y deberían apreciarse en concurso de delitos, real o ideal, según el caso: así, en particular, las recogidas en el art. 148, o las que resultan graves por el resultado (arts. 149-150), o, sencillamente, el menoscabo efectivo de carácter grave para la salud (art. 147.1). También cabría incluir entre la violencia no abarca-

<sup>40</sup> Así como la jurisprudencia entiende que el delito de robo lleva consigo ya una mínima privación de libertad ambulatoria (cfr. por todos, PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio*, II, p. 409), podría considerarse que el apoderamiento *violento* encierra también actos de violencia, cuya sanción estaría contenida en la del delito de robo. Algo semejante podría decirse sobre la absorción de daños de escasa entidad en el robo con fractura, u otros supuestos de mayor entidad (caso en el que no me parece que la razón para la consunción sea que se trata de bienes jurídicos diversos, pues cabría también añadir el caso de las lesiones de mínima entidad que el delito de agresiones sexuales —violación— lleva consigo). Cfr. la idea, con carácter más general en GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, Barcelona, 1995, p. 388, que exige «relación de inclusión valorativa» entre las dos normas en juego. Lo que se debe decidir es si el delito de robo incluye ya ciertos actos de violencia física: hay que aportar criterios, y aplicarlos al determinar y motivar la pena.

La mención ahora en el art. 147.2 a los *medios* empleados o al *resultado*, como determinantes de la menor gravedad de la lesión, permitiría más claramente que en el anterior 420.2, incluir los casos de violencias físicas producidas sin instrumento alguno (golpes) que hacen necesario el tratamiento médico, pero sin llegar a ser *graves*. Piénsese en el caso en el que el autor, golpeando en la mano de la víctima, le arrebatara un objeto, obteniendo el apoderamiento y causando un pequeño esguince de muñeca que exige tratamiento.

En el delito de atentado, que viene proponiéndose como el «paradigma» de concurso ideal de delitos, cabe plantear que también algunas lesiones queden abarcadas, en concurso de leyes, luego sancionadas con la pena del delito de atentado: así, JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p. 1347, para lesiones leves, lo cual me parece correcto.

<sup>41</sup> Para la situación que el antiguo art. 501 ofrecía se manifestaron ya algunos autores en contra de la desproporcionada pena a la que podía —debía— llegarse aplicando la señalada para el supuesto complejo: cfr. por todos, RUIZ ANTÓN, en *CLP*, XIV-2, pp. 868-869, con referencias, nota 25. La solución que aquí se propone —concurso de leyes, o bien de delitos, en función del desvalor de las lesiones y robo en cada caso— permitiría superar aquella situación, a la que abocaba el anterior régimen de sanción del robo.

da por el tipo de robo, además del homicidio por imprudencia grave, el delito de coacciones en su modalidad grave (si se entiende que, a la vista de las penas aplicables, el art. 172.1 admite diferenciar el tipo según la gravedad). La descripción de las conductas, la afectación al bien jurídico y las penas que a través de éstos cabe alcanzar, aconsejan valorarlas separadamente. Para el delito de daños, entiendo que en su modalidad agravada (art. 264) debería apreciarse concurso de delitos, mientras que la modalidad básica (art. 263) podría sancionarse con la pena del robo violento.

5. En favor de esta posibilidad obra el dato de que si se sigue la solución propuesta por buena parte de la doctrina (concurso de delitos, ideal o real), se llegaría muy posiblemente al mismo resultado. Efectivamente, si lo que existe es un concurso ideal de delitos, y las lesiones producidas son constitutivas de falta (art. 617.1), o de delito pero leves (art. 147.2), la pena no podrá ser la resultante de agravar (mitad superior) la del art. 242, pues muy posiblemente excedería la de la suma de sancionar las infracciones por separado: los arts. 77.2 *in fine* y 77.3 obligan a «romper» el concurso y sancionar por separado. Y entonces el juez se verá obligado a imponer una pena de prisión y *sucesivamente* de arresto de fines de semana (cfr. arts. 147.2 y 617.1 y 2, salvo lo referente a la multa)<sup>42</sup>. La solución concursal, defendida por buena parte de la doctrina, sería correcta si nos encontráramos en una situación como la del antiguo art. 501, que establecía unos supuestos complejos, de penalidad agravada por encima del régimen general de concursos, por lo que toda restricción de la penalidad parecía bienvenida; sin embargo, una vez establecido de modo claro que la pena del robo no depende de cuáles sean los delitos que acompañan<sup>43</sup>, cabe entender que el robo violento incluye conceptual y valorativamente ciertas violencias constitutivas de lesiones, malos tratos o incluso coacciones<sup>44</sup>. La solución que propongo, de mantener la pena sólo por robo, no pretende ni sancionar más

<sup>42</sup> Y entonces, pretendiendo abarcar todo el desvalor de la conducta, por lo que se rompería el concurso, acabaría sancionándose menos que al hacerlo sólo por robo: si se sanciona por separado y se aplican los preceptos tanto del robo como de las lesiones —me refiero a las del art. 147.2—, se aplicará una pena de prisión por el robo (de dos a cinco años), que *no podría tener en cuenta la gravedad de la lesión* a estos efectos, y con un arresto de 24 fines de semana en el peor de los casos. Pero ¿resulta oportuno y correcto cumplir una pena de arrestos de fin de semana tras haber cumplido dos años de prisión, en el *mejor* de los casos?

<sup>43</sup> Piénsese en que la pena del antiguo art. 501.5.º para el tipo básico de robo (acompañado de actos que no constituyeran ya lesiones del entonces art. 420), era de prisión menor (desde seis meses a seis años), pena con la que podía fijarse una sanción de muy escasa duración (seis meses), con lo que el problema era algo distinto al actual, donde podemos llegar a penas cuyo mínimo comienza en dos años.

<sup>44</sup> Respecto al homicidio por imprudencia leve (con pena de multa de uno a dos meses), pienso que conceptualmente cabe incluirlo en las violencias que el robo lleva consigo, pero resulta difícil imaginar un homicidio por imprudencia leve en comisión activa que no sea a la vez constitutivo de lesiones dolosas: habría entonces un concurso ideal de estas lesiones con el homicidio, en su caso. Lo cual obliga a tener en cuenta el desvalor de dichas lesiones.

ni sancionar menos. Sólo pretende ajustar la pena a la gravedad de la conducta, que es precisamente lo que la mejor doctrina buscaba al defender la solución concursal (de delitos) en estos supuestos<sup>45</sup>. Mantengo, así, que en algunos supuestos la pena por delito de robo puede abarcar todo el desvalor, sin caer en resultados desproporcionados<sup>46</sup>. No se trata por tanto de agravar la pena, sino de sancionar según cuáles sean las violencias cometidas al apoderarse<sup>47</sup>. Por esta razón, difícilmente podría sancionarse sólo por robo la violencia que produce lesiones del art. 147.1 —o aún más graves— y además apoderamiento. En estos casos, sí procedería sancionar en concurso de delitos.

6. En segundo lugar, no me parece adecuado dar entrada a consideraciones de menor valor de lo sustraído para decidir si las lesiones quedan absorbidas o no en la sanción por robo: la tipificación del robo en nuestro sistema, frente al hurto, prescinde de tales consideraciones<sup>48</sup>, salvo en contadas excepciones (así, en el art. 242.3, para la reducción de la pena a la inferior en grado, y ahí, implícitamente). Pero, en sí misma, la cantidad de lo sustraído no afecta a la entidad de la violencia. Una vez que se califique la violencia como de escasa entidad, puede al amparo del precepto del art. 242.3 disminuirse la pena, pero ya por otros motivos. Cabe, así, entender como una vía para ajustar la entidad de la pena a la gravedad del hecho, considerada desde diversas perspectivas: la de la violencia ejercida, por un lado; la cantidad de lo sustraído, por otro, junto a consideraciones sobre la situación de la víctima, etc. La posibi-

<sup>45</sup> Y me parece que no cabe reprochar a esta propuesta el que convierta la excepción (art. 77.3) en la regla general. Se trata, más bien, de resolver una situación de concurrencia de normas, previa a la punición de supuestos concursales (de delitos), que encierra un trasfondo valorativo, que es precisamente lo que el concurso de leyes requiere efectuar: una valoración sobre si la gravedad de los actos de violencia queda abarcado en la sanción de la conducta de apoderamiento (violento), para evitar el *bis in idem*.

<sup>46</sup> La solución no es valorativamente incorrecta, según entiendo: también algunos supuestos que la teoría del concurso de leyes incluye bajo el criterio de la consunción («copenados posteriores» o «hechos que normalmente llevan consigo otros») se refieren a casos de concurso de delitos (un sólo hecho, pero dos normas diversas, o varios hechos separados), pero sancionados una sola vez: el desvalor queda abarcado; de lo contrario se incurriría en un *bis in idem*, por desproporción. Señala GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*», pp. 382-384, 385, 392-393, con referencias, cómo el denominado criterio de consunción abarca supuestos que no siempre parten de la situación de partida del concurso de leyes.

<sup>47</sup> La solución concursal defendida por quienes proponen sancionar «aparte» (concurso de infracciones) las violencias constitutivas de lesión, puede conducir precisamente a un resultado contrario al pretendido: si se sanciona por separado en concurso ideal es porque el desvalor de la conducta no queda abarcado sólo por la norma del delito de robo violento; al sancionar por separado, sin embargo, debe tenerse en cuenta el hecho del apoderamiento violento *sin* lesiones, para no incurrir en un *bis in idem*. Pero así, se llega posiblemente a una pena ínfima por las lesiones y mínima por el apoderamiento, que conducirá a sancionar finalmente por separado (art. 77.3), con lo que no se atenderá al desvalor de la conducta, que era precisamente lo pretendido. Además, el nuevo límite mínimo del delito de robo violento (dos años) —incluso en su límite privilegiado (un año)— puede ser suficiente para abarcar conductas de cierta gravedad.

<sup>48</sup> Las tomaban en cuenta en cambio los antiguos arts. 501.5.º y 505.

lidad de reducción de la pena confirma, en mi opinión, que el robo violento incluye, junto a la protección del patrimonio, algunos elementos referidos a la integridad de las personas, pues si los ataques a ésta son mínimos no habría motivos suficientes para mantener tan elevada pena (mínimo de dos años, si son consumados)<sup>49</sup>. La posible reducción es el medio para evitar una sanción desproporcionada. Y pone de manifiesto que los sistemas de protección de la integridad y el patrimonio, allá donde existan infracciones que afectan a ambas realidades, deben ser coherentes entre sí. En definitiva, ajustar la pena del robo violento por la vía del párrafo tercero del art. 242 es otra forma de evitar que infracciones contra el patrimonio resulten sancionadas de manera desmedida.

7. En tercer lugar, la cuestión de cuándo queda abarcado en el delito de robo el desvalor de los actos violentos, es distinta de la cuestión de si por la menor entidad de la violencia y los elementos del hecho, cabe descender la pena al amparo del párrafo tercero del art. 242. Una vez decidido que el desvalor del robo abarca la violencia que éste lleva consigo, puede rebajarse la pena porque la gravedad del hecho es reducida. Se trata de casos de violencia escasa, junto a otros elementos del hecho que abonan la menor gravedad<sup>50</sup>. Sería una interpretación errónea de dicho precepto la que entendiera que la «menor gravedad» a que se refiere sea «menor de lo que hubiera podido» o «fuera necesario» para el apoderamiento, pues dicha consideración remite a una hipótesis que siempre se resolvería en contra de su aplicación: siempre es posible emplear *menos* violencia. Tampoco puede entenderse como «menor violencia frente a la voluntad de la víctima», pues ésta puede desplegar sobre la cosa la resistencia que desee, mientras opere en la esfera de su propia organización, es decir, no afecte a terceros. La menor violencia debe interpretarse, para evitar lo absurdo de estas conclusiones, como *entidad escasa*, entidad de *poca relevancia*. Y ello deberá valorarse, por supuesto, teniendo en cuenta los medios y el ataque mismo, pero también de acuerdo con la peculiaridad de la posición de la víctima frente al que pretende arrebatarle la cosa: para una víctima de complexión fuerte el acto de apoderamiento violento puede ser de mucha menor entidad que «la misma» violencia frente a una víctima «débil», para quien esa violencia puede reportarle

<sup>49</sup> Cabría aducir, *a contrario*, un argumento en favor de tal solución: el precepto del Proyecto de 1992 que preveía el subtipo atenuado, se refería a casos de violencias «insignificantes», expresión que finalmente se vio sustituida por la de «menor entidad»: cfr. QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO (dir.), *Comentarios*, p. 1115. El art. 235.3 del Proyecto 1994 recogía en cambio ya la mención a la «menor entidad» de las violencias.

<sup>50</sup> Sobre la interpretación del texto del precepto, cfr. VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (coord.), *Comentarios*, p. 1185; los mismos en *DP. PE*, p. 378: debe darse una disminución del injusto, tanto para el bien jurídico patrimonial como para el personal (vida, integridad...) afectado. Para GONZÁLEZ RUS, en *Curso. PE, I*, p. 621; PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 416: deben darse los dos criterios a la vez (menor entidad de la violencia, y demás circunstancias): ello impediría tener en cuenta la escasa cuantía en casos de violencia grave.

lesiones irreparables. Dichos elementos forman parte de lo propio del apoderamiento violento: la violencia en este contexto es acto frente a las personas, por lo que dependerá de cuáles y cómo sean éstas<sup>51</sup>. No parece factible rebajar la pena por esta vía cuando es precisamente el desvalor de las conductas violentas lo que lleva a sancionar en concurso de delitos. En cambio, parece más factible —aunque no exclusivo— aplicar la disminución del párrafo 3 a los casos en que por concurso de leyes basta con la sanción del robo para abarcar el desvalor completo de la conducta. Después, podría tenerse en cuenta, además de la entidad de la violencia, otros factores del hecho<sup>52</sup>.

8. En el caso que nos ocupa, entiendo que hay suficientes motivos para poder rebajar la pena en un grado, en aplicación del art. 242.3. La entidad de la violencia resulta ser de entidad mínima si atendemos a la posición de la víctima y al resultado producido. Cabe también tener en cuenta la cantidad de lo sustraído, ya que el mismo precepto prevé la posibilidad de darle acogida entre «las restantes circunstancias del caso». Ambos elementos, la menor entidad de la violencia y la escasa cuantía del objeto sustraído, permiten defender la reducción en un grado, desde el mínimo a que se hubiera llegado tras la reducción de la pena por la tentativa. De esta manera, la pena a que puede llegarse es la de prisión de tres a seis meses (teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 36). No supone esta opción volver a valorar hechos o elementos que ya fueran tenidos en cuenta a efectos de apreciar la tentativa y la rebaja entonces de la pena en uno o dos grados: recurrimos allí a datos referidos al grado de ejecución alcanzado y a la peligrosidad inherente al intento. Lo que quedó en tentativa es el apoderamiento típico, mientras que la violencia se realizó efectivamente, y es su escasa entidad lo que se valora como poco relevante. La peligrosidad del intento, también escasa, se valoró a efectos de la tentativa de robo violento, a efectos de determinar el peligro para el bien jurídico patrimonio. Después, la conducta demostró tan escasa entidad que no sólo no se consumó, sino que además, resultó mínima en cuanto tal violencia.

## V.

1. Como más arriba se manifestó, la reducción del marco penal que permite el art. 242.3, da cabida a consideraciones de proporciona-

<sup>51</sup> De forma semejante, MUÑOZ CONDE, *DP. PE*, p. 340.

<sup>52</sup> No se trata de valorar doblemente unos mismos hechos, sino de interpretar el párrafo tercero como modalidad típica atenuada del delito de robo, que tomaría sus elementos básicos del párrafo primero y del art. 237. Ello no me parece incompatible con la atenuación facultativa («podrá imponerse») prevista en el párrafo tercero; sino que cabría interpretar ésta como una «posibilidad» de aplicar otro precepto para sancionar *necesariamente* con la pena atenuada los casos de robo de menor entidad.

lidad<sup>53</sup>. Las mismas se basan en elementos de la propia conducta, que enlazan con las consideraciones que el legislador ha efectuado para definir el sistema de tipos que protegen el bien jurídico patrimonio. Dar entrada a consideraciones sobre la cualidad de los sujetos<sup>54</sup>, sobre su peligrosidad, etc., enturbia la valoración propia de la tipicidad. Es en sede de determinación de la pena donde deben encontrar acogida tales consideraciones. Son estas mismas las que abonarían en el caso que nos ocupa declarar la suspensión de la condena, antes que su sustitución, si se dan sus requisitos. Lo contrario supondría entender que las circunstancias del culpable puedan afectar a la tipicidad, y con ello perdería sentido la ponderación que encierran las descripciones típicas. Que el precepto contenido en el art. 80.1 haga referencia a la peligrosidad criminal del sujeto, no cierra la posibilidad de tener en cuenta también otros elementos, pues en él se hace referencia a la peligrosidad como criterio *fundamental*, luego no exclusivo.

2. La suspensión de la condena, por lo que lleva consigo de efecto sobre el condenado (arts. 83 y 84: sometimiento a una condición, bajo la amenaza real y próxima de sufrir la pena inicialmente fijada, o incluso a la imposición de reglas de conducta, etc.), parece especialmente idónea para lograr efectos de prevención especial, a la vez que para evitar la parte más gravosa de la pena de prisión, su cumplimiento efectivo, sin ahorrar en cambio la menor, el proceso y el acto de su imposición.

\* \* \*

Publicado este trabajo, ofrece DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Valencia, 2001, un estudio amplio y sistemático del delito en cuestión. En dicha obra (pp. 55-62) se hace referencia expresa al caso objeto de este trabajo. La solución que ofrece para estos casos de sustracciones —en los que a un apoderamiento pacífico sigue una violencia sobrevenida— es, en principio, la de romper la dinámica comisiva en una infracción de hurto y otra contra la integridad (pp. 60-61): a favor de esta tesis se aducen argumentos basados en el contenido subjetivo de la conducta, datos sistemáticos y la justicia material. Sólo cuando la violencia o intimidación se dirigen al apoderamiento, sería adecuado apreciar robo (p. 62).

Sin embargo, los datos subjetivos que se aducen como argumento no me parecen suficientes: si el dolo debe acompañar a la conducta durante ésta, puede aparecer un dolo en cualquier momento de la fase comisi-

<sup>53</sup> Cfr. en este sentido el planteamiento de VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (coord.), *Comentarios*, p. 1184 (los mismos en *DP. PE*, p. 378) y PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio*, II, p. 399.

<sup>54</sup> Así, en concreto para el tipo atenuado, que no debe dar cabida a tales consideraciones, VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (coord.), *Comentarios*, p. 1185; los mismos en *DP. PE*, p. 378.

va en el que todavía sea posible dirigir el curso de la acción; por lo tanto, mientras dura la realización del tipo, si no es incompatible lo realizado (apoderamiento parcial), cabe continuar actuando con dolo del tipo de robo. Además, no me parece que sea adecuado argumentar (pp. 60-61) desde la conexión que el delito de robo con fuerza en las cosas encierra (fuerza «para acceder»); si se desea trasladar una conexión entre fuerza y apoderamiento, del delito de robo con fuerza, a un delito de robo violento, primero hay que establecer de manera plausible que ambos delitos se hallan entre sí en relación más que casual, y que el uno ha de servir como modelo al otro —algo que es por sí mismo discutible—. Tampoco el dato comparativo con la extorsión (p. 61) me parece determinante, pues en ésta la violencia o intimidación serán típicas siempre que se den antes del acto o negocio jurídico, cualquiera que sea el momento, mientras sea anterior. Que pueda llegarse a penas desproporcionadas no es defecto de considerar el caso como delito de robo (p. 61), pues puede mitigarse tal consecuencia gracias al actual art. 242.3, que prevé la posibilidad de atenuar, en su caso; por lo que sería más conveniente contar con criterios para determinar la *menor entidad* del hecho. Y, por último, que el dolo de lesionar surja con posterioridad al inicio de los actos típicos de apoderamiento (p. 62), no impide apreciar robo, pues mientras dure la acción típica, cabe el dolo de realizar ésta; y si el apoderamiento del hurto no es incompatible con el inicial de un robo, quien una vez comenzado el apoderamiento emplea violencia para romper la vinculación del tenedor y la cosa, realiza *entonces* los actos del tipo de robo, luego *está robando*. Sobre la relatividad del elemento subjetivo (ánimo), me remito a lo tratado en este trabajo, *supra*, III.7.

La cuestión clave reside, a mi modo de ver, en determinar cuándo se consuma el delito de apoderamiento en negocios organizados como los grandes almacenes: si se parte de que el delito de robo se consuma con la disponibilidad potencial, como se recoge en ese mismo trabajo (p. 135), según la jurisprudencia al uso, entonces hay que aceptar que quien conoce que está golpeando para poder escapar con el objeto sustraído, si continúa, realiza el tipo del robo.