

8.

CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO DE ROBO VIOLENTO CON MEDIOS PELIGROSOS QUE CAUSAN LESIONES *

PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ

Profesor Titular de Derecho Penal
Universitat Pompeu Fabra

I.

1. Cuando en la comisión de un delito de robo violento se emplean armas o medios igualmente peligrosos, se plantea el problema de cómo sancionar de forma adecuada las lesiones que, en su caso, se produzcan con dichos medios. Los preceptos contenidos en los arts. 242.2 y 148.1.º Código Penal dan lugar a una agravación de los respectivos delitos de robo y lesiones. En concreto, el art. 242.2 establece como *preceptiva* la agravación de la pena del robo, que se limita a su mitad superior (prisión desde tres años y seis meses a cinco años). Por su parte, el art. 148.1.º *faculta* a sancionar las lesiones del art. 147.1 con la pena de prisión desde dos a cinco años. ¿Es posible aplicar ambos preceptos agravados? ¿Cómo sancionar de manera adecuada el más grave de los robos en el curso del cual se causan lesiones peligrosas?

* Trabajo publicado inicialmente en el diario *La Ley* núm. 5399, 18 de octubre de 2001, pp. 1-6. Se corrigen en esta edición algunas erratas producidas en los cuadros comparativos de penas en aquella versión. Se incluye también una adenda, para considerar el trabajo de JAREÑO LEAL, «El “uso de armas” en las lesiones y en el robo y el principio *non bis in idem*», diario *La Ley* núm. 5216, 2 de enero de 2001, pp. 1-5.

2. Las soluciones que de entrada se ofrecen son dos. En primer lugar, la que considera que aplicar ambos preceptos encierra una doble sanción por los mismos hechos («*bis in idem*»), por lo que sólo puede aplicarse uno de ellos; a continuación, hay que decidir cuál. En segundo lugar, la solución que considera compatibles ambos preceptos, siempre que ello se efectúe distinguiendo «hechos» («*ne bis in idem*»). En estas páginas se analiza cuál es la posición de jurisprudencia (II), para proponer a continuación una solución diferenciadora, que nos parece más adecuada a la gravedad de los hechos (III). Antes de adentrarnos en ello, parece oportuno recordar el tratamiento de estos casos en el Código Penal 1973 y establecer comparaciones con el actual.

3. El Código Penal 1973 prevenía la agravación de las lesiones (fijación de la pena de prisión menor en sus grados medio a máximo: esto es, desde dos años, cuatro meses y un día a seis años), cuando en la conducta de lesiones básicas (art. 420) se empleaban armas u otros instrumentos peligrosos. Dicha agravación era preceptiva y parecía basarse en la susceptibilidad de producir graves lesiones o en ser sintomáticos de brutalidad¹. Por su parte, en sede de delito de robo, y en el marco del régimen de supuestos complejos de robo violento o intimidatorio, el código prevenía imponer las penas de las respectivas modalidades en su grado máximo cuando se empleasen armas u otros instrumentos peligrosos (art. 501.II)². La pena se agravaba también de forma preceptiva. Así como este último precepto parece encontrar reflejo en su sucesor (párrafo segundo del art. 242 Código Penal), aquél, el correspondiente a las lesiones con medio peligroso, ha experimentado diferencias relevantes. En efecto: la agravación no sólo ha pasado a ser *facultativa*, sino que además en el art. 148 se incluye ahora la valoración del resultado causado o el riesgo producido, como *criterios* específicos para la decisión de aplicar la agravación y determinar la pena en estos casos³. Además, parece dar a entender que la agravación está condicionada a que dichos medios revisitan peligrosidad *concreta* para la vida o salud del lesionado^{4,5}.

¹ «1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado o reveladoras de acusada brutalidad en la acción» (art. 421 Código Penal 1973).

² «Se impondrán las penas de los números anteriores en su grado máximo cuando el delincuente hiciera uso de las armas u otros medios peligrosos que llevase, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando el reo atacare con tales medios a los que acudieron en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren» (art. 501.II Código Penal 1973). Sobre dicho precepto, cfr. por todos MANZANARES SAMANIEGO, «El párrafo último del art. 501 del Código Penal», *AP*, 1988, pp. 1397-1403.

³ Sobre la interpretación y aplicación de estos criterios, cfr. ahora DEL ROSAL BLASCO, *PJ*, 43-44 (1996), pp. 210-215; Díez RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, Valencia, 1997, pp. 72 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p. 434.

⁴ Así se ha manifestado parte de la doctrina: la agravación de las lesiones no puede ser automática: cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 12.ª ed., Valencia, 1999, p. 114; SUÁREZ GONZÁLEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios*, p. 433; Díez RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, p. 77; DEL ROSAL BLASCO, *PJ*, 43-44 (1996), p. 210. Implícitamente también

4. Pero la variación mayor se produce al haber desaparecido la previsión de aquellos supuestos complejos, que venían a «resolver» particulares cuestiones concursales. Por esta razón, lo que entonces se resolvía —mejor: dejaba de plantearse— aplicando la pena del respectivo supuesto complejo (art. 501), ha de abordarse ahora atendiendo a las reglas del concurso de delitos. Pero también, en ocasiones, las del concurso de normas⁶. En el robo, la previsión de sancionar los actos violentos que se produzcan en la desposesión (art. 242.1 *in fine*) no es por sí sola garantía de resolver ahora todos los casos ni variantes imaginables, sino que abre la vía a apreciar concurso de delitos (ideal o real) o de leyes, según los casos⁷. Por ello es discutible que la solución del concurso real sea la única posible⁸, o que sea la más adecuada. La actual

TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 735, al entender que se trata de un delito de peligro *concreto*.

⁵ El problema de la posible concurrencia de robo con lesiones empleando medios peligrosos se plantea también en Derecho alemán. En el StGB existen también preceptos paralelos en el ámbito de las lesiones (agravadas por el uso de medios peligrosos: § 224, sancionado con pena de prisión entre seis y diez años), como también en el ámbito del robo (agravado por el porte o peligro de daño derivado del uso de armas; o bien por producirse grave maltrato: § 250, sancionados con la pena de prisión no inferior a tres años, en el primer caso, y no inferior a cinco en el de maltrato). Se prevé la posibilidad de atenuar en casos de robo menos graves (prisión desde uno a diez años: § 250.3). La reforma llevada a cabo en virtud de la 6.ª ley de reforma del Derecho penal (1997), no ha afectado a lo esencial de esta regulación, y sí a la descripción de las conductas y establecimiento de penas. Sobre esta reforma, HÖRNLE, «Die wichtigsten Änderungen des Besonderen Teils des StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts», *Jura*, 1998, pp. 169-182; MITSCH, «Die Vermögensdelikte im Strafgesetzbuch nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz», *ZStW*, 111 (1999), pp. 65-122.

⁶ Cfr. al respecto lo que expongo en otro lugar: «Actos de violencia sobrevenidos durante el apoderamiento: ¿hurto o robo violento? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 23 de marzo de 1998 (ponente Sr. Martín Pallín)», *AP*, 1999, pp. 807-823 (pp. 816 ss) [cfr. en este volumen, *supra*, pp. 103-126]. Es oportuno que las soluciones sean diferenciadoras, sin que quepa una única. Contra, por ejemplo, DE VICENTE MARTÍNEZ, «Los delitos de robo: dos cuestiones interpretativas», *AP*, 1997, p. 829; SALINERO ALONSO, «Sobre la nueva regulación del hurto y robo. Reflexiones en torno a las consecuencias de la desaparición de las penas privativas de libertad de corta duración en estos delitos», *AP*, 1999, p. 533, que entienden aplicable concurso de delitos.

⁷ Por ello, entiendo que la problemática que planteaba el antiguo art. 501.II, a propósito de la sanción del robo con lesiones y medios peligrosos, no es del todo la misma que ahora se suscita: dicho precepto era la vía para sancionar robo *con* lesiones (entre otros supuestos complejos), por lo que, a la vista de la pena entonces prevista, surgía la duda de si era excesiva tal agravación; además, ésta regía para diversas modalidades de lesiones, mientras que ahora el problema se halla entre los arts. 147.1 y 242.2; es más, la agravación del antiguo art. 501.II lo era para cualquier acto violento (desde homicidio hasta violación, pasando por lesiones). Sobre aquella problemática, cfr. MANZANARES SAMANIEGO, *AP*, 1988, pp. 1397-1403 (*passim*); BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte especial, II. Delitos patrimoniales y económicos*, 2.ª ed., Madrid, 1993, pp. 114-115; ahora se hacen eco de aquella VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES *et al.*, *Derecho penal. Parte especial*, 3.ª ed., Valencia, 1999, pp. 414-415; PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio de Derecho penal (parte especial)*, II, Madrid, 1998, pp. 411-412.

⁸ Como, en cambio, insiste en afirmar la STS de 27 de abril de 1999 (LL 5718/1999, ponente, Giménez García): «con la actual redacción queda el delito de robo con intimidación como un

regulación exige una reflexión en profundidad sobre el tratamiento más adecuado para cada grupo de casos, como en buena medida se viene haciendo en jurisprudencia y doctrina⁹.

II.

1. La jurisprudencia posterior a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre esta materia en algunas resoluciones. El Tribunal Supremo se ocupa de esta cuestión de manera expresa al menos¹⁰ desde la STS de 30 de septiembre de 1997. En efecto, se entendió en esta sentencia que ambos preceptos (robo con medios peligrosos y lesiones con los mismos medios) no eran aplicables de forma simultánea¹¹. En dicha resolución, el Tribunal

tipo abierto a cualquier medio violento o intimidatorio si bien cuando este medio, por sí mismo, integre, además, un acto de violencia física sancionable penalmente, tal acto se penará conforme al tipo que corresponda *en concurso real* con el delito de robo violento» (cursiva añadida). Cfr. la crítica a la apreciación de un concurso real entre robo y delitos violentos en ÁLVAREZ GARCÍA, «Delitos compuestos y delitos complejos: problemas concursales del art. 242 del Código Penal», LL, 1997-1, pp. 1823-1824.

⁹ Cfr. por ejemplo, ÁLVAREZ GARCÍA, LL, 1997-1, pp. 1823-1832; DE VICENTE MARTÍNEZ, AP, 1997, pp. 825-837; JAVATO MARTÍN, «El dogma de la desaparición del delito complejo de robo, su sustitución por fórmulas de concurso: problemática», EJMF, VI (1999), pp. 345-351.

¹⁰ Cfr. además, otras resoluciones, que aplican los preceptos del antiguo art. 501: SSTS de 23 de junio de 1997 (LL 8413/1997, ponente Martín Pallín), 12 de mayo de 1997 (LL 7999/1997, ponente Maraño Chávarri) y 19 de febrero de 1997 (LL 4158/1997, ponente Delgado García). No se plantea el problema que ahora nos ocupa en la STS de 21 de junio de 1997 (LL 7721/1997, ponente Manzanares Samaniego). Por su parte, la STS de 4 de julio de 1997 (LL 9521/1997, ponente Puerta Luis): aplica en un caso de robo con lesiones (con medio peligroso) y homicidio imprudente (art. 501.4.º) la agravación por medios peligrosos.

¹¹ STS de 30 de septiembre de 1997 (LL 10370/1997, ponente Martín Canivell), que apreció delito de robo violento e intimidatorio intentado en concurso ideal con lesiones consumadas: «El nuevo art. 242.2 del Código Penal vigente preceptúa que la pena señalada para el delito de robo con violencia o intimidación a las personas (dos a cinco años de prisión) se impondrá en su mitad superior cuando el delincuente haga uso de armas, habiéndose cuidado de expresar en el párrafo 1 del mismo art. que esa pena ha de entenderse sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder a los actos de violencia física que se realizaran. Por su parte, el art. 148 del mismo Código establece que las lesiones que el número 1 del art. precedente define "podrán" ser castigadas con pena más elevada que el delito base atendiendo al daño causado o riesgo producido, que en la agresión se hubieran utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosos para la vida o la salud de los mismos. Es evidente que una utilización doble del uso o utilización de las mismas armas no puede ser tenida dos veces en consideración para entender que en los hechos han concurrido ambas figuras agravadas por ser ello contrario al principio *non bis in idem*, que no permite una duplicidad de sanción cuando existan identidad de sujeto, hechos y fundamentos, como ha recordado la Sentencia núm. 204/1996 del Tribunal Constitucional que recuerda a su vez la misma postura mantenida ya desde la núm. 2/1981. No obstante, puede introducirse la duda de que, al ser sola una la persona lesionada y ella, y dos más las intimidadas, sí cupiera la agravación con armas en cada uno de los delitos cometidos por alcanzar a uno la lesión con armas y a los dos, sólo la intimidación. Empero, la intimidación de los que no fueron sujetos pasivos de las lesiones fue sobre todo determinada y debió subir de punto por el hecho de ver la utilización que se hizo del arma contra un compañero en la misma situación. Es pues indudable

Supremo entiende que los delitos de robo violento intentado y de lesiones entran en concurso *ideal*, dando entrada a los arts. 147.1 y 242.2. En este caso, entra en juego el art. 147.1, porque la agravación de las lesiones es potestativa y necesitada de motivación, cosa que no había efectuado el tribunal de instancia¹².

Sin embargo, la STS de 13 de mayo de 1998, que acoge el recurso del Ministerio Fiscal frente a la SAP que había condenado por delitos de robo simple (art. 242.1) y lesiones peligrosas (art. 148.1.º), entiende que pueden entrar en concurso (en concurso *real*, al parecer)¹³ las lesiones agravadas con el robo agravado (art. 242.2). Esta sentencia entiende compatibles ambas agravaciones porque previamente parece considerar que se trata de hechos distintos, que *se suceden* en el tiempo. Esta misma doctrina se recoge en otras resoluciones¹⁴.

que los tres fueron objeto de intimidación y uno de ellos de violencia por el uso de armas que el art. 242.2 establece que operará siempre como agravador de la pena, mientras que, con respecto al único que sufrió el efecto lesivo para su integridad física del uso del arma no se puede otra vez aplicar el mayor riesgo que una y otra agravación específica comportan, que en el caso del delito de lesiones en el que la pena superior sólo es de imposición posible y ha de serlo en atención al resultado causado o al riesgo producido, requerirá que el Tribunal establezca razonadamente las circunstancias de esos resultados o riesgos que, concurriendo junto con el uso de armas u otros instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o la salud física o psíquica del lesionado, justifiquen el uso de la posibilidad de agravación que el precepto establece y que, de no ser así interpretado, convertiría, como ya ha señalado la doctrina, casi en excepcional la aplicación del precedente art. 147.1.º que incorpora la definición del delito base de lesiones. No ha procedido así el Tribunal sentenciador que no ha razonado esos aspectos que recoge el nuevo art. 148 del Código Penal, por lo que el aplicable habrá de ser el 147 y por ello es procedente acoger el motivo que ha de ser estimado.» (FD 2.º).

¹² En cambio, la STS de 18 de noviembre de 1999 (LL 4031/2000, ponente Ramos Gancedo), mantiene el pronunciamiento de la SAP, que había apreciado concurso real entre robo con medios peligrosos (art. 242.2) y lesiones simples (art. 147). La pena a la que es posible llegar —una vez que se excluye la doble agravación— entendiéndose que el concurso es real o ideal no difiere sustancialmente: en ambos casos podría llegarse a la pena de cinco años de prisión con que venía condenado en la SAP.

¹³ STS de 13 de mayo de 1998 (LL 6506/1998, ponente García-Calvo y Montiel). Pero los hechos probados no muestran claramente una pluralidad de hechos: el acusado, José Modesto, una vez que había entrado en un establecimiento, «al ser sorprendido allí por su propietario, José A. J., exigió a éste la entrega de un pollo y, al negarse José Modesto [*sic*], con una navaja le cortó en ambas manos causándole sendas heridas incisivas, para cuya curación precisó puntos de sutura y siete días de incapacidad para sus ocupaciones habituales, arrebátandole, asimismo, la cartera conteniendo 5.000 ptas., el DNI documento que fue posteriormente recuperado» [*sic*]. Por otra parte, la sentencia en cuestión se remite a la STS de 27 de enero de 1997, en la que se aplicó la agravación tanto al delito de robo como al de agresión sexual de que venía acompañado.

¹⁴ Así, en la STS de 27 de abril de 1999 (LL 5718/1999, ponente, Giménez García) claramente sanciona por delito de robo (en tentativa) con medios peligrosos, en concurso real, con lesiones también con medio peligroso. La STS de 18 de febrero de 2000 (A 872/2000, ponente Martínez Arrieta), por su parte, aunque entiende que son compatibles ambos preceptos agravados, no modifica la condena de la SAP, que había apreciado un concurso real entre robo con medios peligrosos y lesiones simples. También en el ATS 15 de marzo de 2000 (A 2213/2000, ponente Puerta Luis), que entiende compatibles ambas infracciones, debiendo sancionarse por separado («estamos ante dos hechos autónomos que atentan a bienes jurídicos distintos y que a tenor de lo

Se percibe también en alguna resolución, si bien aislada, un tercer tratamiento. Es la vía seguida para sancionar en la STS de 30 de diciembre de 1998: concurso *real* entre un delito de lesiones simples y robo con medios peligrosos¹⁵. Dicha solución se identifica también en sentencias posteriores¹⁶.

2. En definitiva, las soluciones arbitradas optan, dentro del concurso de delitos, o bien por uno real, o bien por uno ideal. Además, en dicho concurso de delitos se contienen (y a él preceden) operaciones de solución de concurrencia de normas: entre dos delitos de lesiones (simples o agravadas) y dos de robo (simple o agravado). Así, se han aplicado en concurso *real*, tanto lesiones agravadas y robo agravado (en total, prisión desde cinco años y seis meses a diez años), como lesiones simples con robo agravado (en total, prisión desde cuatro a ocho años). Cfr. *infra* cuadro I.

Cuadro I

Años:	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
C. real arts. 242.2 y 148.1.º										
C. real arts. 242.2 y 147.1										

establecido en el art. 242.1 deben ser penados de forma independiente.»), pero a propósito de unos hechos que fueron sancionados como falta de lesiones y robo con medios peligrosos, luego el mismo razonamiento se emplea con mayor envergadura, para justificar la sanción por robo y además lesiones. Cfr. también STS de 27 de mayo de 2000 (LL 8986/2000, ponente García Ancos): robo con medios peligrosos en tentativa y lesiones peligrosas. La STS de 5 de mayo de 2000 (LL 7200/2000, ponente Ramos Gancedo) agrava cada uno de los dos delitos, llegando a la pena de diez años en total.

La STS de 6 de abril de 2000 (AP 523/2000, ponente Delgado García) llega a una pena de seis años y tres meses de prisión, en un caso en el que la víctima de una intimidación con el uso de una navaja se resiste frente al autor, quien en el forcejeo además de herirle, se apodera de una cartera-llavero; en este caso, al haberse empleado disfraz, se agravó la pena del robo (al parecer, agravado del art. 242.2).

En la STS de 11 de abril de 2000 (AP 540/2000, ponente Jiménez Villarejo) se aprecia también concurso real entre robo con medios peligrosos y lesiones, pero en este caso, con ensañamiento del art. 148.2.º (repetidos puntapiés a la víctima derribada).

¹⁵ STS de 30 de diciembre de 1998 (LL 280/1999, ponente Martín Pallín). Pero también aquí los hechos probados no permiten diferenciar claramente las dos conductas de las que parte la STS (aprecia robo intimidatorio, pero también unas lesiones): tras dirigir amenazas a la víctima, el autor se hallaba haciéndose con el dinero de la caja registradora, y es entonces cuando aquella empuja al autor y éste pincha a la víctima con una jeringuilla (con aguja) de la que afirma que tenía VIH. El pinchazo desencadenó lesiones psíquicas en la víctima que la incapacitaron para el trabajo durante dos meses. Se aplican dos penas de prisión (tres años y medio, y un año).

¹⁶ Cfr. STS de 18 de noviembre de 1999 (LL 1747/2000, ponente Giménez García): no discute la condena efectuada en la SAP (concurso real entre robo con medios peligrosos y lesiones simples).

También es posible sancionar, en concurso *ideal*, los delitos de lesiones simples (art. 147.1) y robo agravado (art. 242.2, con prisión desde cuatro años y tres meses a cinco años), la misma pena que resulta de apreciar también concurso ideal entre lesiones agravadas (art. 148.1.º) y robo agravado (art. 242.2). No percibo, en cambio, que se haya apreciado un concurso ideal entre robo simple (art. 242.1) y lesiones, agravadas (art. 148.1.º) o no (art. 147.1)¹⁷. Contra lo que pudiera quizá parecer, esta solución daría lugar a una pena de prisión menos grave que la resultante de apreciar concurso ideal entre lesiones simples y robo agravado. En efecto, daría lugar a una pena de prisión desde tres años y seis meses a cinco años, más reducida que todas las posibles mediante las otras soluciones (cfr. *infra* cuadro II). Causa de ello es que las penas de los delitos de robo simple y lesiones agravadas son iguales: prisión desde dos a cinco años; frente al robo agravado, cuya pena es la prisión desde tres años y seis meses a cinco años. A la hora de aplicar la pena del delito más grave en su mitad superior, parece que habría de escogerse la del delito contra la integridad personal (lesiones peligrosas) frente a la del robo simple¹⁸. ¡Pero la pena de ambos es de igual duración¹⁹!

Cuadro II

Años:	1	2	3	4	5
C. ideal arts. 242.2 y 147.1					
C. ideal arts. 242.2 y 148.1.º					
C. ideal arts. 242.1 y 148.1.º					
C. ideal arts. 242.1 y 147.1					

3. La solución hasta el momento empleada —la diversidad de soluciones— conduce a penas muy dispares. Así, desde el mínimo por delitos consumados (cuatro años), si se considera concurso real entre lesiones leves y robo agravado, y el máximo (diez años), si son lesiones

¹⁷ Como tampoco a un concurso de normas: en este caso, porque se entiende que ninguno de los desvalores de la conducta (afectación a la vida, libertad e integridad, por un lado; y al patrimonio, por otro) quedan abarcados de forma plena por cualquiera de las dos normas, ni siquiera en su modalidad agravada.

¹⁸ El art. 77.2 (concurso ideal) establece que se aplique la pena de la *infracción* más grave, no la *pena* más grave. Cfr. *infra* III, párr. 8.

¹⁹ Lo cual hace que la previsión de penas entre ambos preceptos no parezca muy coordinada: que la lesión con medios peligrosos lleve aparejada la misma pena que el robo violento no aporta mucha ayuda a quien pretenda encontrar en la ley criterios de razonabilidad.

agravadas y robo agravado en concurso real, se abre un ámbito de pena «disponible»²⁰ que levanta sospechas de ser desproporcionada por excesiva. Al menos, si no excesiva, dado que algunos casos de robo presentan una gravedad no pequeña, sí queda muy necesitada de motivación. Los arts. 242 y 148 establecen, por el contrario, sendas penas de dos a cinco años de prisión, un margen de pena disponible mucho menor.

4. La solución de apreciar un concurso real entre dos infracciones presenta algunos problemas: por una parte, en el plano conceptual, la de si estamos en verdad ante dos hechos que den lugar a otros tantos preceptos aplicables (cfr. *infra* 5). Por otra, en el de las penas aplicables, la posibilidad de contar para cada infracción por separado con la agravación, pudiendo llegarse a sanciones muy elevadas²¹; y lo que es peor, y su consecuencia, que lleve consigo, si en realidad constituye un solo hecho, incurrir entonces en *bis in idem* por tomar en cuenta dos veces los mismos medios peligrosos (cfr. *infra* 6). Además, en el plano de las normas en juego, si se trata de dos hechos (concurso real), convendría analizar si no son los preceptos del hurto (delito o falta) y las lesiones peligrosas los que deberían entrar en juego²²; o, de forma inversa, una infracción de lesiones (delito o falta) y un delito de robo con medios peligrosos²³.

5. La aplicación de los dos preceptos en concurso real presupone que se han llevado a cabo dos hechos distintos, separables. Es esto algo

²⁰ O «penas», porque se trata de al menos dos penas sucesivas: pero el efecto final, si se fijan en el mismo acto, es de una privación de libertad de muy larga duración.

²¹ Es lo que sucede en la STS de 5 de mayo de 2000 (LL 7200/2000, ponente Ramos Gancedo): el acusado golpea insistentemente a la víctima con un palo. Además de entender que es posible la compatibilidad de las lesiones con medio peligroso y el robo con los mismos medios, aprecia la circunstancia agravante de disfraz y de alevosía para las lesiones: FD 3.º: «...La esencia del art. 148.1.º y el fundamento de la agravación de la pena que previene el precepto radica en el resultado lesivo causado en la integridad de la víctima o en el riesgo producido según los instrumentos, armas, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud física o psíquica del lesionado. Ejecutar la agresión de manera alevosa no se encuentra necesariamente descrito en el tipo, pues es claro que el resultado lesivo ocasionado puede producirse realizando el ataque con alevosía, pero también sin que esta circunstancia concurra, como también es perfectamente posible efectuar la agresión alevosamente sin que sea de aplicación el subtipo agravado ante la ausencia de un resultado o riesgo especialmente grave para la víctima. Por lo demás, el motivo no puede ser acogido. La pena señalada por el art. 148.1.º CP es de dos a cinco años de prisión. El Tribunal parte de esta pena tipo y aplica el art. 66.3.º CP al apreciar la concurrencia de las agravantes de alevosía y disfraz (esta última no cuestionada por el recurrente), fijando la pena en el límite máximo de la mitad superior (cinco años), por lo que tampoco en este caso se ha producido la infracción de ley denunciada en el motivo».

²² Así, en la STS de 27 de mayo de 2000 (LL 8167/2000, ponente Martín Canivell), pues lo que comenzó como un hurto subrepticio se convierte en agresión con una navaja a quien acude en socorro de la víctima del intento de desposesión: concurso real entre una falta de hurto en tentativa y un delito de lesiones con medio peligroso. Sin embargo, téngase en cuenta que el precepto del art. 242.2 permite la agravación cuando el uso de armas se lleva a cabo para proteger la huida, antes de la consumación, según entiende la doctrina mayoritaria.

²³ Como en el caso conocido por la STS de 28 de junio de 2000 (LL 11116/2000, ponente Ramos Gancedo): robo intimidatorio con instrumento peligroso, seguido de lesiones.

que ya resulta de difícil determinación en buena parte de los casos enjuiciados. Hay supuestos en los que la separación del suceso en dos hechos no parece muy acorde con la realidad de las cosas²⁴. Pero, más allá de estos casos, la cuestión es de mayor trascendencia: es la de si resulta posible escindir en dos hechos lo que se realizó «en unidad». Se trata, en definitiva, de la opción entre una perspectiva valorativa²⁵, en la determinación misma de lo que haya de concebirse como «hecho»; o de una más naturalística. Entiendo que la idea misma de «hecho» es de contenido valorativo, pues el suceso se determina en función de una valoración, de la que no puede desprenderse el observador, y por tanto también quien aplica el Derecho. Pero quien aplica el Derecho puede completar esa valoración —normativa— del suceso, del fenómeno, con consideraciones de gravedad, para acabar apreciando ya entonces uno o más hechos²⁶. Se trata por tanto de una decisión de contenido valorativo sobre la gravedad del suceso: si puede quedar abarcado en su gravedad por la aplicación de la norma en cuestión; o es preciso, en cambio, recurrir a aplicar más de una²⁷. Por lo tanto, no se trata de una operación lineal de proyección de la norma sobre el suceso: al determinar el suceso mismo y considerarlo «hecho», se tiene presente (se anticipa) la

²⁴ Así, en la STS de 18 de febrero de 2000 (A 872/2000, ponente Martínez Arrieta), de cuyos antecedentes de hecho se extrae: «... con ánimo de obtener un ilícito beneficio patrimonial, subió al taxi conducido por don Guillermo F. C., indicándole un servicio, y al llegar al punto de destino [...] se abalanzó sobre el taxista, sujetándole con una mano por el cuello, mientras que con la otra esgrimía un machete de grandes dimensiones, conminándole a que le entregara todo el dinero que llevara, obteniendo así la suma de 40.000 ptas., dándose seguidamente a la fuga. Como consecuencia de los hechos descritos don Guillermo F. C. sufrió lesiones consistentes en herida incisa a nivel interdigital en la mano izquierda y herida punzante superficial a nivel de cuello, lesiones que precisaron de una primera asistencia médica y de posteriores curas autoaplicadas en su propio domicilio, siguiendo indicaciones médicas, alcanzando la sanidad a los 30 días, quedándole como secuela una discreta cicatriz de un centímetro de longitud en la mano...». Según entiendo, en los hechos nada hay que permita deducir que apoderamiento y violencia se hallen desligados.

²⁵ Así, claramente, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Barcelona, 1998, 27/3-4. Que se exija recurrir «a la concepción general de lo que en la vida ordinaria puede ser catalogado como una acción, según el sentido usual del lenguaje...» (así, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986, p. 147, al que sigue ÁLVAREZ GARCÍA, LL, 1997-1, p. 1827), no excluye una consideración valorativa, sino que la presupone: es precisamente esa concepción de la vida ordinaria un punto de vista valorativo —entre otros posibles— que permite afirmar una pluralidad de hechos. Cfr. también GARCÍA ALBERO, en QUINTERO (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 421.

²⁶ Por ejemplo, en el caso objeto de enjuiciamiento en la STS citada en nota 24: que se aprecien dos hechos (concurso real) puede estar motivado porque no parece muy dispuesto el juzgador a entender que la pelea entre autor y víctima constituya un solo hecho: pero curiosamente el suceso comienza siendo intimidatorio (robo), pasa a ser lesivo (lesiones) y acaba como apoderamiento (robo), siendo el significado de lo primero lo que provoca lo segundo, y esto lo que permite apoderarse del botín; y todo ello, además, en un espacio limitado (taxi) y tiempo acotado (trayecto).

²⁷ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, LL, 1997-1, p. 1827, con remisión a Vives Antón (más referencias *ibidem*), si bien en nota 70 (p. 1832) se aparta de quienes sostienen que la valoración típica sea determinante de la pluralidad de acciones.

norma que a *continuación* se aplica²⁸. No es sino la evidencia de la circularidad de toda operación hermenéutica²⁹.

6. Si se entiende que el suceso puede desdoblarse en dos hechos —cosa, como hemos visto, no siempre fácil—, habrá que decidir si tomar en cuenta en ambos los mismos medios. La jurisprudencia analizada que recurre a la solución del concurso real entre robo y lesiones muestra cómo lo habitual es precisamente que entren en concurso los dos supuestos *agravados*. Ello trae consigo la consecuencia de que la pena aplicable puede alcanzar los diez años de prisión en el caso más grave (cfr. *supra* cuadro I), la misma del menos grave de los homicidios dolosos consumados³⁰. Tendría razón dicha jurisprudencia en la medida en que al tratarse de dos hechos, ha de contarse en cada uno con elementos de valoración de su gravedad: por tanto, los medios peligrosos, en uno y otro caso; como también apreciaría las circunstancias modificativas en ambos casos. Pero dejaría de tener razón esta jurisprudencia si entendemos que la *realidad* de los hechos impide ya enjuiciarlos con total separación: precisamente porque se llevaron a cabo de forma inmediata «solapada» incluso, en unidad de designio o plan, si se quiere. Que se trate de dos hechos, y otras tantas normas, no permite obviar que ambos tipos poseen una coincidencia parcial (el uso de los medios peligrosos).

7. La apreciación de un concurso ideal entre robo agravado y lesiones (simples) puede dar lugar a soluciones más ajustadas y mejor tratamiento de los hechos. No puede desconocerse, sin embargo, que esta solución requiere que se den sus elementos propios: unidad de hecho, pluralidad de normas a aplicar y ausencia entonces de *bis in idem*. En efecto, no siempre puede apreciarse la realización de una sola acción: así, cuando el autor, *antes* o *después* de hacerse con el objeto del delito, agrede físicamente a la víctima³¹. Y aun siendo una sola acción y dos

²⁸ Así se percibe en la exposición de SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, pp. 147 y 212, cuando establece criterios para delimitar si estamos ante unidad o pluralidad de acciones. Cfr. también MIR PUIG, *DP. PG.*, 27/6, partidario de dar entrada al sentido del tipo para dicha delimitación. La «unidad de hecho» es preferible, para este autor, a la de «unidad de acción», empleada en el StGB alemán, pues el tipo puede hallarse constituido por varias acciones (cfr. *ibidem*, núm. marg. 7 y 10); sobre este último extremo, contra, SANZ MORÁN, *ibidem*, pp. 147-148. Cfr. también, desde una perspectiva general, NIETO, *El arbitrio judicial*, Barcelona, 2000, pp. 84-85.

²⁹ Por lo que no es de extrañar que el suceso se enriquezca con la valoración de la norma; y ésta con la consideración del suceso: es el «*Hin- und Herwenden des Blicks*», el «ir y venir de la mirada» de las normas a los hechos, y de los hechos a las normas, en la versión de la expresión de ENGISCH que emplea LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, 4.ª ed., trad. Rodríguez Molinero, Barcelona, 1994, p. 275, por ejemplo (cfr. *ibidem*, prólogo del trad., p. 7). A «vaivén» se refiere NIETO, *El arbitrio judicial*, pp. 86-88.

³⁰ Siendo así que la modalidad agravada de las lesiones por los medios peligrosos no se aplica a las lesiones más graves (arts. 149 ss), o el mismo homicidio (no sólo en tentativa), pues el art. 148 queda referido a las lesiones básicas del art. 147.1.

³¹ Y ello aunque el precepto del art. 242.1 *in fine* considera robo agravado el uso de armas, no para apoderarse, sino frente a quienes acuden en socorro de la víctima.

normas, se plantea si la valoración de los medios peligrosos en uno y otro caso no supone tener en cuenta dos veces el mismo elemento³². Además, la pena a la que puede llegarse por esta vía es la de prisión de cinco años, que podría resultar escasa a la vista de las condenas fijadas en algunas de las sentencias *supra* citadas. A fundamentar esta solución se dedica el apartado siguiente.

III.

1. Entiendo que en algunos supuestos se dan los elementos necesarios para apreciar el concurso ideal de dos delitos³³. Una vez que se renuncie al imposible de aislar con criterios sólo naturalísticos un hecho humano, procede emplear una visión normativa del suceso³⁴. Ésta se basaría en apreciar si la consideración del suceso como un solo hecho permite su valoración plena o no. Así, considerar un suceso como un solo hecho supone «partir» lo que en el curso de los acontecimientos se da sin solución de continuidad, pues el ser humano prosigue actuando. Se trata de decidir cuál es el punto de vista que permite, al valorar ese proceder humano, interrumpirlo. Y dicho punto de vista ha de venir de la consideración simultánea de cuál va a ser la subsunción idónea para

³² Problema que surge en todos aquellos casos de aplicación de tipos que presentan una *coincidencia parcial* de elementos: sobre el tratamiento de éstos como casos de concurso ideal, *vid.* SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, pp. 152-154, 159, 163 (donde aporta además la observación de que la coincidencia parcial da lugar al enjuiciamiento en un solo proceso, como ya sucede con estos casos que ahora analizamos) y 213; MIR PUIG, *DP. PG.*, 27/43; GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, Barcelona, 1995, pp. 300 y 317; el mismo, en QUINTERO (dir.), *Comentarios*, pp. 422 y 424. Sobre la posición de la doctrina alemana, partidaria de apreciar en estos casos concurso ideal, cfr. GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*», pp. 269-272.

³³ Cfr. también la solución planteada de forma más general para los casos de robo con actos violentos (incluidas las lesiones con medios peligrosos del art. 148.1.º), ALVAREZ GARCÍA, *LL.*, 1997-1, pp. 1823-1832, en concreto, pp. 1827-1828. Distingue casos, correctamente, según entiendo, JAVATO MARTÍN, *EJMF*, VI (1999), pp. 348-351 (sin embargo, en p. 352, defiende que el art. 242.1 *in fine* obliga a sancionar el resultado lesivo de forma independiente).

Admite concurso ideal (*Tateinheit*) entre robo con medios peligrosos y lesiones agravadas por el resultado, TRÖNDLE, en TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 49.ª ed., München, 1999, § 250, núm. marg. 13; pero no se refiere a la posibilidad de concurrencia entre lesiones y robo, ambos peligrosos: al parecer, porque entrarán en concurso sólo uno de los dos tipos agravados, y no los dos. Por otra parte, la regulación del concurso ideal en el StGB (§ 52 I) da lugar a un marco penal cuyo mínimo es el de la pena menor de las que entran en juego, y el máximo el de la mayor; por lo que en caso de robo y lesiones empleando en ambos medios peligrosos, la pena va desde cinco años a diez años, si existe maltrato; y desde tres a diez años, si sólo es peligro de lesionar o mero porte (§§ 224 y 250). Más explícito KINDHÄUSER, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. Besonderer Teil, II.2.*, Baden-Baden, 6.ª entrega (30 de abril de 1999), § 250, núm. marg. 34: concurso ideal (*Tateinheit*) entre los §§ 250 II 3 b (robo violento con peligro de muerte) con los 211 y 212, por un lado, y por otro, con los 224 (lesiones con armas) y 226 (lesiones graves por el resultado). Para la situación anterior a la reforma, admite concurso ideal entre robo simple y lesiones peligrosas, también ARZT, *Strafrecht. Besonderer Teil, III*, 2.ª ed., Bielefeld, 1986, núm. marg. 341.

esa selección de los acontecimientos. No pienso que se trate de una inversión del orden lógico del juicio, sino del reconocimiento de la operación hermenéutica que lleva consigo ya el seleccionar el hecho de entre los sucesos acaecidos. Así, considerar «hecho» a un fragmento del suceso es, en definitiva, tener en cuenta si el precepto del robo o de las lesiones, o la combinación de ambos, abarcan de forma plena el desvalor de la conducta.

Por otra parte, al hecho así acotado, procederá aplicar dos normas, porque lo exige la necesidad de tener en cuenta el desvalor completo del hecho, pero a la vez dejar de tener en cuenta aquella parte ya abarcada por uno de los dos tipos aplicados³⁵. Así, será preciso escoger, no entre robo y lesiones, sino entre dos modalidades de robo (simple o agravado) y entre dos modalidades de lesiones (simples o agravadas). A la vez, al escoger, hay que tener en cuenta si la modalidad de robo tiene elementos comunes con la de lesiones. En cualquier caso, la opción que se decida aplicar ha de ser aquella que permita abarcar el desvalor completo del hecho. Como es fácil percibir, las posibilidades son cuatro: robo agravado y lesiones agravadas; robo agravado y lesiones simples; robo simple y lesiones agravadas; robo simple y lesiones simples³⁶.

2. Aplicar ambas normas supone no separar el suceso en dos hechos (como sucede, en cambio, si se opta por el concurso real). Proceder así parece dar a entender que es la única manera de abarcar todo el desvalor de la conducta³⁷. Frente a la opinión de quienes entienden que el art. 242.1 *in fine* obliga a sancionar siempre y en todo caso —y además en concurso real— las lesiones producidas con el robo³⁸, cabe decir lo siguiente. Primero: dicho precepto no obliga a sancionar por separado, sino a tener en cuenta los actos de violencia. Segundo: precisamente el concurso ideal —y no sólo el real— permite a veces tener en cuenta esa gravedad³⁹; cuando no es posible, quizá sea el momento de analizar (en sentido etimológico: separar) el suceso y apreciar dos o más hechos. Pero no es de recibo pretender que, al haber desaparecido el régimen de supuestos complejos, no queda más vía que la de sancionar casos como estos en concurso real. La solución podría así acabar siendo

³⁴ Cfr. por ejemplo, la exposición de WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlin, 1969, § 29 I (p. 225), *in fine*, para delimitar la realidad en uno o más «hechos»: «So wird die strafrechtliche Handlungseinheit durch zwei Faktoren (gleich Kette und Einschlag) hergestellt: durch die willentlich-finale Zwecksetzung und durch die normative, rechtlich-soziale Beurteilung auf Grund der gesetzlichen Tatbestände».

³⁵ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, LL, 1997-1, p. 1828.

³⁶ Cfr. Cuadros II (*supra*) y III (*infra*). La cuarta posibilidad (robo simple y lesiones simples) queda fuera del objeto de estas páginas.

³⁷ Así, según entiendo, el razonamiento de la STS de 27 de abril de 1997 (cit. *supra* nota 8); o del ATS de 15 de marzo de 2000 (cit. nota 14).

³⁸ Cfr. por ejemplo, DE VICENTE MARTÍNEZ, AP, 1997, p. 829. También, aunque no basados tanto en la literalidad de dicho precepto, VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en DP. PE, pp. 414-415.

³⁹ Así, ÁLVAREZ GARCÍA, LL, 1997-1, pp. 1826-1828.

peor que en la peor época de los supuestos complejos del robo. Son las reglas del concurso (de delitos y normas) las que han de operar: no sólo las del concurso real. Es más, aun suponiendo que no existiera en el art. 242.1 *in fine* la mención a la necesidad de tener en cuenta los actos de violencia, podrían éstos sancionarse⁴⁰.

3. Además, de seguir una u otra vía, las penas no son tan dispares, salvo que se opte por la solución de aplicar en concurso real el robo agravado junto a las lesiones agravadas. Como puede apreciarse en el cuadro III, al comparar las cuatro posibilidades, esta última solución puede resultar claramente desproporcionada. No así las otras tres soluciones: todo menos el automatismo de apreciar en concurso real los delitos de robo y lesiones, ambos agravados⁴¹. En definitiva, el problema radica en decidir cuáles son los delitos a entrar en juego, en concurso real o ideal. Aquí se defiende la solución del concurso ideal, en la mayoría de los casos (ver excepciones en párrafo siguiente). Y ello se basa en desvelar cuáles son los criterios para apreciar un solo hecho (concurso ideal), o de forma analítica, más de uno (concurso real). A quien opte por el concurso real sólo se le pide que desvele cuáles son los motivos para fragmentar la realidad y entender que hay dos o más hechos⁴².

Cuadro III

Años de prisión:	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
C. real arts. 242.2 y 148.1.º										
C. real arts. 242.2 y 147.1										
C. ideal arts. 242.2 y 148.1.º										
C. ideal arts. 242.2 y 147.1										

⁴⁰ Cfr. *supra* nota 6. Por la misma razón, el tratamiento concursal que proceda no sólo ha de abarcar los actos violentos, sino que también caben otros derivados de la intimidación (cfr. MUÑOZ CONDE, DP. PE, p. 385, para detenciones ilegales, secuestros, agresiones sexuales...; ÁLVAREZ GARCÍA, LL, 1997-1, p. 1824, para tentativa de lesiones; JAVATO MARTÍN, EJMF, VI [1999], p. 345).

⁴¹ Téngase en cuenta que la vía establecida en el art. 501.II Código Penal 1973 (grado máximo de la pena respectiva, en caso de uso de medios peligrosos) daría lugar a una pena de prisión entre diez años y un día y doce años (prisión mayor en grado máximo: art. 501.I.4.º) para sancionar las lesiones del art. 420 Código Penal 1973 cometidas en el robo. No sería coherente atribuir la gran extensión de las penas que resultaban en virtud del art. 501 Código Penal 1973 a una concreta política criminal (como hace, por ejemplo, la STS de 27 de abril de 1999, FD 1.º), para a continuación aplicar penas de semejante extensión a través de las reglas concursales.

⁴² De nuevo me remito a los sucesos citados en nota 24.

4. Sin embargo, en ocasiones, se hace preciso aislar el hecho, analizarlo, para, desde una perspectiva valorativa (la adecuada sanción de la gravedad de la conducta en cada caso), separar el suceso en más de un elemento. Desde dicha perspectiva, entiendo que pueden considerarse como casos de pluralidad de hechos, y por tanto dar lugar a concurso real, al menos ⁴³, los siguientes. Por una parte, aquéllos en que sean varios los sujetos afectados por los actos violentos del delito de robo: causación de lesiones a más de una víctima ⁴⁴, o robo intimidatorio y lesiones peligrosas sobre sujetos diversos. Además, aquéllos en los que se produzca una gran cesura espacio-temporal entre uno y otro suceso capaz de hacer variar la gravedad del suceso, por reiteración de agresiones. También algunos casos en los que la causación de lesiones se produce al emplear las armas o medios peligrosos en la huida frente a quienes acuden en socorro de la víctima (art. 242.2, *in fine*) ⁴⁵.

Este último supuesto plantea un problema estructural más amplio: en efecto, el uso de armas o instrumentos peligrosos —además de, o en lugar de, frente al tenedor de la cosa sustraída— frente a terceros que acuden en socorro de la víctima, introduce un elemento «extraño» en la estructura del robo. Se trata de casos en los que hay, al menos, dos víctimas: una, de la desposesión (con armas o no), y otra, de la violencia subsiguiente (con armas o no, como ahora veremos). Se trata de casos que podríamos denominar como *agresión al auxiliador* ⁴⁶. Dichos supuestos plantean el problema de que el legislador del art. 242.2, en un tipo genuino de desposesión, asimila al robo con medios peligrosos

⁴³ También ÁLVAREZ GARCÍA, LL., 1997-1, p. 1824, cuando afirma que la solución del concurso ideal no es la única, sino que hay algunos casos que deberían sancionarse en concurso real de delitos.

⁴⁴ Así, TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO (dir.), *Comentarios*, p. 735, que entiende compatibles los preceptos del art. 242.2 y 148, «siempre que además de la puesta en peligro de la vida o salud del lesionado se dé un peligro potencial frente a otras personas»; implícito, en SUÁREZ GONZÁLEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios*, p. 696, párr. 1; también implícito en GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Compendio de Derecho penal español (Parte especial)*, Madrid, 2000, p. 411, al proponer no apreciar el tipo agravado de uso de armas si se emplean sobre la misma víctima del robo, pero sí cuando además se emplean sobre otros. A pesar de todo, la jurisprudencia, según alcanzo, no suele apreciar tantos delitos de robo violento o intimidatorio como víctimas afectadas: se expone dicha posición en GOYENA HUERTA, en MUÑOZ (coord.) *et al.*, *El hurto, el robo y el hurto y robo de uso de vehículos*, Pamplona, 1998, pp. 170-171.

Sin embargo, este criterio serviría para deslindar en más de un hecho en caso de delito de lesiones, al tratarse de un delito contra un bien personalísimo. No así, si se tratara de otro bien: por ejemplo, en un caso de delito de atentado, la agresión a dos agentes de la autoridad no da lugar a dos delitos, sino a uno solo: cfr., según entiendo, correctamente, la STS de 25 septiembre de 2000 (AP 56/2001, ponente Bacigalupo Zapater), con remisión a la núm. 650/93.

⁴⁵ Que el art. 242.2 haya «asimilado» el uso de armas en uno y otro caso, no significa que la estructura propia del robo violento/intimidatorio se dé siempre, sino que hay supuestos que se consideran robo agravado a pesar del desfase entre unos y otros actos, *a pesar de no serlo*.

⁴⁶ Cfr., sobre el empleo de violencia contra sujetos distintos del tenedor de la cosa, SÁNCHEZ TOMÁS, *La violencia en el Derecho penal. Su análisis jurisprudencial y dogmático en el CP 1995*, Barcelona, 1999, pp. 98-99.

casos que en sentido propio no lo son ⁴⁷. Ha de examinarse si las estructuras del robo pueden proyectarse con coherencia a este grupo de casos. Entre otras soluciones podría considerarse un solo robo agravado, pero de esta manera se pasaría por alto el doble desvalor de atentar contra el patrimonio y la integridad de al menos dos víctimas. Por esto, el problema se traslada a decidir si la sanción en concurso ideal que venimos proponiendo es suficiente, o en cambio, ha de recurrirse al concurso real. La solución de apreciar en este grupo de casos concurso ideal no me parece oportuna, porque al ser dos o más las víctimas, el carácter personal de éstas agravaría la conducta. Que todo se produzca en un mismo contexto de desposesión violenta no basta para apreciar un solo hecho. Por la misma razón, no me parece correcto entender que dos agresiones a sendas víctimas constituyan un solo delito de robo. Resulta más idónea la solución de apreciar un concurso real. Pero ¿entre qué delitos?

Pienso que caben, al menos, tres soluciones: todas ellas, partiendo de la sanción como corresponda de la primera agresión a la víctima de la desposesión (cfr. solución propuesta aquí: III); además, en concurso real, *a*) un segundo delito de robo agravado (art. 242.2); o bien, *b*) un segundo hecho, considerando éste, en concurso ideal, como robo agravado (art. 242.2) y lesiones simples (art. 147.1); y *c*) un segundo delito, de lesiones peligrosas (art. 148). Las soluciones *a*) y *b*) presentan un problema: se tendría en cuenta doblemente el uso de armas o medios peligrosos. Por ello, me parece más adecuada la solución *c*), que da entrada a las lesiones peligrosas (prisión desde seis años y tres meses a diez años) ⁴⁸.

Esta conclusión plantea, por otra parte, la cuestión de cuál es la naturaleza del subtipo agravado de uso de armas o medios peligrosos frente al auxiliador (art. 242.2, segundo inciso). El art. 242.2 contiene, según entiendo, dos elementos de agravación: el empleo o no de armas (o medios peligrosos); y el ataque al tenedor de la cosa y/o a los auxiliadores. Por tanto, frente al tenedor de la cosa, cabe obrar *sin* armas (art. 242.1), o *con* ellas (art. 242.2: «al cometer el delito»); y frente al auxiliador, cabe obrar *con* armas (art. 242.2: «para proteger la huida»), pero también *sin* armas (art. 242.2: «y cuando el reo atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren») ⁴⁹.

⁴⁷ De *rapina impropria* habla la doctrina italiana para referirse a los casos de violencia sobrevinida tras la desposesión con el fin de asegurarse la posesión o la impunidad: art. 628.II del *Codice penale*.

⁴⁸ Al margen otros problemas: uso de armas frente a dos auxiliadores, por ejemplo.

⁴⁹ Cabe entender que este último inciso no hace referencia al uso de armas o medios peligrosos. Podría afirmarse entonces que, a falta de mención expresa, un criterio de interpretación sistemático daría por supuesto que abarca su uso. Sin embargo, el antecesor de este precepto se refería, expresamente a las armas o medios peligrosos, mención que ahora ha desaparecido (art. 501.II Código Penal 1973: «y cuando el reo atacare *con tales medios* a los que acudiesen...»). Por tanto, este dato permite decir que la ausencia ahora de tal referencia posee sentido y finalidad propia. A esto cabe añadir que el sentido y *thelos* de la agravación, por uso de tales medios frente a

5. Al margen de este grupo de casos, y volviendo al tema que nos ocupaba, la solución, sin embargo, es difícil de establecer intentando separar en los dos preceptos ahora considerados (arts. 148.1.º y 242.2) los ámbitos conceptuales de las armas y medios peligrosos. Según entiendo, aunque la ubicación sistemática difiera, la redacción resulte ligeramente distinta y la teleología de ambos preceptos parezca ser diversa, no es posible identificar un ámbito conceptual separado para cada agravación. La ubicación sistemática no es un dato definitivo, pues es claro que el delito de robo incluye una afectación a la integridad física, junto a la patrimonial. Además, la redacción sólo diverge en un matiz⁵⁰, que no es definitivo, pues una vez que se acepta la peligrosidad de las armas con efecto contundente⁵¹, los medios han de servir al menos para este fin, lo cual no será difícil en buen número de supuestos. Y la teleología no es diferente en uno y otro caso, pues viene referida a ese aspecto común entre los dos delitos: se sitúe el sentido de la agravación en el *mayor peligro* para la vida e integridad⁵², o en la *potencialidad lesiva* del uso de armas⁵³, ambos atienden en definitiva a lo mismo, la mayor capacidad para afectar de forma más eficaz a la vida o la integridad⁵⁴. Si la potencialidad lesiva de las armas o instrumentos no se mide

los auxiliares, podría ser la sanción de aquellas conductas que impiden el auxilio (necesario) por terceros, que dejaría de ser *necesario*, por existir entonces un riesgo para los eventuales auxiliares: frustra la previsión del delito de *omisión* de socorro o de impedir delitos, dejando sólo las *facultades* de obrar en legítima defensa a favor de terceros en peligro.

⁵⁰ Las armas y medios habrán de ser «concretamente peligrosos» en el caso de las lesiones; y los medios «igualmente peligrosos» a las armas, en el del robo.

⁵¹ Cfr. la posición de la jurisprudencia sobre esta cuestión, en GOYENA HUERTA, en *El hurto*, p. 143.

⁵² Así, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 3.ª ed., Barcelona, 1996, p. 361 (peligro real, para el robo; e implícitamente el peligro concreto en las lesiones: cfr. *ibidem*, p. 72); GONZÁLEZ RUS, en COBO (dir.), *Compendio*, p. 411; SUÁREZ GONZÁLEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios*, p. 433, implícitamente para las lesiones; PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio*, II, p. 411; DE VICENTE MARTÍNEZ, *AP*, 1997, p. 835; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *DP. PE*, p. 129, para las lesiones; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *ibidem*, pp. 409 y 414, para el robo («riesgo inherente al uso de las armas»; cursiva de los autores); MUÑOZ CONDE, *DP. PE*, p. 115, para las lesiones; y para el robo, *ibidem*, p. 386; HIDALGO BARAS, «Los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas. Tipo básico y privilegiado. La realización arbitraria del propio derecho como modalidad de apoderamiento violento sin robo: problemática», *EJMF*, VI (1999), p. 325; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, 5.ª ed., Madrid, 2000, p. 349. Cfr. igualmente el acuerdo de la Sala General (TS Sala Segunda) celebrado el 21 de enero de 2000, según el cual, es sobre la base de este mismo fundamento de la peligrosidad en virtud del que cabe sancionar de forma agravada a quien usa de medios distintos a las armas (cit. por GRANADOS PÉREZ, *Acuerdos del Pleno de la Sala penal del T.S. para unificación de jurisprudencia*, Valencia, 2000, p. 97).

⁵³ Así, SÁNCHEZ TOMÁS, en RODRÍGUEZ RAMOS/COBOS GÓMEZ DE LINARES/SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, II, Madrid, 1997, p. 130, párr. 33; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal*, II, parte especial, Barcelona, 1999, p. 797 («incremento de la capacidad agresiva del sujeto activo, y consiguiente riesgo...»).

⁵⁴ No parece que otros fundamentos a los que ha aludido la jurisprudencia (para el art. 501.II Código Penal 1973) sean aceptables: mayor perversidad, espanto y terror generado por el uso del arma; sin embargo, cfr. en esta línea todavía MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, en SERRANO

en función del mayor peligro («efectividad») para la vida e integridad, no estamos hablando ya de armas o medios peligrosos.

6. A la vista de lo anterior, y una vez que se decida optar por apreciar un solo hecho, no es posible tener en cuenta ambas agravaciones, por atender las dos a igual razón: se produciría una doble sanción de una misma circunstancia⁵⁵. Si, en cambio, se opta por apreciar dos hechos (cfr. *supra* párr. 4), no veo reparo en que se apliquen en ambos las agravaciones⁵⁶. Pero ello exige que efectivamente se hayan empleado los medios peligrosos para apoderarse de forma violenta, y además se agrede con ellos de igual forma. Así, no bastará con la presencia de más de un sujeto pasivo para que se entiendan aplicables ambas agravaciones: ello podría servir para separar el suceso en dos o más hechos, pero no para dar por acreditado que *en ambos* hechos se han empleado tales medios de forma peligrosa. De igual manera, que exista una cesura espacio-temporal entre un acontecer del sujeto y otro, no significa que ya puedan aplicarse las agravaciones, sino que será preciso *emplear* dichos medios en las diversas fases del acontecer. Asimismo, si se separa el suceso en dos hechos porque se hace uso de las armas en la huida, no por ello se debe dar por supuesto que se emplearon de forma violenta también en el momento previo. Por tanto, en definitiva, las normas aplicables en concurso ideal serán la del robo y la de las lesiones. Hay que decidir ahora si la del robo agravado o, en cambio, la de las lesiones agravadas.

7. En principio, parece que deberían agravarse las lesiones, pues afectan a un bien jurídico de mayor entidad que el patrimonio que haría

BUTRAGUENO (coord.) *et al.*, *Código Penal de 1995 (comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998, p. 1204. Cfr. la situación en SORIANO SORIANO, *Las agravantes específicas comunes al robo y hurto*, Valencia, 1993, pp. 85 ss.; GOYENA HUERTA, en *El hurto*, p. 142. Cfr. esta crítica en VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en *DP. PE*, p. 409, y SORIANO SORIANO, *ibidem*, pp. 90-92.

⁵⁵ Cfr. PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio*, II, p. 415; SÁNCHEZ TOMÁS, en *DP. PE*, II, p. 130, párr. 33; JAVATO MARTÍN, *EJMF*, VI (1999), pp. 352-353; SUÁREZ GONZÁLEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios*, p. 696, párr. 1, de manera implícita. Propone DE VICENTE MARTÍNEZ, *AP*, 1997, p. 836, la supresión de la agravación del robo, pues el desvalor de los medios peligrosos ya se tendría en cuenta en otros tipos concurrentes. También para salvaguardar el principio *ne bis in idem* proponen una distinta solución VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en *DP. PE*, p. 415, para quienes algunos casos de lesiones con uso de armas en el transcurso de un robo deberían sancionarse sólo como lesiones simples, sin agravar, pues «es claro que no cabe agravar el delito de lesión ejecutado en base a un peligro consumido por él»; mientras que si ello no se da, será posible la agravación (de las lesiones); a continuación, hay que dilucidar si agravar el delito de robo o el de lesiones; en este aspecto no parecen negar, según alcanzo, la posibilidad de un concurso de delitos (robo y lesiones), pero para dicho concurso previamente se decide cuál de las normas de la agravación (arts. 148.1.º y 242.2) entra en juego, pues no parece posible aplicar las dos.

Contra, HERRERO HERRERO, *Infracciones penales patrimoniales*, Madrid, 2000, p. 113, que no parece ver incompatibilidad, tanto si se trata de unidad de hecho, como de pluralidad; pero me parece del todo insuficiente su afirmación de que entonces no se infringe el *ne bis in idem* «porque no estaríamos ante la producción de desvalores distintos no implicados los unos en los otros».

⁵⁶ Así, JAVATO MARTÍN, *EJMF*, VI (1999), p. 353.

más grave el uso de tales medios. Sin embargo, las penas previstas en ambos casos por el legislador no son como cabría esperar: es más grave la pena en el caso del robo con medios peligrosos (desde tres años y seis meses a cinco años), que la correspondiente a las lesiones (desde dos a cinco años). Sea casual o no, la agravación en el ámbito del robo permite llegar a penas algo superiores a las que se derivan de agravar el delito de lesiones. En efecto, de apreciarse un concurso ideal de delitos entre el robo agravado y las lesiones simples, como aquí se propone (cfr. *supra* cuadro III), la pena del art. 242.2 se determinará delimitando la prisión, que va desde tres años y seis meses a cinco años, en su mitad superior (desde cuatro años y tres meses a cinco años)⁵⁷. El límite máximo (cinco años) puede ser en muchos casos adecuado; y el mínimo (cuatro años y tres meses), más adecuado, por más elevado, que el de tres años y medio. A ello se añade que la cláusula de agravación de las lesiones con medios peligrosos (art. 148) es facultativa, frente al carácter preceptivo que posee en el caso del robo⁵⁸. Se deja, a su vez, un margen para sancionar el delito de robo con medios peligrosos que no causan lesión, o lesiones causadas pero no con esos mismos medios, que podrían sancionarse con la pena de prisión desde tres años y seis meses a cinco años⁵⁹ (art. 242.2).

8. La pena prevista en el art. 148 (desde dos a cinco años) resulta inferior a la del art. 242.2, de forma que el art. 8.4.^a (alternatividad)⁶⁰, que obliga a comparar las *penas*, daría entrada al 242.2, frente al 148. La solución inversa, la de agravar el delito de lesiones peligrosas del art. 148, fijando la pena en su mitad superior, respetaría la dicción del art. 77 (que obliga a agravar la pena de la «*infracción* más grave», las lesiones —según entiendo—). Pero por esta vía se llega paradójicamente a una pena de prisión desde tres años y seis meses a cinco años, mientras que el precepto del art. 242.2 en concurso ideal con unas lesiones permitiría ponderar mejor la elevada gravedad de una conducta a la vez contra la integridad y el patrimonio: prisión desde cuatro años y tres meses a cinco años⁶¹. No sería del todo correcto, por tanto, aunque sí posible dentro

⁵⁷ Así la solución propuesta en otro lugar: «Robo violento o intimidatorio de “menor entidad” con “medios peligrosos”: ¿una contradicción?», *RDPC*, 6 (2000), p. 434 [cfr. en este volumen, *supra*, pp. 127-154].

⁵⁸ Así la argumentación adicional que emplea la STS de 30 de septiembre de 1997 (LL 10370/1997, ponente Martín Canivell).

⁵⁹ En casos de tentativa de lesiones y delito de robo podría llegarse a esta pena también si se aprecia un concurso ideal entre la tentativa y el robo, pues muy posiblemente —como la pena resultante excederá de lo que se sancionaría por separado— será preciso «romper» el concurso (art. 77.2, segundo inciso). Cfr. *infra* párr. 9. En otros supuestos, será preciso aplicar en concurso ideal las lesiones peligrosas (art. 148.1.º) con el robo simple (art. 242.1), porque las armas o instrumentos empleados no se llevan al cometer el robo, sino que se toman en el curso de éste: así lo sugiere, JAVATO MARTÍN, *EJMF*, VI (1999), p. 352.

⁶⁰ Así, GOYENA HUERTA, en *El hurto*, p. 151.

⁶¹ Cfr. *RDPC*, 6 (2000), p. 434, nota 81 [cfr. en este volumen, *supra*, pp. 127-154].

de la literalidad del art. 77, anteponer el delito de lesiones agravadas al de robo agravado⁶². Agravar la pena del robo con medios peligrosos respetaría mejor la finalidad del concurso ideal.

9. Es claro que esta solución tiene como límite el que mediante la agravación del robo, y no de las lesiones, se llegue a una pena superior a la de sancionar por separado ambas infracciones (cfr. art. 77.2 *in fine*)⁶³. Ello podría producirse si, al entrar en juego las infracciones de lesiones simples (art. 147.1), sancionadas con pena de seis meses a tres años, junto al robo agravado, sancionado con pena desde tres años y seis meses a cinco años, se llegara por separado a una pena de cuatro años (suma de los dos mínimos), inferior al mínimo (cuatro años y tres meses) de la solución del concurso ideal. Sin embargo, este posible efecto aritmético, se vería —según me parece— contrarrestado con la reacción del juzgador que en tal caso posiblemente decidiría apreciar de inmediato una pena algo mayor⁶⁴, para que el resultado final sea al menos de cuatro años y tres meses. Pero, en cualquier caso, si la sanción por separado es inferior a los cuatro años y tres meses, sería obligado «romper» el concurso ideal, como impone el precepto del art. 77.2. Ello no es ningún óbice a la propuesta de apreciar concurso ideal de delitos, sino consecuencia adecuada a la proporcionalidad de la pena también en este caso.

Por otra parte, la solución de apreciar un concurso ideal de delitos permitiría sancionar de manera más adecuada los casos de robo con medios peligrosos en los que se producen lesiones, pero éstas no llegan a ser las previstas en el art. 147.1, únicas que admiten la agravación del art. 148. En estos casos, el delito de lesiones del párrafo segundo del mismo art. o la falta de lesiones del art. 617.1.º, entrarían en concurso con el robo, permitiendo agravar la pena de éste⁶⁵. Sin embargo, en

⁶² Se decide por anteponer la aplicación de las lesiones peligrosas, en cambio, SÁNCHEZ TOMÁS, en *DP. PE. II*, p. 130, párr. 33, con base en el fundamento de la agravación del apartado segundo, el mismo que el de las lesiones agravadas (cfr. *ibidem*, párr. 32 *in fine*). También así, según alcanzo, VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996, p. 1184, quienes proponen una solución diferenciadora del peligro de la conducta en cada situación: dependerá de si la lesión es la total materialización del peligro propio del uso de armas, en cuyo caso no procede la aplicación del supuesto agravado (art. 148.1.º), pues lo impide la regla del *ne bis in idem*; pero si el desvalor del peligro propio del uso de armas no queda abarcado por las lesiones, parece posible aplicarse (cfr. los mismos, en *DP. PE.*, 1999, p. 415).

⁶³ Cfr. en *RDPC*, 6 (2000), p. 434 [cfr. en este volumen, *supra*, pp. 127-154].

⁶⁴ A pesar de la apariencia de lo espurio de esta operación intelectual por parte del juez, cfr. las ilustrativas consideraciones de NIETO, *El arbitrio judicial, passim*.

⁶⁵ Algo semejante, si al cometer el robo se producen lesiones más graves que las descritas en el art. 147.1 (por ejemplo, las del art. 150) empleando medios peligrosos: cfr. la SAP Madrid (secc. 3.ª) 20 de junio de 2000 (AP @ 56/2001, ponente García Llamas): sancionar en concurso ideal el delito de robo agravado y la respectiva lesión no supondría tomar en cuenta la agravación por los medios peligrosos *praeter legem*, pues el código prevé dicha agravación en sede de robo (y se aplica), aunque en el delito de lesiones (art. 149) no sea posible tenerla en cuenta por ser lesiones distintas a las del art. 147.1.

estos casos el límite al concurso ideal (art. 77.2 *in fine*) podría impedir la agravación de la pena, obligando en cambio a la sanción por separado. Frente a ello no cabe aducir que se trataría de aplicar *praeter legem* la agravación del robo (por el uso de medios peligrosos) a casos de lesiones que no la prevén. Más bien se trata de considerar el delito de robo como lo que es, una infracción que describe una conducta contra el patrimonio doblegando la «libertad» de la víctima.

* * *

Al remitir la versión inicial de este trabajo para su publicación, no pude tener en cuenta el detallado artículo que sobre el mismo tema fue publicado por JAREÑO LEAL, «El “uso de armas” en las lesiones y en el robo y el principio *non bis in idem*», diario *La Ley* núm. 5216, 2 de enero de 2001, pp. 1-5. Dado que aborda el mismo problema y con argumentos y conclusiones en parte distintos, es preciso dedicarle la atención que merece. Para no modificar la versión inicial de mi trabajo, he preferido incluir esta adenda.

El trabajo de JAREÑO LEAL parte del mismo planteamiento del problema: es decir, si son o no compatibles ambas agravaciones (por uso de armas u otros instrumentos peligrosos) en el robo y en las lesiones que en el curso del primero se causan. Analiza para resolverlo el fundamento en uno y otro caso.

No tengo nada que objetar al análisis que la autora ofrece (apartado III) sobre el fundamento de la agravación por el uso de armas y medios igualmente peligrosos en el delito de lesiones (art. 148), incluida su valoración del proceder de la jurisprudencia, ciertamente crítica, que comparto. Comparto también el análisis (apartado IV) de la agravación por el uso de armas en el delito de robo (art. 242, y su antecedente en el Código Penal 1973): cfr. *supra*, III.5.

Si el fundamento de ambas agravaciones es el peligro (concreto) para la vida o salud (cfr. así JAREÑO LEAL, p. 4, columnas II y III), se incurriría en *bis in idem* caso de aplicar doblemente la agravación tanto en el robo, como en las lesiones. Comparto la opinión crítica que le merece la STS de 18 de febrero de 2000, como ya se señaló en la nota 24 de este trabajo. Hay, sin embargo, discrepancia de matices en cuanto a la solución a la que llegamos al proponer la sanción en casos como éste.

En efecto, la autora propone sancionar en concurso real el robo simple (art. 242.1) y la correspondiente figura de lesiones, agravadas, si es el caso (cfr. *ibidem*, p. 4, columna I). Pero ello sólo será posible si se trata de víctima única, y no en otro supuesto, con pluralidad de sujetos pasivos (cfr. *ibidem*, y columnas III-IV). La salvedad me parece defendible; y la comparto (cfr. *supra*, III.4).

Discrepo, en cambio, de la propuesta de apreciar un concurso real: para el caso objeto de la STS en cuestión, ya mostré (cfr. *supra*, nota 24) mis dudas de que las circunstancias fácticas narradas permitan separar dos secuencias. Para JAREÑO LEAL, la diferenciación de dos momentos consecutivos en el *iter* de los hechos hacen incompatible la doble agravación. Sin embargo, entiendo que entonces se está dando entrada a una muy conveniente consideración de proporcionalidad, que podría llevar sin problemas a entender también que se da un solo hecho: por tanto, no ha de descartarse el concurso ideal, que, al dar entrada a dos preceptos, permitiría valorar la proporcionalidad.

Si la sanción de las lesiones (efectivas) agravadas ha de absorber el desvalor del uso de armas en el robo —como propone— entonces debería tenerse en cuenta precisamente tal uso para graduar la sanción del robo, pues al prever pena desde dos a cinco años permite llegar al máximo de apreciar también las lesiones agravadas. Es necesario aportar entonces criterios para discernir y guiar la determinación de la pena; como también lo hace la autora, es lo que intento ofrecer en mi trabajo; aunque discrepamos en algunos detalles. Puse en duda que la sanción en concurso real sea siempre lo más idóneo. Ha de ser una solución diferenciada, según las circunstancias. Por esta vía, no me parece rechazable la consideración de algunos hechos en concurso ideal; ni tampoco el dar entrada al tipo del robo agravado, y no al de lesiones agravadas, pues el del robo (agravación preceptiva, y no facultativa, con un mínimo de la pena menor) puede cubrir en ocasiones la gravedad de manera más satisfactoria (sobre ello, cfr. *supra*, III).

Sobre el tema, cfr. también ahora DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Valencia, 2001, pp. 104-108.