7.

ROBO VIOLENTO O INTIMIDATORIO DE «MENOR ENTIDAD» CON «MEDIOS PELIGROSOS»: ¿UNA CONTRADICCIÓN?*

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

I.

1. Este trabajo tiene por objeto analizar si resulta posible la atenuación de la pena en virtud de lo previsto en el apartado tercero del art. 242 del Código Penal cuando han sido empleados medios peligrosos en la ejecución del robo (violento o intimidatorio). A primera vista parece difícil que sean compatibles la elevada peligrosidad de la conducta y su menor gravedad, dado que el incremento de la peligrosidad de la conducta por el recurso a medios peligrosos (art. 242.2) casa mal con una apreciación de menor entidad de la conducta (art. 242.3): los medios peligrosos pueden ser especialmente idóneos para que la violencia y/o intimidación sean ya graves, y por tanto el hecho no sea de menor entidad. Como enseguida se considerará, la jurisprudencia de la Sala II es de otra opinión: cabe la atenuación, junto a la agravación por el uso de medios peligrosos.

2. Consideremos unos hechos como los siguientes: «A) Los acusados S. y O., sobre las 2:45 horas del día 1 de agosto de 1998, abordaron

* Trabajo publicado inicialmente en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6 (2000), pp. 407-438.

a P.P. y a J.C., cuando ambos se encontraban en las proximidades del establecimiento... de esta ciudad, y tras exhibir una navaja, portada por uno de los acusados, el otro sujetó a P.P., consiguiendo entre aquellos obtener 3.200 pesetas de P.P., y, mediante igual procedimiento, consiguieron de J.C. 300 pesetas, en ambos casos con deseo de beneficiarse. P.P., renunció en el acto del Juicio a la indemnización que pudiera pertenecerle, constando que sufrió perjuicios en el reloj y en la camisa que vestía, cifrados en 11.000 ptas.; y B) Sobre las 23:00 horas del día 8 de agosto de 1998, los propios acusados S. y O., abordaron a J.C. [de nuevo, el mencionado en el apartado A)] y a A.L., cuando estos dos caminaban por la Avda. República Argentina de esta capital, y luego de exhibir a los dos la navaja que portaba uno de los acusados, entre uno y otro, lograron quitar 500 pesetas a J.C. y 535 a A., con deseo de beneficio» [1]. Se trata de los hechos enjuiciados en la STS de 2 de octubre de 1999.

3. La Audiencia de instancia condenó a los acusados S. y O., como autores responsables, cada uno, de dos delitos de robo con violencia e intimidación y uso de armas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, imponiéndosele a cada uno de ellos dos penas de tres años y siete meses de prisión, con las accesorias de suspensión de empleo o cargo público durante el tiempo de la condena. Se condena asimismo al pago por mitad de las costas procesales, y a que indemnicen a J.C. en 300 pesetas y a A. en 535 pesetas. Los acusados interpusieron recurso de casación por infracción de Ley por inaplicación del apartado 3 del art. 242 del Código Penal, al no haberse rebajado la pena a imponer dada la escasa entidad, no ya de la cuantía de lo sustraído, sino de la «presunta» violencia mostrada. El TS estimó el recurso de casación interpuesto, casó y anuló la sentencia de la Audiencia, dictando otra en la que les condenó a la pena de un año y nueve meses de prisión por cada delito.

4. La posición del Tribunal Supremo, no sólo en su sentencia de 2 de octubre de 1999, sino también en otras (algunas de ellas mencionadas expresamente en el texto de ésta), es favorable a la compatibilidad: es posible atenuar, por la menor entidad del hecho, en casos de robo violento o intimidatorio, a pesar de que se hayan empleado medios peligrosos. El empleo de dichos medios obligaría a agravar la pena (art. 242.2), pero no impediría haberla rebajado *previamente* (art. 242.3). En el presente estudio, se describirá y analizará esta posición de la jurisprudencia (II), para someterla a continuación a crítica y sugerir la vía para llegar a un resultado semejante (III). La vía sugerida para atender al problema que este género de casos plantea se formula como posibilidad, en tanto el texto del precepto permanezca en su actual redacción y

[1] STS 1360/1999, de 2 de octubre de 1999 (ponente Prego de Oliver y Tolivar), de la que publica un extracto *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1999, núm. 413/29.

estructura. Una reforma de esos preceptos sería la vía más adecuada para resolver el problema.

II.

1. La regulación del delito de robo (violento e intimidatorio) en el Código Penal de 1995 ha experimentado evidentes reformas respecto a su antecesor [2]. El texto de 1995 logra simplificar los tipos de robo, tras haber abandonado el sistema de delitos complejos (art. 501 Código Penal 1973) [3]. Pero también se simplifica lo previsto para los supuestos agravados y cualificados, al desaparecer la relación de circunstancias que permitían incrementar sucesivamente las penas (art. 501 *in fine* Código Penal 1973) [4]. Dichos casos habrán de ser tratados ahora acudiendo al régimen de concursos, de delitos y/o de leyes [5]. Pero la actual

[2] Cfr., por todos, el análisis de PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio de Derecho penal (parte especial), II*, Madrid, 1998, pp. 394-395. Para QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 3.ª ed., Barcelona, 1996, p. 355, algunos aspectos de esta reforma resultan acertados. Por lo que se refiere a las penas ahora previstas, cfr. 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, pp. 534-535.

[3] Aunque no por ello queden resueltos los problemas que ahora se plantean para resolver los casos de robo acompañado de otros delitos: me he referido a algunos problemas de este género, por lo que atañe al robo violento, en otro lugar: «Actos de violencia sobrevenidos durante el apoderamiento: ¿hurto o robo violento? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala II) de 23 de marzo de 1998 (ponente Sr. Martín Pallín)», *AP*, 1999, pp. 807 ss. [cfr. en este volumen, *supra*, pp. 103 ss.]. La STS 2 de octubre de 1999 aporta nuevos datos para reflexionar sobre la problemática entonces estudiada: en los hechos descritos en A) (cfr. *supra* I.2) se narra cómo una de las víctimas sufrió deterioros en bienes de su pertenencia (reloj y ropa). Que no se mencione la posible sanción de éstos evidencia que la violencia que los produjo se tuvo por consumida (concurso de leyes, por tanto) en la sanción por delito de robo.

[4] Los problemas de compatibilidad y coordinación entre robo con medios peligrosos (armas) y la agravación de los complejos de delitos de robo ya mereció atención de la doctrina para el régimen anterior: cfr., además de las obras generales, BACIGALUPO ZAPATER, «¿Robo con intimidación violenta fingida?», *PJ*, 5 (1987), pp. 101-105; MANZANARES SAMANIEGO, «El párrafo último del art. 501 del Código Penal», *AP*, 1988, pp. 1397-1403 y CORTÉS CAMACHO, «La agravante por uso de armas en el delito complejo de robo», *AP*, 1995, pp. 337-340.

[5] Con independencia de cuál sea la naturaleza y función de la cláusula concursal recogida en el art. 242.1 *in fine*: no parece que impida el tratamiento concursal allá donde no alcance tal cláusula (por ejemplo, para el robo intimidatorio, pues hay casos de amenazas cuyo desvalor y pena no son escasos, por lo que considerarlas absorbidas por principio por la pena del robo intimidatorio no siempre será adecuado; en contra cfr. PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 408; QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1114, aunque matizado en p. 1100; GARCÍA VALDÉS, *Derecho penal práctico. Parte especial*, Madrid, 1999, p. 274 y CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal, II. Parte especial*, Barcelona, 1999, p. 795, pero con matices en p. 796), ni impide tampoco evitar el concurso allá donde se ha previsto expresamente, sólo para el robo violento (cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *AP*, 1999, pp. 816 ss. [cfr. en este volumen, *supra*, pp. 103 ss.]; en contra, ÁLVAREZ GARCÍA, «Delitos compuestos y delitos complejos: problemas concursales del art. 242 del Código Penal», *LL*, 1997-1, pp. 1823 ss., que defiende la tesis del concurso ideal entre robo y lesiones).

regulación encierra problemas interpretativos nuevos [6]. El que nos ocupa en este trabajo es uno de ellos. Simplificando el sistema, nos encontramos con un tipo básico (art. 242.1), atenuable para supuestos de menor entidad (art. 242.3). Existe, además, un subtipo en el que la pena se agrava —tanto para el robo violento [7] como para el intimidatorio [8]—: «La pena se impondrá en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos...» [9] (art. 242.2) [10].

[6] Otros problemas, que aquí no se tratarán: el uso de las armas que no se llevan al cometer el robo, sino que se encuentran en el lugar de los hechos (cfr., entre otras, SSTS 4 de noviembre de 1998 [AP 60/1999, ponente Delgado García] y 12 de abril de 1999 [AP 468, ponente Marañón Chávarri], que optan por no aplicar el tipo agravado; cfr. también PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 414) [sobre este tema, cfr. *infra* el trabajo núm. 9]; o bien el sentido del uso de las armas «para proteger la huida» (cfr. las opiniones de la doctrina mayoritaria, por todos, PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, pp. 414-415: sólo para el uso en fase ejecutiva; frente a las de SÁNCHEZ TOMÁS, en RODRÍGUEZ RAMOS/COBOS GÓMEZ DE LINARES/SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial, II*, Madrid, 1997, pp. 125 y 131: no sólo para la fase ejecutiva) [sobre esta cuestión, cfr. *infra*, pp.103 ss.]; etc.

[7] Sobre el concepto de violencia, cfr., por todos, SÁNCHEZ TOMÁS, *La violencia en el Derecho penal. Su análisis jurisprudencial y dogmático en el CP 1995*, Barcelona, 1999, pp. 91-98; y en el ámbito de los estudios sobre delitos patrimoniales, por todos, PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, pp. 396-399. Una visión resumida de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales, en GOYENA HUERTA, en MUÑOZ (coord.) *et al.*, *El hurto, el robo y el hurto y robo de uso de vehículos*, Pamplona, 1998, pp. 132-136. Un análisis jurisprudencial sobre la relación entre la violencia y el apoderamiento en RON MARTÍN, «La transmutación del hurto al robo con violencia o intimidación en las personas», *CPC*, 67 (1999), pp. 217 ss.

Otros estudios y análisis de la jurisprudencia sobre los delitos de robo, en SERRANO BUTRAGUEÑO, *Los robos con violencia o intimidación en las personas*, Madrid, 1993; ROBLEDO VILLAR, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Comentarios a los artículos 234 a 289 del nuevo Código Penal*, Barcelona, 1997 y MARCHENA GÓMEZ/MORENO VERDEJO, *El delito de robo en el Código Penal de 1995. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales. Consultas de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, 1998. [A estos trabajos cabría añadir la monografía de DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Valencia, 2001, pp. 123-130 y el resumen de jurisprudencia de SÁNCHEZ MORENO, *El robo con violencia o intimidación en las personas*, Barcelona, 2001, publicados con posterioridad a la primera versión de este artículo]. Cfr. también las reflexiones de JIMÉNEZ VILLAREJO, «Las barreras de defensa en los delitos contra el patrimonio. Entre la confianza y la desconfianza», *CPC*, 68 (1999), pp. 269 ss.

[8] Sobre el concepto de intimidación, por todos, cfr. PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, pp. 401-404. Para un resumen de la doctrina y jurisprudencia, cfr. GOYENA HUERTA, en *El hurto*, pp. 136-141.

[9] Sobre el concepto de armas y su relación con el concepto de medios igualmente peligrosos, cfr., por todos, PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, pp. 411-415.

[10] Para PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 412, se trata de un subtipo agravado; así también para 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. Cfr. en GOYENA HUERTA, en *El hurto*, pp. 141-142, el parecer de la jurisprudencia en dicho sentido. Cfr. la clara dicción de la STS 20 de mayo de 1999 (AP 548, ponente Delgado García [FJ 3.°]), STS 27 de septiembre de 1999 (AP 761, ponente Prego de Oliver y Tolivar) y STS 5 de noviembre de 1999 (AP 168/2000, ponente De Vega Ruiz [FJ 3.°]) sobre el procedimiento a seguir entonces en la determinación de la pena. En contra, sin embargo, según se deduce, DE VICENTE MARTÍNEZ, «Los delitos de robo: dos cuestiones interpretativas», *AP*, 1997, p. 834 y SÁNCHEZ TOMÁS, en *DP. PE, II*, pp. 128 y 132, núm. 44.

Por lo demás, se evita dar entrada expresa a la cuantía de lo sustraído: el uso de violencia o intimidación *en* un apoderamiento constituye siempre robo [11, 12].

2. El art. 242 establece claramente el ámbito de aplicación de los tres preceptos en él contenidos. La atenuación por menor entidad (242.3) sólo es posible para los casos del tipo básico (242.1), según se desprende de la terminante redacción legal: «[...] podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo». La gravedad del uso de medios peligrosos, por el peligro que encierran, constituye, en cambio, el motivo de la elevación de pena (242.2). Dicha pena vendría a sustituir y recoger, en su caso, las anteriormente previstas en el art. 501 *in fine* [13]. Esta apreciación —basada en elementos

Crítico con la previsión de esta agravación, ZUGALDÍA ESPINAR, «Los delitos contra la propiedad, patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código Penal (consideraciones generales sobre el Título XIII del N.C.P.)», *CPC*, 59 (1996), p. 430.

[11] Es sabido que entre las «restantes circunstancias del hecho» se valora, aunque no sólo, la cuantía de lo sustraído. Dicha mención se está entendiendo como mención del legislador a la cuantía junto a otras, las restantes, circunstancias. Cfr. PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 416. Cfr. también, entre otras, las SSTS 5 de marzo de 1999 (AP 400, ponente Delgado García), en la que la escasa cantidad sustraída (3.000 ptas.) y el contenido de las amenazas permiten atenuar (en igual sentido la STS 2 de octubre de 1999, cit. en I.2-3); y 8 de marzo de 1999 (AP 403, ponente Prego de Oliver y Tolivar), donde no se aplica en cambio el tipo atenuado debido a la cuantía de lo sustraído (200.000 ptas.) y la entidad de los medios empleados.

[12] Se percibe no obstante en la Jurisprudencia cierta «querencia» a valorar la cuantía de lo sustraído como criterio determinante, entre otros, de la gravedad del hecho: cfr., ya desde la STS 21 de noviembre de 1997 (A 8351, ponente Conde-Pumpido Tourón), reiteradamente citada en las que aplican la doctrina de la compatibilidad de atenuación y agravación. Parece una reminiscencia de la antigua mención del art. 505. Sin embargo la desaparición de un precepto como éste, hace que valorar la cuantía sea un elemento contrario a la propia lógica de punición de los delitos contra el patrimonio cuando se emplea violencia o intimidación.

En cambio, otras sentencias, con mejor criterio, señalan cómo la cantidad de lo sustraído es factor meramente casual: cfr. STS 16 de junio de 1999 (AP 611, ponente Bacigalupo Zapater); también, de forma semejante, STS 14 de julio de 1999 (AP 666, ponente Conde-Pumpido Tourón). En efecto, si para la imputación subjetiva a título de demérito (dolo) exigimos el conocimiento de los elementos que fundamentan la imputación o la agravación, inversamente, la atenuación o imputación a título de mérito debe exigir un elemento subjetivo —no tiene que ser tan exigente como el del dolo, pero al menos debe existir un mínimo—: la casualidad no puede ganar al autor la atenuación cuando ésta se relaciona con elementos o factores de la conducta del agente. Al margen de factores del autor, podría atenuarse por otros motivos que disminuyen o hacen desaparecer la necesidad de pena, pero no es el caso. Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 5.ª ed., Barcelona, 1998, 10/124-126, donde, al referirse al error sobre circunstancias atenuantes, se plantea la conveniencia de atender al fundamento de la respectiva causa de atenuación. Pienso que en el caso que nos ocupa el fundamento se halla en la menor violencia/intimidación, y no en la cuantía, dado que ésta no altera el sistema de punición de estas conductas de apoderamiento (robo).

[13] Sin embargo, como puso de manifiesto MANZANARES SAMANIEGO, *AP*, 1988, p. 1398, las reacciones doctrinales contra la previsión de agravaciones de la pena por el uso de medios peligrosos en el delito de robo venían muy condicionadas por la peculiar configuración del régimen de éste (la previsión de supuestos complejos, sobre todo). Modificado dicho régimen, y sustituido por un modelo más simplificado (tipos básico, agravado y atenuable, además de los posibles concursos), adquiere pleno sentido una solución que Manzanares entonces meramente insinuaba: partir de un tipo básico caracterizado por el uso de armas, desde el que se procedería a reducir la

gramaticales, sistemáticos [14, 15] e históricos [16]—, permite afirmar que el legislador considera incompatibles la atenuación por menor entidad y la agravación por uso de armas o medios peligrosos [17]. Con otras palabras: no parece posible robar *levemente* actuando *peligrosamente*.

3. Quedaría por ver si existen, a pesar de todo, elementos de carácter teleológico que permitieran una interpretación que diera entrada a la atenuación, aun a pesar de haberse empleado armas o elementos igualmente peligrosos. Según el parecer de la Sala Segunda, la situación legal descrita no permite resolver correctamente algunos casos en los que, a pesar de haberse utilizado medios peligrosos, resultaría injusto sancionar con una pena (mínima) de tres años y medio de prisión [18]. De esta forma, con el fin de evitar resultados desproporcionados, se consideran compatibles el recurso a medios peligrosos y la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas. El fin parece loable: el caso de quien, mostrando un palo de escoba, logra de la víctima el dinero en calderilla

pena por el elemento privilegiante de no haber empleado tales medios. Como se tratará *infra*, la solución propuesta en este trabajo abunda en esta línea. Por lo demás, respecto a la posición de Manzanares sobre la restricción de la aplicación de la agravación por el uso de armas, téngase en cuenta que proponía entonces restringirla a los supuestos de robo violento en los que se emplean según su naturaleza *acometiendo* (cfr. *ibidem*, pp. 1401 y 1402).

[14] No me parece argumento concluyente el que el texto del precepto emplee dos formas diferentes para establecer la pena agravada y la atenuada: la agravación de la pena (imposición *en la mitad superior*: art. 242.2), difiere de la técnica empleada para los casos de menor entidad (*disminución de grado*: art. 242.3). Más concluyente, en cambio, considero los márgenes de las penas que resultan: con una pena agravada, situada entre tres años y seis meses y cinco años de prisión, cabe plasmar las diferencias que pudieran existir en la gravedad del hecho. Igualmente, con una pena de prisión entre uno y dos años, para la modalidad atenuada, pueden también atenderse las circunstancias del hecho. Nos encontramos en un margen de la pena de prisión en el que un incremento pequeño en la duración puede reportar una más intensa carga aflictiva a quien la padece que el mismo incremento cuando se trata ya de una pena muy elevada.

[15] Sistemático es también el criterio que propone PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 403, al comparar los males con que se amenaza y las eventuales lesiones violentas: la apreciación del tipo privilegiado procedería en casos de amenazas leves. La levedad se aprecia no sólo por el mal con que se amedrenta, sino también por el efecto que produce a la víctima (cfr. *ibidem*).

[16] En efecto, el antiguo art. 501 *in fine* preveía agravar la pena si se llevaban armas u otros objetos peligrosos, circunstancia que pasa —algo modificada— al actual art. 242.2 (cfr. también antiguo art. 506.1.°, para el robo con fuerza).

[17] Siguiendo así lo que era doctrina jurisprudencial respecto a la naturaleza material de la agravación por el uso de armas y medios peligrosos: su elevada potencialidad lesiva. Cfr. GOYENA HUERTA, en *El hurto*, p. 142.

[18] «De modo especial han de considerarse aquellos supuestos en que las propias circunstancias concurrentes determinan, ya desde el propio planteamiento de la acción, la escasa cuantía de la sustracción, como sucede en los casos, lamentablemente frecuentes entre jóvenes, en que la intimidación se dirige únicamente a la sustracción de una cazadora, un reloj o una pequeña cantidad de dinero. Sin minimizar la gravedad, es lo cierto que dar a estos supuestos el mismo tratamiento penal que a un atraco bancario a mano armada (art. 242.2.°), por el hecho de que ocasionalmente se exhiba un palo o una navaja, implica tratar igualitariamente conductas con un disvalor jurídico muy distinto, vulnerando el principio de proporcionalidad.» Cfr. FJ 2.° Cfr. en el mismo sentido la STS 20 de mayo de 1999 (AP 548, ponente Delgado García).

que llevaba en ese momento, no puede tratarse igual que el de quien, armado con una pistola, entra en una entidad bancaria, amedrenta a los clientes y empleados para acabar logrando un cuantioso botín. Además, partiendo de las interpretaciones jurisprudenciales de la mención legal a «las armas u otros medios igualmente peligrosos» [19], poca discriminación cabría de la mayor o menor peligrosidad de los medios empleados. Y poco margen queda en la determinación de la pena para plasmar la distinta gravedad de unos y otros medios. De esta forma —en cuanto al mínimo de pena posible—, resultarían «igualmente» graves el uso de una pistola como el del palo de una escoba [20]: tres años y medio de prisión.

[19] En efecto, se entiende que los instrumentos resultan tan peligrosos como las armas si pudieran emplearse para golpear. Cfr. la STS 20 de septiembre de 1999 (LL 11692, ponente Martín Pallín), donde se expresa: «Es sabido que existe una reiterada jurisprudencia de esta Sala que considera la posibilidad de incluir en el catálogo de instrumentos peligrosos, aquellas armas que aun careciendo de cargador o, por ser simuladas o de fogueo, pueden transformarse en un elemento agresivo y contundente con riesgo para las personas que sufren el hecho delictivo».

[20] Así en la STS 12 de noviembre de 1998 (AP 124/99, ponente Granados Pérez): medio palo de fregona.

Al comparar las resoluciones pronunciadas en los últimos meses, en las que se ha planteado la compatibilidad de *atenuar* por menor entidad junto con la de *agravar* por uso de medios peligrosos, se extrae la consecuencia de que los mismos medios han servido en unos casos para atenuar, y en otros para cerrar la atenuación: así, para la STS 13 de octubre de 1998 (AP 6/1999, ponente Prego de Oliver y Tolivar), el uso de un *machete* sí es medio peligroso, pero no impide la atenuación; mientras que para la STS 1 de junio de 1999 (AP 576, ponente Martínez-Pereda Rodríguez) se aplica el tipo agravado sin atenuación; mientras que en la STS 26 de noviembre de 1999 (AP 173/2000, ponente Jiménez Villarejo) el mostrar «sólo» un machete que se lleva a la cintura, no da lugar al subtipo agravado, pero no permite la atenuación. Pero cuando se trata de una *navaja*, cambia su valoración, pues siendo medio peligroso (STS 25 de noviembre de 1998 [AP 165/99, ponente Ramos Gancedo]), el aplicarla sobre el cuello de la víctima, no impide la atenuación (STS 17 de febrero de 1999 [AP 330, ponente De Vega Ruiz]); e igualmente, permite atenuar y agravar en las SSTS 26 de abril de 1999 (AP 485, ponente Delgado García) y 2 de octubre de 1999 (AJA 413/29, ponente Prego de Oliver y Tolivar); asimismo, si se muestra sin desplegar (STS 20 de mayo de 1999 [AP 548, ponente Delgado García]); pero para la STS 14 de julio de 1999 (AP 666, ponente Conde-Pumpido Tourón) una navaja empleada para exigir el dinero es medio peligroso que no merece la atenuación; la exhibición de un objeto punzante también es medio peligroso (STS 24 de febrero de 1999 [AP 370, ponente Martínez-Pereda Rodríguez]). En cuanto a las *jeringuillas*, una que se muestra con tapón que protege la punta es medio peligroso, pero no impide la atenuación: STS 23 de julio de 1998 (AP 664, ponente Granados Pérez); pero para la STS 3 de febrero de 1998 (A 418, ponente Martín Pallín) se aprecia la agravación, sin atenuar; como asimismo amenazar con pinchar con una jeringuilla infectada con el virus del SIDA no permite atenuar (STS 1 de septiembre de 1999 [LL 11517, ponente Marañón Chávarri]); y en la STS 14 de junio de 1999 [AP 601, ponente Puerta Luis) una jeringuilla se considera medio peligroso, con independencia de si está infectada o no, pero no se plantea la posible atenuación; por otra parte, una jeringuilla de la que no consta si llevaba aguja, no posibilita agravar (STS 19 de octubre de 1998 [AP 64/99, ponente Prego de Oliver y Tolivar]). Una *pistola* también es medio peligroso (STS 8 de marzo de 1999 [AP 403, ponente Prego de Oliver y Tolivar]); y como también una de fogueo, porque sirve para golpear (STS 20 de septiembre de 1999 [LL 11692, ponente Martín Pallín]); en cambio, generalizan la afirmación de que el uso de armas no permite la atenuación las SSTS 16 de junio de 1999 (AP 611, ponente Bacigalupo Zapater) y 6 de noviembre de 1999 (AP 77/2000, ponente Bacigalupo Zapater).

No cabe desconocer que en algunas de estas decisiones pesa también la escasa cuantía del valor de lo sustraído: así, por ejemplo en la STS 23 de julio de 1998 (AP 664, ponente Granados-Pérez): mostrando una jeringuilla con tapón que protegía la punta, se solicitan *sólo* diez mil pesetas, quedando satisfecho el autor con dicha entrega.

4. Cabe plantear entonces la posibilidad de una restricción teleológica de la agravación del párrafo segundo, si se interpreta la mención de las armas y medios peligrosos en términos de concreta peligrosidad. Así, al igual que hace el Código Penal en sus arts. 148.1.° («concretamente peligrosos para la vida...») o 180.5.ª («medios especialmente peligrosos susceptibles de producir...») [21], podría interpretarse que los medios e instrumentos deberían ser peligrosos *en concreto* como lo son las armas. De esta manera se evitaría la aplicación del tipo agravado. Sin embargo, esta solución no permite resolver correctamente todos los casos. En efecto, dejar sin aplicar el tipo agravado puede pasar por alto que hay casos poco graves a pesar del uso de tales medios, en los que puede ser adecuada una pena de duración inferior incluso a dos años. Por eso, no siempre resultaría adecuada esta solución para los casos de gravedad intermedia. Por otra parte, dicha solución no puede hacer ignorar que, a diferencia de los arts. 148 y 180, la mención efectuada en el 242.3 no es tan precisa [22]. A pesar de todo, y a diferencia del anterior art. 501 *in fine*, la peligrosidad de los medios es peligrosidad como la de las armas: «*igualmente* peligrosos» [23]. Por esta vía puede alcanzarse una primera restricción del precepto, aunque sin solucionar todos los casos, pues el mayor problema sigue estando en la utilización de armas blancas u objetos duros que pueden emplearse como contundentes [24].

5. Nos encontramos ante un supuesto en el que la aplicación de los preceptos del art. 242 no permite llegar a una solución justa que respete además la letra de la Ley. En efecto, el legislador, al excluir la atenuación de los casos del apartado primero, ha establecido una gran diferencia de pena entre los casos del subtipo agravado y los atenuables. Estamos ante una falta de previsión legislativa: existe una serie de casos que desbordan la concreta definición legal. Pero, a la vez, el sistema y la coherencia del delito de robo permiten afirmar que esa falta de previsión no está en consonancia con el plan del legislador [25]. Dicha laguna existe

[21] No así en el art. 552, para el delito de atentado; y en el 455, para el de realización arbitraria del propio derecho.

[22] Además, la peligrosidad concreta de los medios debe quedar probada suficientemente: cfr. SSTS 10 de abril de 1996 (A 2857, ponente Martín Pallín), 8 de abril de 1999 (AP 467, ponente Conde-Pumpido Tourón) y 4 de noviembre de 1999 (AP 107/2000, ponente Jiménez Villarejo).

[23] En este sentido, cfr. PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 411, pero referido a la elevada peligrosidad para la vida e integridad, y no la libertad.

[24] Ello debería hacer reflexionar al Tribunal, que sigue apelando a la idea de los medios contundentes (cfr. *supra* nota 19): la exigencia de peligrosidad, como peligrosas son las armas, permite excluir algunos instrumentos contundentes menos peligrosos. El que antes pudieran subsumirse en el art. 501 *in fine* («armas u otros objetos peligrosos»), no lo permite siempre ahora («armas u otros medios igualmente peligrosos»). Cfr. en parecido sentido PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 413.

[25] Sobre el concepto de laguna y su referencia al «plan legislativo», cfr. BALDÓ LAVILLA, «Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito», en SILVA SÁNCHEZ, (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*, Barcelona, 1997, pp. 376-377, con abundantes referencias.

—según entiendo— para el uso de los medios peligrosos en casos de intimidación. El art. 242 parece pensado para casos de uso violento: su aplicación a casos de uso intimidatorio puede resultar desproporcionada, porque la pena resultaría excesivamente grave en comparación con la puesta en peligro de los bienes jurídicos afectados. Y, siendo desproporcionada, no se ha previsto una vía de atenuación específica. Nos hallamos ante una laguna legal, necesitada de completud para obtener soluciones más justas. Dicha operación quedaría justificada si se ofrecen soluciones que continúen el «plan legislativo» [26].

6. Para cubrir esta laguna, la jurisprudencia arbitra la solución de aplicar primero el tipo atenuado (rebaja un grado: pena entre uno y dos años de prisión), para después agravar en atención a los medios empleados (mitad superior: de año y seis meses a dos años): cfr. *infra* cuadro I. La decisión responde así a la exigencia de proporcionalidad entre el hecho y la pena a fijar en la sentencia [27]. Es decir: sería desproporcionado impedir la atenuación de la pena de aquel que empleó medios peligrosos pero no desplegó, a pesar de todo, una conducta lo suficientemente grave como para merecer la pena que va desde tres años y medio a cinco años de prisión. Parece correcto el planteamiento. Pero no lo es tanto decir que el apartado tercero sea compatible con la agravación por el elevado peligro. El precepto determina con claridad la *agravación* en virtud de la peligrosidad para la vida, integridad, salud y libertad (*a fortiori*); así como la *atenuación* en virtud de la menor entidad de la violencia o intimidación, además de otros elementos del hecho (*a contrario*). De nuevo: no parece posible robar *levemente* actuando *peligrosamente*. Según diversas resoluciones de la Sala Segunda, sí es posible.

Cuadro I

Prisión:	1-2	2-3	3-4	4-5 años
CP:	Art. 242.3	Art. 242.1		Art. 242.2
TS:				

[26] Cfr. BALDÓ LAVILLA, *ibidem*, p. 377. Por este motivo, entiendo que el precepto del art. 4.3.° CÓDIGO PENAL no impide alcanzar soluciones acordes con ese plan legislativo. Y ello porque la *Ley* a la que se refiere dicho precepto es algo más que las *leyes* (art. 4.1.°): cfr. en esta línea BACIGALUPO ZAPATER, «La "rigurosa aplicación de la Ley"», *ADPCP*, 1995, p. 854. Cfr., en cambio, muy restrictivo sobre el sentido del art. 4.3.°, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general, I, Introducción*, 5.ª ed, Madrid, 1996, pp. 173-174.

[27] Cfr. en este sentido el planteamiento de VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996, p. 1184 (los mismos en VIVES *et al.*, *Derecho penal. Parte especial*, 3.ª ed., Valencia, 1999, p. 415); PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 399 e HIDALGO BARAS, *EJMF*, VI (1999), p. 333.

7. La solución de hacer compatibles la atenuación y la agravación fue arbitrada en la sentencia de 21 de noviembre de 1997. Y encontró acogida en la decisión del pleno no jurisdiccional celebrado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 27 de febrero de 1998, según puede conocerse por las referencias expresas de diversas resoluciones posteriores a esa fecha [28]. De esta forma, se ha iniciado —y a la vez, consolidado— una línea jurisprudencial que pretende resultados de mayor justicia por respetar mejor la proporcionalidad. Dicha posición jurisprudencial no ignora, sino todo lo contrario, que la redacción de la Ley no resulta en este extremo la mejor de las posibles. El texto no se refiere expresamente a la atenuación de la pena del apartado primero [29]; tampoco el tipo agravado se refiere expresamente a la pena del supuesto atenuado. Pero dicha posición no desconoce, según percibo, que la pena resultante puede en otros casos, también de menor entidad, ser excesivamente reducida en atención a los medios empleados [30]. Parece como si la solución, decidida con cierta dosis de «mala conciencia», acabara por asumirse porque favorece al reo [31] (la pena no podrá rebasar los dos años [32]). Sin embargo, la decisión es criticable.

[28] Cfr., por ejemplo, las referencias expresas a dicha decisión del Pleno (no jurisdiccional) en las SSTS 12 de noviembre de 1998 (AP 124/99, ponente Granados Pérez); 17 de febrero de 1999 (AP 330, ponente De Vega Ruiz) y 26 de abril de 1999 (AP 485, ponente Delgado García). Esta última ofrece también una Exposición de Motivos y contenido de tal decisión. Cfr. el FJ 2.° *in fine* de la STS 2 de octubre de 1999: «Posteriormente esta tesis fue asumida por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 27 de febrero de 1998 y reiterada en la Sentencia de 30 de abril de 1998, siendo así la doctrina actualmente mantenida sobre el art. 242 del Código Penal.». Valoran positivamente este criterio e interpretación VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en *DP. PE*, p. 416.

[29] La solución contradice lo adoptado en otras resoluciones: «Tras declarar la imposibilidad de aplicar la atenuación del párrafo tercero del art. 242 en los casos de apoderamiento con uso de armas previsto en el párrafo segundo como subtipo agravado del robo (así p. ej. la S. de 5 de noviembre de 1997), esta Sala se ha decantado por la compatibilidad de ambos párrafos en su Sentencia de 21 de noviembre de 1997, cuyo criterio ha sido reiterado en posteriores resoluciones como la Sentencia de 13 de octubre de 1998, entre otras muchas» (cfr. FJ segundo de la STS 2 de octubre de 1999).

[30] En efecto, la pena no puede por esta vía superar la de dos años. La alternativa es fijar una pena que como mínimo se sitúa en tres años y seis meses, que en cambio puede aparecer como excesiva. Entre ambas opciones (prisión mínima de tres años y seis meses/prisión máxima de dos años) se abre una cesura (un año y medio de diferencia), que se salva, según la línea jurisprudencial en cuestión en favor de la aplicación de la menor de las penas. Pero de este modo ha de reconocerse que se posibilita sancionar más gravemente casos de robo *sin* instrumentos peligrosos que casos de robo *con* dichos instrumentos. En el primer caso, el art. 242.1 posibilita recorrer la pena en *toda* su extensión (piénsese en casos de robo con intimidación, mediante amenazas verbales «serias», tratándose de un autor reincidente; y compárese con la pena de ese mismo autor si lo hace mostrando una navaja —de aquellas navajas que en ciertas sentencias recientes no han impedido la atenuación (cfr. *supra* nota 20)—: ¡la pena puede ser menor en este segundo caso!

[31] Así, la STS 17 de febrero de 1999 (AP 330, ponente De Vega Ruiz), pero planteado de otro modo: si no se facilita la atenuación vía apartado tercero, se perjudicaría al reo —cosa que no es lo mismo.

[32] Con lo que ello supone a efectos del beneficio de la suspensión de la ejecución; o el límite de la pena del concurso real (triple de la más grave): art. 76.1.

8. Como se encuentra claramente recogido en la letra del precepto (art. 242.3), el legislador ha limitado la atenuación —facultativa— de la pena a los casos del primer apartado, supuestos básicos de robo (violento o intimidatorio) [33]. Pero si la mención del apartado tercero a los casos de menor entidad fuera *conceptualmente* compatible con el uso de medios peligrosos, podría plantearse la atenuación aunque se hubieran empleado tales medios. Es decir, la no atenuación en los casos del apartado segundo tendría sentido si éstos constituyeran una conducta conceptualmente incompatible con la del apartado tercero. Si el uso de armas y medios igualmente peligrosos se aprecia, y por tanto agrava, es porque se afecta, junto al bien jurídico patrimonio, a otras realidades, personales, de alto valor (vida, integridad, salud, libertad) [34]. Pero si se ponen en peligro estos bienes, personales, ¿cómo obviarlo para afirmar que la entidad de la intimidación o violencia fue menor? [35] No es posible robar *levemente* poniendo en peligro los bienes personales de la víctima: esta modalidad de robo, o es violento/intimidatorio o no es robo. Otra cosa es que el resultado de esta interpretación conduzca a resultados desproporcionados en la pena, que habrá que intentar paliar.

9. Por otra parte, la mención de los medios peligrosos es terminante: se impone la pena en la mitad superior. Pero su redacción tras lo previsto en el apartado primero plantea la duda de si se refiere sólo a los de dicha modalidad básica o a todo supuesto de robo (incluido el atenuable del apartado tercero). La redacción del apartado, centrada en el mero uso de dichos medios, sin restricciones, abona la interpretación de que agrava siempre: no hay diferencias en cuanto al supuesto de robo, sustrato de la agravación. Por tanto, cabe agravación en todo caso de robo, sea

[33] La redacción del apartado tercero es la propia de una remisión amplia a indicios o datos que (cumulativamente) permitirían atenuar. Lo cual no quita que pueda entenderse que el robo admitiría dos modalidades típicas: la básica (art. 242.1), y la atenuada (atenuable, tal y como se ha descrito en la Ley) por menor gravedad, deducida de diversas circunstancias (art. 242.3). No es posible tratar ahora la cuestión de si este apartado tercero es algo más que una cláusula de atenuación de la pena del robo.

[34] Así claramente en la STS 16 de junio de 1999 (AP 611, ponente Bacigalupo Zapater). Cfr. VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (coord.), *Comentarios*, p. 1185 (los mismos, en *DP. PE*, p. 416); y PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 411.

[35] Otro problema, que la STS 2 de octubre de 1999, como la de la Audiencia, pasa por alto, es que en los hechos probados (cfr. *supra* párrafo I.2) se hace referencia a dos asaltos en días sucesivos; y en cada uno de ellos contra dos personas. Es curioso que la valoración de la libertad de la víctima no llegue a entender que son dos los delitos de robo cometidos (en cada ocasión): cfr. en este sentido PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 410. Curioso y también chocante, pues la misma Sala Segunda, con buen criterio, rechaza la apreciación de delito continuado en casos de robo violento (cfr. CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *DP, II, PE*, p. 796), dada la naturaleza de los bienes en juego: lógica consecuencia de esta apreciación sería también la de tener en cuenta las víctimas amenazadas o violentadas en cada caso. En contra, la STS 6 de mayo de 1996 (A 4078/1996, ponente García-Calvo Montiel), que cita otras, en las que la pluralidad de víctimas no impide la apreciación de un único delito de robo. Plantea la cuestión HERRERO HERRERO, *Infracciones penales patrimoniales*, Madrid, 2000, p. 111.

básico, sea atenuable [36], salvo que semántica y teleológicamente no sea posible un «robo de menor gravedad agravado».

10. El art. 242 del Código Penal acoge dos baremos o criterios sobre la gravedad de la conducta: uno, genérico, el de la mayor o menor entidad de la intimidación, de la violencia, del apoderamiento, de la cuantía, etc. (apartados 1 y 3); otro, más específico, el de la mayor peligrosidad —y por tanto también mayor gravedad del hecho—, en virtud del uso de armas u otros medios peligrosos (apartado 2). Puede decirse que el uso de tales medios ha sido «desgajado» de los elementos que de otra manera habría de tener en cuenta el juez para valorar la gravedad del hecho. Al prever una agravación específica, obliga a tener en cuenta dicho dato para la agravación. Es decir, la propia ley guía la valoración con una pauta axiológica, muestra de mayor gravedad. Pero de esta forma, en cuanto a su contenido, difícilmente puede resultar compatible con la atenuación. De nuevo: no parece posible robar *levemente* actuando *peligrosamente*. No parece plausible que el legislador pensara en casos de robo de «menor gravedad agravados» por la cualidad de los medios empleados. Sin embargo, cabe pensar en casos que, *a pesar de* la peligrosidad de los medios, acabarían recibiendo pena excesivamente elevada. La misma realidad de los casos enjuiciados por la jurisprudencia estos años evidencia que en efecto se dan hechos que no merecen una pena tan elevada [37]. A pesar de ello, la letra de la Ley impide su atenuación: o robo agravado, o robo atenuado —parece decir—.

11. Según entiendo, la estructuración del sistema de conductas constitutivas de robo (violento/intimidatorio) debería permitir diferenciar axiológicamente la gravedad del robo *con* y *sin* medios peligrosos. Pero además, con el fin de evitar la desproporción en ciertos casos, debería arbitrarse la vía para atenuar (siquiera facultativamente). No bastaría entonces con alterar el orden de los actuales apartados segundo y tercero, de forma que la agravación fuera expresamente común a las modalidades básica y atenuada [38]. No bastaría porque, tal y como se configuran ahora las penas de dichos preceptos (mitad superior, para agravar; y reducción en un grado, para atenuar), no se plasmaría adecuadamente la diferente gravedad del más grave de los robos que merecen atenuación a pesar de emplear medios peligrosos y el menos grave de los robos básicos con medios peligrosos [39]. En efecto, al tratarse de una pena que se reduce en

[36] Así, por ejemplo, la STS 28 de octubre de 1998 (AP 68/99, ponente Marañón Chávarri).

[37] Cfr. *supra* nota 20. E, igualmente, se dan casos en los que cabe dudar de la necesidad de atenuación.

[38] Algo semejante, la propuesta que en su momento mencionaba —aunque no detallara— MANZANARES SAMANIEGO, *AP*, 1988, p. 1398: partir de un tipo de robo que incluyera el uso de armas y privilegiar en cambio el no-uso de éstas. La solución propuesta ahora en este trabajo parte de dos tipos de robo (el básico y el agravado), para desde éstos atenuar en casos de menor entidad, salvando el problema de la expresa restricción legislativa recogida en el art. 242.3 (cfr. *infra* III).

[39] Cfr. *supra* nota 30.

grado, es difícil prestar atención a los supuestos de gravedad intermedia. Ello podría atenderse mejor, por ejemplo, si las penas se hallaran solapadas, superpuestas. Pero la disposición actual de las penas aplicables abre una cesura entre la del robo en su mitad superior (de tres años y seis meses a cinco años) y la del atenuado (de uno a dos años). Posiblemente la pena idónea para prestar atención a dichos casos sea la que oscila entre los dos años (o algo menor) y los tres años y medio de prisión.

12. La solución que adopta el Tribunal Supremo es la de considerar *de facto* que el apartado tercero constituye una modalidad que, en términos lógicos, antecede a la agravación por medios peligrosos: la agravación rige para cualquier modalidad de robo, los contenidos en el tipo básico y en los atenuables. La interpretación que de este modo lleva a cabo el Tribunal Supremo es defendible por el resultado que alcanza en términos teleológicos para algunos casos. Pero es dudoso que lo sea así en todos los casos, además de ser difícilmente defendible en términos gramaticales y sistemáticos. Con ello incurre precisamente en el defecto de no poder prestar adecuada atención a los casos de gravedad intermedia, a lo que por lo demás obligaría la aludida idea de proporcionalidad. No se plasmaría adecuadamente la diferente gravedad del más grave de los robos atenuados a pesar de haberse empleado medios peligrosos y el menos grave de los robos con medios peligrosos [40]. Si los resultados no son siempre los buscados (proporcionalidad...), y la letra y lógica interna del precepto ofrecen obstáculos, parece que se requiere una fundamentación diferente, o la indagación de nuevas vías.

13. La solución adoptada no será inadecuada en algunos casos. Pero puede llevar a una diferencia de valoraciones que, lejos de conseguir el resultado pretendido, venga a parar en soluciones incorrectas, cuando no injustas [41]. Y es eso precisamente lo que pretendía evitarse al adoptar esta solución. Así puede suceder cuando el juez, al tener que decidir si aplica

[40] Con otras palabras: lo que el legislador ha configurado como un subtipo agravado, pasa a operar, siguiendo la línea jurisprudencial comentada, como una mera agravante (mitad superior, sea cual sea la pena a la que se refiera). No parece que sea ésta la idea del legislador.

[41] El propio Tribunal Supremo tiene declarado que el juicio de proporcionalidad corresponde al legislador a la hora de definir qué conductas sancionar y con qué penas, por lo que no pueden los tribunales acceder a tomar decisiones que comprometen la valoración de la gravedad efectuada por el poder legislativo. Una solución jurisprudencial como la aquí criticada viene, en definitiva, a proponer un criterio en la búsqueda de la proporcionalidad, del que —en la propia lógica de la jurisprudencia de la Sala Segunda— cabría dudar de su corrección. Ténganse en cuenta, además, otras resoluciones de la Sala Segunda en las que la proporcionalidad ha sido precisamente el motivo para llegar a soluciones más justas (cfr., para un caso de introducción de insignificante cantidad de droga en un centro penitenciario para un consumidor recluso, la STS 28 de octubre de 1996 [AP 99/1997, ponente Conde-Pumpido Tourón]). Y, por supuesto, considérese cómo la proporcionalidad es cada vez más argumento central en resoluciones del Tribunal Constitucional en los últimos años. Sobre este principio, cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (septiembre-diciembre de 1998), pp. 159-189; AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Madrid, 1999, *passim*.

la atenuación por menor entidad del hecho (y fijar una pena máxima de dos años), decida no atenuar, cosa que puede hacer, pues dicha disminución de pena es facultativa. Y cabe pensar que en los motivos del juzgador pesará un dato relevante: si se procede a la disminución en grado (de uno a dos años), por mucho que después se agrave fijando la pena en la mitad superior, dicha pena puede no ser proporcionada (entonces por defecto) a la superior gravedad (intermedia) del hecho. Luego si el juzgador se viera «obligado» —aplicando la solución hecha doctrina de la Sala Segunda después del 27 de febrero de 1998— a llegar a dicha pena, podría eludirla no haciendo uso de la facultativa reducción [42].

III.

1. Para que el propósito de evitar penas desproporcionadas sea efectivo y se lleve a cabo —además— de forma correcta, entiendo que la solución de la Sala Segunda requiere nuevos argumentos, más sólidos. Cabe pensar en algunos supuestos —ciertamente escasos— en los que sancionar con la pena del robo agravado (apartado segundo) sea desproporcionado. En este sentido, es comprensible el esfuerzo llevado a cabo por esta línea jurisprudencial (o, al menos, en su inicio). Sin embargo, como ya hemos visto, no resultan fácilmente separables la gravedad del *hecho* y el criterio más específico de agravación —también del hecho— por el uso de *medios* peligrosos. No sería vía adecuada la difícil operación intelectual de valorar la gravedad del hecho *con independencia de* los medios empleados (criterio genérico), para después tomar en cuenta la peligrosidad de los medios y fijar la pena en su mitad superior (criterio más específico). Este planteamiento pasaría por alto que la gravedad del hecho viene en buena medida configurada por la peligrosidad de lo empleado en su ejecución [43]. Igualmente pasaría por alto que la gravedad del hecho lo es de su ejecución, y ésta no puede desvincularse del medio empleado (como si al suprimir mentalmente la navaja esgrimida sin mediar palabra, quedara *algo* que se da en llamar todavía *intimidación*). Debe examinarse si otros criterios interpretativos, o incluso la vía analógica, permitirían alcanzar soluciones justas. A su vez, puede aportar alguna vía de solución proceder de forma analítica, discriminando los momentos de la ejecución del delito de robo. Para ello, sugiero a continuación algunos criterios.

[42] Por otra parte, pocas posibilidades quedan para contra-atacar tal decisión si, como entiende la Sala II, sólo en contados casos resulta revisable en casación. Cfr. STS 30 de enero de 1999 (AP 312, ponente Prego de Oliver y Tolivar); STS 22 de febrero de 1999 (AP 360, ponente Giménez García) y STS 8 de marzo de 1999 (AP 403, ponente Prego de Oliver y Tolivar): sólo revisable si resulta arbitraria su denegación.

[43] La línea jurisprudencial que defiende la compatibilidad parte —de acuerdo con la letra de la Ley— de que no son elementos de la culpabilidad del autor, sino del hecho, los que aconsejan la reducción en grado en virtud del apartado tercero: cfr. por ejemplo SSTS 26 de abril de 1999 (AP 485, ponente Delgado García) y 17 de febrero de 1999 (AP 330, ponente De Vega Ruiz).

2. En primer lugar, considero oportuno llamar la atención sobre la distinta naturaleza fáctica y conceptual de la violencia y la intimidación. A pesar de formar ambas un binomio tradicionalmente empleado en nuestro Derecho para caracterizar el delito de robo [44], la entidad, significado, dinámica comisiva, etc., de cada una de ellas es diferente. La violencia supone el ejercicio de la fuerza física sobre la persona. Mientras que la intimidación reside en la presión ejercida sobre la voluntad, que resulta doblegada, ante el anuncio de un mal grave, inminente, etc. [45]. Es preciso distinguir los casos cuando se afecta a la integridad, salud o integridad —aunque sea levemente— (violencia, sobre todo), de los que afectan a la libertad (intimidación, sobre todo). La libertad puede verse afectada de forma eficaz ya por vía comunicativa (anuncio de un mal). La vida, salud, etc., en cambio, requieren una intromisión, que sobre todo se produce con actos de violencia [46]. De esta forma, violencia e intimidación no son conceptualmente incompatibles: hay actos de violencia física que transmiten el significado, ya por sí, de anunciar un mal inminente y grave para la víctima si, por ejemplo, no hace pronta entrega de los objetos de valor que lleva consigo [47, 48]. Inversamente, otros hechos

[44] A la cual no es ajena en ocasiones la propia jurisprudencia (por ejemplo, en la STS 13 de octubre de 1998 [AP 5/99, ponente Prego de Oliver y Tolivar]), cuando se refiere a un delito de robo con violencia e intimidación como si se tratara de un conjunto homogéneo. Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, *AP*, 1988, p. 1398, donde señala que era este tratamiento uniforme uno de los motivos que hacían más criticable el anterior sistema de punición del robo; cfr. también BACIGALUPO ZAPATER, *PJ*, 5 (1987), p. 102, para los casos de intimidación violenta fingida (por ejemplo, con un arma de juguete).

[45] Así, «... lo mejor es servirse de los términos jurídicos latinos tradicionalmente empleados en este contexto, denominando *vis absoluta* a la supresión de la capacidad de formación de la voluntad y a la puesta de obstáculos insuperables a la capacidad de ejecución de la voluntad, y *vis compulsiva* al ataque contra la capacidad de decisión de la voluntad»: cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea», *ADPCP*, 1994-III, p. 294.

[46] Sin descartar las posibles lesiones psíquicas derivadas de los actos de intimidación: se aprecia una relación lógica de interferencia, que daría lugar a la apreciación de la violencia en detrimento de la intimidación.

[47] Considérense los hechos de la STS 13 de octubre de 1998 (AP 5/99, ponente Prego de Oliver y Tolivar): el acusado... «siguió a una mujer cuando caminaba por la calle insultándole y diciéndole "..., te voy a matar", a la que alcanzó golpeándola por todo su cuerpo con las manos, y que posteriormente cogió el bolso que portaba, con 3.000 ptas. y efectos personales no recuperados»: la sentencia de la Audiencia Provincial condenó por una falta de lesiones y otra de hurto, pero el TS en cambio condenó por delito de robo con violencia, salvando la no inmediatez de los golpes y el apoderamiento. La propia resolución se refiere al efecto intimidatorio de la violencia desplegada: «el ánimo de lucro ínsito al apoderamiento perpetrado se evidencia como la única razón del ataque personal cuya inmediata ejecución anterior aparece así como el medio empleado para la comisión de éste, en cuanto necesariamente posibilitó desde una perspectiva objetiva que el acusado se llevara el bolso de la víctima, afectada sin duda alguna por la situación de violencia intimidatoria desencadenada en los instantes precedentes como consecuencia de la agresión» (con cita de la STS 6 de mayo de 1996, en apoyo de tal solución). Cfr. también PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 405 y QUERALT JIMÉNEZ, *DP. PE*, p. 357 (apartado acc).

[48] Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *ADPCP*, 1994-III, p. 297, a propósito de los casos de *vis compulsiva conminatoria*, en los que la producción de un mal se encuentra conectada con la amenaza de proseguir o reanudar la producción de ese mal u otro diverso.

admiten ambas modalidades: comienzan siendo de intimidación y pasan a ser de ejecución violenta del mal anunciado [49]. Y en cambio, hay casos que se inician como intimidación y permanecen como tal; y otros, en fin, son violentos desde el inicio y no dejan de ser violentos. Estos dos últimos casos, por tanto, describen supuestos de o sólo violencia, o sólo intimidación. Los dos casos iniciales, en cambio, admiten la superposición de la intimidación y la violencia. Puede apreciarse una relación lógica de interferencia entre ambos ámbitos de significado: hay supuestos de sólo violencia, supuestos de sólo intimidación; pero también casos de violencia e intimidación, o de intimidación y violencia (a su vez, sucesivas o superpuestas).

3. En segundo lugar, si se admite que hay casos que permiten distinguir actos de violencia e intimidación sucesivos, debe reconocerse que es posible diferenciar dos momentos en el desarrollo de la ejecución. El delito patrimonial de enriquecimiento se orienta a la desposesión de la cosa. La desposesión requiere ejercer actos por parte del agente tendentes a *romper el nexo* de la posesión. El agente tiene la opción de romper cognitivamente el nexo entre el poseedor y la cosa; o bien, de romper los vínculos normativos entre poseedor y la cosa por entrega de ésta. En este último caso recurrirá a la intimidación, para doblegar la voluntad; en el primero, a la fuerza física [50]. A continuación —aunque no siempre

[49] Así, por ejemplo, quien mostrando a la víctima un objeto contundente, ante su resistencia a entregar la cosa solicitada, lo emplea lesionándola. En estos casos, «si concurren violencia e intimidación se califica de robo violento quedando consumida la intimidación.»: cfr. PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 404.

[50] Quedan además los casos en que se recurre al error de la víctima para apoderarse de la cosa por entrega de aquélla. HRUSCHKA, «Das Opferverhalten als Schlüssel zum System der Sachentziehungsdelikte», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. II (1994), p. 177 ss. (pp. 186-187), ha analizado los delitos patrimoniales de apoderamiento desde la óptica de la posición que adopta la víctima respecto a su «acto de transmisión» de la posesión. De dicho acto de transmisión la víctima «no responde», porque concurren en ella alguno de los supuestos (genéricos) en los que desaparece la responsabilidad: *vis* (*absoluta* o *compulsiva* —mejor: *necessitas cum adiunctione*—) e *ignorantia* (*facti* o *iuris*). No respondiendo la víctima por esa transmisión, el «problema se traslada» al que la desposee. De dichos supuestos de *vis* e *ignorantia* surgen las figuras típicas: la víctima «no responde» por transmitir la posesión en situación forzada —*vis absoluta*— (robo violento); «no responde», a su vez, por hallarse en error —*ignorantia facti*— (hurto); o bien por estar sometido a presión de su voluntad —*vis compulsiva*— (robo intimidatorio); o en fin por actuar en error sobre la valoración de sus actos —*ignorantia iuris*— (algunos supuestos de estafa).

Cfr. semejante, ya antes, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., trads. Cuello/Serrano, Madrid, 1997, apartado 7, núm. marg. 104a, segundo párrafo. Cfr. también los casos de instrumentalización de la víctima a merced del autor, que se imputarían (al menos preferentemente) al autor, en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Barcelona, 1998, p. 347 ss., con abundantes referencias; también, el mismo, «La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima ("imputación a la víctima")», *RDPC*, 2 (1998), pp. 80-81. También aporta en este sentido elementos estructurales de interés el trabajo de KINDHÄUSER, «Betrug als vertypte mittelbare Täterschaft», en SCHULZ/VORMBAUM, *Festschrift für Günter Bemmann*, Baden-Baden, 1997, pp. 339-361.

sea fácil diferenciarlos—, tienen lugar los actos de *apoderamiento*, siquiera parcial, que conducirán a la consumación del delito: en supuestos de violencia, es violento el acto de apoderamiento; en supuestos de intimidación, al anuncio del mal sigue la entrega de la cosa o la desposesión «violenta» (que no siempre llegará a ser la violencia típica del robo violento) por el autor [51]. En el cuadro II las abscisas representan el carácter de la conducta del primer momento; y las ordenadas el del segundo. Partiendo de la compatibilidad conceptual de violencia e intimidación, y de la distinción de dos momentos en la ejecución, es posible entonces separar [52]: a) supuestos de actos iniciales violentos que hacen violento el apoderamiento [V/V]; b) actos violentos que pasan a ser intimidatorios, acaeciendo seguidamente el apoderamiento [V/I]; c) lo mismo que es posible que se inicien con intimidación y degeneren en violencia, con apoderamiento violento [I/V]; o d) en cambio, no pasen de ser intimidación, con el subsiguiente apoderamiento [I/I].

Cuadro II

	Intimidación	*Violencia*
Intimidación	I/I	V/I
Violencia	I/V	V/V

4. En tercer lugar, la peligrosidad de los medios lo es respecto a la idoneidad para producir la afectación —cognitiva en la violencia, normativa en la intimidación— a la víctima [53], que conducirá a su desposesión. De esta forma, entre la conducta inicial (fuerza o intimidación) y el efecto (desposesión) se precisa una respectiva relación de idoneidad [54]. La apariencia de lo que se transmite en el contexto [55] en que se producen los hechos es elemento relevante de la intimidación; mientras que para la violencia, lo básico reside en el ejercicio mismo de la fuerza sobre la víctima. La intimidación se dirige a doblegar la voluntad del

[51] La violencia e intimidación son instrumentales para lograr el apoderamiento: cfr. PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, pp. 404-405; QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO (dir.), *Comentarios*, p. 1102; GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, Valencia, 1998, p. 174; SÁNCHEZ TOMÁS, en *DP, PE, II*, p. 124 y HERRERO HERRERO, *Infracciones*, pp. 104-106. En contra, para el caso de la violencia, no así para la intimidación, CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *DP, II, PE*, p. 795.

[52] Prescindo ahora de considerar la posibilidad de hechos intentados.

[53] Por eso se entiende la doctrina jurisprudencial de la intimidación, para la que basta con el anuncio de un mal, aunque el medio empleado resulte absolutamente inidóneo para causarlo: bastaría con su apariencia de idoneidad para que sea intimidatorio. Crítico frente a esta posición, MANZANARES SAMANIEGO, *AP*, 1988, pp. 1398-1401.

[54] En este sentido, aunque sin mencionar dichas estructuras, cfr. la STS 3 de febrero de 1998 (A 418, ponente Martín Pallín), que se refiere a que la intimidación debe «alcanzar una determinada entidad, de tal manera que sea suficiente para hacer surgir en la víctima un temor racional y fundado a sufrir un daño...». En la doctrina, cfr., por todos, SÁNCHEZ TOMÁS, *La violencia*, pp. 99-100.

[55] Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, *AP*, 1988, p. 1399.

poseedor, por lo que deben tenerse en cuenta factores contextuales y de la propia víctima, de los cuales depende ciertamente la mayor o menor vulnerabilidad frente al mal anunciado [56, 57]. Por tanto, si lo que se valora es la peligrosidad de los medios empleados, ésta será distinta si lo es para generar intimidación o para generar violencia [58]: el «uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos» [59] no reviste el mismo

[56] Cfr. PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 402 y QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO (dir.), *Comentarios*, p. 1101.

[57] Sin que por ello la intimidación sea mero producto de la representación de la víctima intimidada: entiendo que es preciso introducir correctivos de carácter normativo, propios de las categorías de la imputación objetiva, para evitar que todo factor que amedrente a la víctima pase a ser constitutivo de amenazas o intimidación para el robo. La posición de Bacigalupo es restrictiva en otro sentido: cfr. BACIGALUPO ZAPATER, *PJ*, 5 (1987), pp. 102-105, donde critica la adopción jurisprudencial, y de parte de la doctrina, de tesis subjetivas (desde la posición de la víctima) sobre la intimidación. Cfr. también para el caso de la intimidación en un supuesto de delitos contra la libertad sexual, la STS 3 de mayo de 1999 (AP 477, ponente Bacigalupo Zapater): «A los efectos del dolo es suficiente, por el contrario, con que el autor haya sabido que su acción se desarrolla en un contexto que por sí mismo es intimidante para la otra persona, es decir, que haya conocido que su conducta —según la experiencia— tenía significación intimidante. Precisamente este conocimiento lo tuvo el acusado, dado que sabía cuál era su posición respecto de la víctima y cuál era la situación en la que ésta se encontraba. Por lo tanto, conviene subrayar que la intimidación contenida en el texto de los arts. 178/179 CP no describe en el tipo objetivo una reacción psicológica de la víctima, sino una situación en la que ésta, según la experiencia general, se encuentre en una situación que normalmente debe limitar su capacidad de acción y de decisión. [...] Dicho de otra manera, la intimidación es un elemento de la acción del sujeto activo y no una reacción subjetiva (psicológica) de la víctima». Esta idea sobre la intimidación conduciría, coherentemente, como el propio Bacigalupo reconoce (cfr. en *PJ*, 5 (1987), p. 104), a afirmar el robo aun en casos en que la víctima no percibe comunicativamente el anuncio de un mal futuro: «los casos en los que el autor haya realizado una amenaza real de violencia y, sin embargo, no haya producido ningún temor en la víctima (por ejemplo porque ésta no percibió las circunstancias intimidantes del hecho, sea por una falsa percepción, o porque es un ciego, o por simple desatención), el robo se habrá consumado, si el autor, de todos modos, logró apoderarse de la cosa». En estos casos me inclino a apreciar más bien una tentativa (no del mal futuro anunciado, sino de la amenaza o intimidación en sí), impune por no constituir todavía «principio» de ejecución «directamente»), que daría lugar a la sanción en su caso por delito de robo violento (si se despoja así a la víctima), hurto, etc. Prefiero, por tanto, restringir el tipo en su aspecto objetivo; partidario de una objetivación de la intimidación, QUERALT JIMÉNEZ, *DP. PE*, p. 365.

[58] Cfr. PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 402, que desconecta la idoneidad del medio intimidante de la idoneidad para causar el mal amenazado. En contra, SÁNCHEZ TOMÁS, en *DP, PE, II*, p. 129, núm. 32, quien exige que «el arma o medio utilizado ha de ser objetivamente peligroso e idóneo para la lesión de la integridad física o la vida», siguiendo a MANZANARES SAMANIEGO, *AP*, 1988, p. 1400.

[59] Y además, el mero porte de dichos objetos, sin contenido intimidatorio o violento (es decir, sin que sea conocido por sujetos distintos al agente), no permite fundar la aplicación del subtipo agravado: cfr., por todos, DE VICENTE MARTÍNEZ, *AP*, 1997, p. 835. En este sentido la regulación de los §§ 242 y 250 StGB, tras la reforma de 1998 (6.ª ley de reforma penal) resulta deficiente en comparación con el precepto español del art. 242.2. En efecto, la regulación alemana agrava los delitos de robo cuando el sujeto «lleva consigo» armas u otros instrumentos peligrosos al realizar la conducta. Dicha regulación permite pocos matices de la gravedad de la conducta en virtud de la peligrosidad de los medios; o al menos permite menos matices que nuestro art. 242. Por otra parte, proponen algunos que dicha ausencia de matices sobre la peligrosidad sea contrarrestada con una exigencia subjetiva consistente en la comprobación de la intencionalidad de usar dichos medios:

contenido en casos de violencia que en casos de intimidación [60]. Paradigmáticamente, que el autor afirme que, si no se le hace entrega del dinero, pinchará con una *inexistente* jeringuilla infectada con el virus del SIDA, constituye una intimidación eficiente y eficaz quizá, pero no un «medio» peligroso para ejercer violencia [61, 62]. La redacción de los preceptos relativos al delito de robo no parece favorecer los matices entre lo violento y lo intimidatorio [63]. Y sin embargo, estos matices son

cfr. en este sentido MITSCH, «Die Vermögensdelikte im Strafgesetzbuch nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz», *ZStW*, 111 (1999), pp. 80 y 102; con otras soluciones, HÖRNLE, «Die wichtigsten Änderungen des Besonderen Teils des StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts», *Jura*, 1998, p. 173.

[60] Discrepo, por tanto, de quienes ven una infracción del *ne bis in idem* si se aplica el subtipo agravado, debido a que el uso de armas es precisamente lo intimidatorio, de forma que se tomarían doblemente en cuenta dichos medios, como agravatorios y como básicos (GONZÁLEZ RUS, en COBO (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial, I*, Madrid, 1996, p. 626, quien sólo lo restringe para los casos de intimidación sobre terceros; y DE VICENTE MARTÍNEZ, *AP*, 1997, p. 837). Discrepo, en cuanto el art. 242.2 prevé un subtipo agravado que requiere los elementos del apartado primero, como también los del art. 237. Entendido así, no hay problemas de *bis in idem*, como tampoco los hay en los tipos que se hallan entre sí en relación lógica de inclusión: criterio de especialidad en el concurso de leyes. Si se considera el apartado segundo como una mera circunstancia agravatoria, la consecuencia podría ser distinta; pero no parece defendible esta apreciación: cfr. *supra* nota 40.

[61] Cfr. STS 1 de septiembre de 1999 (LL 11517, ponente Marañón Chávarri): no se posee la jeringuilla que se menciona para amedrentar. En dicha resolución, se entendió que la entidad de la intimidación no podía considerarse de menor entidad (cfr. FJ 2.°), pero tampoco se plantea la agravación por el uso de medios peligrosos, ya que la apreciación de una eximente incompleta con la consiguiente rebaja de pena y fijación de un año de prisión, no permite conocer al lector si se rebajó desde la mínima del apartado segundo o del apartado primero, por lo que se obvia la cuestión mencionando un mero error material de cita, irrelevante para los efectos del recurso (cfr. FJ 1.°).

La STS 26 de marzo de 1999 (AP 450, ponente Giménez García) no atenúa en un caso en que se amenazó con sacar una pistola, que no se llegó a mostrar; considera *obiter dictum* que son compatibles la agravación y la atenuación.

[62] Aparte, los casos en que el anuncio de un mal futuro provoca lesiones en breve plazo (la víctima cae del susto sufriendo lesión). Para casos como éste habría que reconocer la peligrosidad, en su caso, del medio sólo si en términos de imputación objetiva constituye un riesgo típicamente relevante en el sentido del tipo de lesiones en cuestión, cosa que estaría por ver.

[63] El concepto de intimidación que emplea Bacigalupo no incluye los casos de empleo de medios fingidos (que carecen de aptitud para producir el mal anunciado): cfr. BACIGALUPO ZAPATER, *PJ*, 5 (1987), p. 103. De forma explícita: «lo que debería fundamentar el agravamiento del robo respecto del hurto no debe deducirse de las consecuencias de la acción sobre el sujeto pasivo. Ante todo porque es preciso que la acción intimidante misma sea realmente equivalente al ejercicio de violencia sobre la víctima. De no ser así, la consecuencia jurídica sería arbitraria. En la agravación del robo respecto al hurto, por lo tanto, debe ejercer una función preponderante la alta peligrosidad personal que pone de manifiesto el autor con su hecho; las consecuencias (el temor) producidas sobre el sujeto pasivo, por el contrario, tendrán un carácter secundario». Participo de la misma inquietud de impedir una asimilación infundada de la gravedad del delito de robo violento y el intimidatorio (cfr. *supra*, párrafo III.2), pero ello puede llevarse a cabo por otra vía: la restricción o rebaja de la penalidad con base en una analogía *pro reo* con lo señalado en el apartado tercero del art. 242, que permita llegar a una solución más ajustada a la necesaria proporcionalidad. Por esta razón, en lo que alcanzo, discrepo de la argumentación de Bacigalupo (cfr. *ibidem*, p. 104) sobre lo correcto que resultaría condenar por robo intimidatorio el mostrar

fundamentales si lo que se busca es la proporcionalidad, como pretende el Tribunal Supremo [64].

5. Parece posible afirmar que la peligrosidad de los medios respecto a la violencia —al menos desde que éstos se exhiben— genera a la vez elevada peligrosidad a efectos intimidatorios. No así a la inversa: no todo medio peligroso para intimidar genera igual peligro al ser usado de forma violenta, ya que puede faltar *ex post* su anunciada potencialidad lesiva. Por tanto, en supuestos violentos, la peligrosidad de los medios empleados se confirma con su mera utilización [65], porque el uso del medio es ya la violencia en sí, calificable al menos como tentativa del delito (de lesiones, etc.) en cuestión. En los casos de uso intimidatorio la situación presenta una fisonomía distinta: la peligrosidad del medio con el que se intimida no siempre produce el mal tan relevante que inicialmente se comunica. Transmite, eso sí, la imagen, muchas veces con fundamento, de que se producirá un mal a la víctima. Sin duda la peligrosidad que merece la agravación del apartado segundo es la propia de los supuestos violentos. Así cabe afirmarlo por el sentido de esta agravación: el mayor peligro para otros bienes jurídicos [66].

una pistola cargada a una persona invidente, que no percibe dicha arma, pero a quien se toma por vidente, para a continuación apoderarse de la cosa. Dicha conducta es, en cuanto a la imputación subjetiva, abarcada como un riesgo por la representación del agente; pero en cuanto al contenido de riesgo objetivo para intimidar (condicionar la voluntad de la víctima) no es suficiente: me parece más bien un problema de imputación objetiva entre el empleo de tales medios y el efecto de amedrentamiento.

[64] Cfr. la argumentación en sentido semejante de MANZANARES SAMANIEGO, *AP*, 1988, p. 1398; y también de BACIGALUPO ZAPATER, *PJ*, 5 (1987), p. 103, a pesar de las diferentes soluciones propuestas. Es más, esta apreciación podría llevar a plantearse si el tradicional binomio «violencia e intimidación», empleado para constituir el delito de robo, habría de separarse si se desean tomar decisiones atentas a la distinta gravedad en cada caso concurrente. No es una cuestión que podamos resolver ahora en estas líneas, pero cabe decir que la relación entre amenazas y coacciones no es la misma que media entre el robo intimidatorio y el violento, respectivamente.

[65] La jurisprudencia en ocasiones (STS 24 de febrero de 1999, AP 370, ponente Martínez-Pereda Rodríguez) ha entendido que basta la mera exhibición del medio peligroso para que sea posible la agravación, sin que quede absorbido el desvalor de los medios peligrosos intimidantes en la intimidación aplicando el tipo básico. En otras ocasiones (cfr. STS 26 de noviembre de 1999, AJA 421/35, ponente Jiménez Villarejo) entiende que no es suficiente exhibir el arma (un machete) para apreciar el subtipo agravado, sino que es preciso utilizarla según su destino natural, aunque éste sea sólo amenazante. En contra de aplicar el subtipo agravado a casos de uso de medios únicamente amenazantes, QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO (dir.), *Comentarios*, p. 1114, por lo que concluye que se trata de una agravación del robo violento; DE VICENTE MARTÍNEZ, *AP*, 1997, p. 836; SALINERO ALONSO, *AP*, 1999, p. 533 y GARCÍA VALDÉS, *Derecho penal práctico*, p. 275. Sobre esta cuestión, cfr. *infra*, párrafo III.9.

[66] Pero a la hora de determinar los bienes jurídicos que fundamentan la agravación existen diferencias: entre quienes los centran en la vida, integridad y salud —cfr. PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 411; DE VICENTE MARTÍNEZ, *AP*, 1997, p. 835; HERRERO HERRERO, *Infracciones*, p. 112—, y los que dan entrada además a la libertad, para los casos de la intimidación —MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, en SERRANO BUTRAGUEÑO (coord.) *et al.*, *Código Penal de 1995 (comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998, p. 1204; no lo descarta GONZÁLEZ RUS, en *Curso, I*, p. 625—. Restringido sólo al riesgo inherente al uso de armas, HIDALGO BARAS, *EJMF*, VI (1999), p. 325.

Pero el legislador —al no distinguir— ha permitido que también se aplique en casos de robo intimidatorio [67]. También para intimidar pueden emplearse medios que transmiten la información de un muy elevado peligro. Pero en estos casos, el peligro no se toma en cuenta en lo que se refiere a la realización de un mal, sino a su mero anuncio. Podría decirse que el peligro elevado, transmitido a través de medios intimidatorios, no siempre se confirma en su efectiva realización; y sin embargo, el delito existe igualmente; la pena abstracta es la misma; la agravación en principio igualmente posible [68]. Estos casos —a pesar de su equiparación en el art. 242— no llegan a ser tan graves como los violentos, en los que la peligrosidad del medio se confirma en su empleo mismo [69]. Pienso que en los supuestos de medios peligrosamente intimidatorios sería posible la atenuación, a pesar de la peligrosidad, *si ésta no se ve confirmada* en su utilización. Quien ataca a la libertad con medios peligrosos idóneos para provocar una percepción de elevado riesgo *futuro* de la víctima, merece la agravación. Pero también debe considerarse que si dicho mal futuro no llega a ejecutarse, carezca el juez de motivos para mantener una pena tan grave (incluso la mínima: tres años y medio) como en el caso de uso de medios peligrosos en supuestos violentos [70].

6. La intimidación supone el anuncio a la víctima de un mal más o menos inminente [71], ante el cual se produce la «entrega» o desposesión de

[67] Cfr. *infra* nota 79 sobre la posición de Manzanares para el antiguo art. 501 *in fine*.

[68] De otra opinión, BACIGALUPO ZAPATER, *PJ*, 5 (1987), pp. 103-105.

[69] De hecho, la solución arbitrada por la Sala II respecto a la compatibilidad de los dos apartados, se viene aplicando en supuestos de robo intimidatorio, a pesar de que se hacía mención desde la STS 21 de noviembre de 1997 a ambas modalidades. En este sentido, es explícito el texto de la STS 14 julio de 1999 (AP 666, ponente Conde-Pumpido Tourón): «Es cierto que esta Sala ha considerado que no existe una absoluta incompatibilidad entre la apreciación de las circunstancias 2.ª y 3.ª del art. 242 (...), pero dicha compatibilidad sólo resulta procedente en supuestos excepcionales en los que: a) la utilización del arma se limita a mera exhibición, sin uso agresivo, de instrumentos de no acentuada peligrosidad». La STS 2 de octubre de 1999, es menos explícita, pero reconoce que la compatibilidad es posible «en los casos, entre otros, de amenazas puramente verbales y sin concreción del mal con el que se pretende causar miedo; e incluso cuando hay amenazas con «mera exhibición» de alguna clase de arma u objeto peligroso, lo que resulta compatible con la aplicación del art. 242.3.°» (FJ 3.°, *in fine*). En cambio, no faltan resoluciones en las que la aplicación del arma sobre la víctima no impide la atenuación: cfr. STS 17 de febrero de 1999 (AP 330, ponente De Vega Ruiz); mientras que en otras, mostrar un machete que se lleva a la cintura no permite agravar, pero tampoco atenuar: cfr. STS 26 de noviembre de 1999 (AP 173/2000, ponente Jiménez Villarejo).

[70] Con carácter más general plantea PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 403, emplear como parámetro interpretativo el que el legislador haya asimilado las dos figuras de robo en el mismo precepto, «de manera que la entidad de la intimidación exigida para el tipo atenuado y para el tipo básico deben ser valorativamente similares a la violencia requerida en los mismos casos».

[71] Este elemento (la proximidad o inminencia del mal con el que se conmina) posee relevante sentido político-criminal, al permitir identificar un mayor contenido de injusto que los casos genéricos de amenazas y coacciones. Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *ADPCP*, 1994-III, p. 296.

la cosa [72]. Pero la efectiva producción de dicho mal no es relevante en cuanto tal intimidación trasciende a la entrega de la cosa. Estamos, por tanto, ante supuestos que responden a la estructura de delitos de resultado cortado. Dichas estructuras configuran el contenido de injusto por lo que la acción puede llegar a producir, sin necesidad de que esto efectivamente se produzca. Si además esta acción o efecto trascendente se produce, el legislador suele prever una agravación [73], o deberá recurrir a los concursos para abarcar el desvalor completo. En cambio, cuando se trata de ejercer violencia sobre la víctima, estamos ante estructuras propias de los delitos de resultado [74]. En éstos, la producción de la fuerza sobre la víctima es lo que configura y cualifica la desposesión, sin que exista un efecto trascendente. Esto permite entender que el anuncio de un mal no seguido de ejecución es de menor gravedad que la violencia. Pero como el precepto relativo al robo (art. 242) no distingue, es el juez quien debe discriminar los diversos supuestos, y valorar como más grave lo que afecta más relevantemente a bienes personales. Al hacerlo así, obra como el legislador, que distingue en los delitos de resultado cortado el delito en sí, del mal trascendente. Este mal, caso de producirse, podrá agravar la responsabilidad inicial, o configurar un delito distinto (en concurso). En consecuencia, hay motivos para afirmar que los supuestos de *anuncio de un mal con medios peligrosos* (intimidación) *que no van seguidos de efectiva peligrosidad como violencia anunciada*, podrían acogerse a la reducción de pena del apartado tercero. Son supuestos de uso de medios peligrosos no empleados en ejercicio de violencia; o de medios peligrosamente intimidatorios pero no aptos para ser así peligrosos en su uso violento [75].

7. Quedaría, sin embargo, por superar la dificultad que ofrece la clara dicción literal del apartado tercero: sólo se prevé la atenuación para los casos del apartado primero. Pero sería posible superarlo en virtud de analogía, a favor del reo [76]. En efecto, cabe establecer analogía con el

[72] Cfr. *supra* nota 50 donde se recoge el planteamiento de HRUSCHKA sobre la (i-) responsabilidad de la víctima en los delitos patrimoniales por carecer de los elementos para fundamentar la imputación: concurren *vis* (absoluta o compulsiva) o *ignorantia* (de hecho o de derecho) en su acto de transmisión de la posesión.

[73] Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *ADPCP*, 1994-III, p. 289.

[74] Así, para ambos supuestos de coerción (mediante amenazas y violencia), cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *ADPCP*, 1994-III, p. 291.

[75] En contra, DE VICENTE MARTÍNEZ, *AP*, 1997, p. 835, que propone, desde la fundamentación de la agravación en el mayor peligro para bienes jurídicos como la vida o integridad, restringir la aplicación del subtipo agravado a los casos de medios idóneos o con capacidad real de ser usados con tal peligro.

Por otra parte, la STS 6 de noviembre de 1999 (AP 77/2000, ponente Bacigalupo Zapater) parece acoger un criterio semejante a éste: «se debe agregar que, por regla, el art. 242.3 CP. no será aplicable cuando el autor ha empleado armas. Aunque esta hipótesis no haya sido excluida en forma absoluta de nuestra jurisprudencia en la aplicación de esta disposición, lo cierto es que si el arma tenía la posibilidad real de poner en peligro la salud o la vida del sujeto pasivo, la gravedad del hecho no podrá ser considerada de poca consideración».

[76] Sobre el procedimiento analógico como medio de integración de lagunas, cfr. BALDÓ LAVILLA, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, pp. 381-383.

apartado tercero, debido a que la *ratio* de éste reside en la menor gravedad. La menor gravedad lo es respecto a una gravedad distinta, superior (es comparativa). Y en este caso debe compararse con la pena que resultaría de aplicar la agravación por medios peligrosos si se tratara de robo violento. En relación a éste, la pena sería efectivamente desproporcionada. La menor gravedad se percibe, por otra parte, en virtud de cómo operan las estructuras de delitos de resultado cortado: la no producción del hecho o resultado trascendente no afecta a la gravedad del tipo, pero no así si aquéllos se producen. Cuando se realiza el mal trascendente, procederá la agravación (expresa o por la vía de concursos) [77]. Lo mismo sucedería en este caso: si el medio peligroso para intimidar se utiliza efectivamente para producir el mal anunciado, estaríamos ante un delito de robo violento. Y será entonces el juez quien deba modular la pena dentro de la señalada en el apartado segundo para plasmar la distinta gravedad del suceso intimidatorio-violento. Pero la pena «imponible» (de tres años y seis meses a cinco años) no debería impedir que, si el hecho efectivamente es menos grave, la pena descienda por debajo del límite mínimo. Debido a esta analogía con el contenido del apartado tercero, la pena descendería un grado desde la señalada en el segundo.

Así se recoge gráficamente en el cuadro III, que permite comparar esta propuesta con la del Tribunal Supremo.

Cuadro III

Prisión:	1-2	2-3	3-4	4-5 años
CP:	242.3	Art. 242.1		Art. 242.2
TS:				
Propuesta:				

8. Otra solución sería la de dejar de aplicar la agravación por el uso de medios peligrosos [78, 79]. Pero me parece más correcto rebajar la pena

[77] Los delitos de resultado cortado, como tipos incongruentes (incongruencia entre lo subjetivo y objetivo), guardan cierto paralelismo con otra de las estructuras de ese género, la tentativa (cfr. en este sentido, MIR PUIG, *DP. PG*, 9/38, como tipos incongruentes). En cierto modo, el recurso a la analogía participaría de ese término de comparación también en esto: la intimidación como supuesto incongruente va seguida del apoderamiento (consumado). La estructura, por tanto, encierra un primer momento intimidatorio, incongruente, seguido de uno consumado de resultado (el apoderamiento). Como señala BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *ADPCP*, 1994-III, p. 292, la tipificación de las amenazas condicionales en nuestra legislación (histórica y actual) adelanta las barreras de punición: lo que de otro modo sería tentativa acabada, pasa a ser consumación, al definirse el tipo por la imposición de la condición.

[78] Ésta parece ser la solución adoptada por la STS 12 de abril de 1999 (AP 468, ponente Marañón Chávarri), aunque se mencione que es la indefinición en la descripción para probar suficientemente la peligrosidad del medio (objeto acabado en punta aplicado sobre el cuello de la víctima), lo que le lleva a subsumirlo en el tipo básico del apartado primero.

en un grado desde el mínimo de la pena del supuesto agravado. Con ello, según lo que dispone el Código para el descenso en grado en el art. 72, la pena resultante sería la prisión desde tres años y medio a un año y nueve meses (justo la pena impuesta para cada delito en la sentencia de 2 de octubre de 1999) [80]. En apoyo de tal solución, como hemos efectuado, obraría la necesidad de diferenciar la gravedad del hecho en los casos de violencia y de intimidación. La solución de dejar de aplicar simplemente la agravación podría ser correcta en un sistema que no previera atenuación alguna. Pero a la vista del actual sistema de punición del robo, son pensables casos intermedios que no merecen la agravación y carezcan a su vez de motivos suficientes para conducir a la atenuación. La expresa restricción de esta atenuación en el apartado tercero puede superarse recurriendo a la analogía. Solución más correcta sería contar en la propia ley con una posibilidad expresa de pena atenuada también para estos casos; o bien, restringir todavía más en la letra del precepto la referencia a los medios empleados. La reforma del actual apartado segundo sería la vía adecuada.

9. Distinto puede ser el tratamiento de los casos que se inician como intimidación y degeneran en violencia. El recurso a la violencia con el medio que ya es peligroso para intimidar no siempre irá unido a peligrosidad en su uso violento. Según hemos afirmado, la idoneidad para intimidar no es la misma que para producir efectos de la violencia sobre la vida, integridad, etc. Por eso, en la medida en que el medio empleado presenta peligrosidad intimidatoria, y su uso subsiguiente sea violento aunque sin ser igualmente peligroso, podrá también merecerse la atenuación. Piénsese en casos de intimidación con objetos de elevada carga de peligro por su apariencia (intimidatoria), pero carentes de virtualidad lesiva relevante: por ejemplo, una pistola de juguete no apta para golpear siquiera. Evidentemente dicho instrumento posee capacidad para

Para BACIGALUPO ZAPATER, *PJ*, 5 (1987), p. 103, no es posible sancionar por delito de robo (art. 500 Código Penal 1973) los casos de intimidación con males violentos fingidos, o uso de armas inútiles o descargadas (y no cargables); para PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, pp. 413 y 414, así debería ser, dejando de aplicarse el subtipo agravado, cuando la peligrosidad del medio no sea tal: utilización de armas descargadas, de armas inútiles como tales armas, etc. Cfr. también MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 12.ª ed., Valencia, 1999, p. 386. Dicha solución resulta correcta en cuanto a su orientación teleológica; no me parece, sin embargo, adecuada a la naturaleza comunicativa e intersubjetiva de la intimidación. La solución más adecuada, me parece la ahora propuesta: rebajar la pena desde el límite mínimo del subtipo agravado.

[79] Para MANZANARES SAMANIEGO, *AP*, 1988, pp. 1401-1402 y DE VICENTE MARTÍNEZ, *AP*, 1997, pp. 835-836, la figura agravada por el uso de tales medios no debería aplicarse en supuestos intimidatorios, y reservarse en cambio para casos de robo violento. Crítico frente a la equiparación de las armas en casos de peligro real y aparente se muestra QUERALT JIMÉNEZ, *DP. PE*, p. 361.

[80] Si se entiende que se trata de un subtipo agravado (cfr. *supra* referencias en nota 10), desciende la pena desde dicho límite inferior de tres años y medio. Cfr. así GOYENA HUERTA, en *El hurto*, pp. 141-142. Correctamente, para determinar la pena dentro del margen establecido en el art. 242.2, cfr. la STS 27 de septiembre de 1999 (AP 761, ponente Prego de Oliver y Tolivar).

producir impresión de un elevado mal a la víctima, y ésta así se lo representa: consigue efectos intimidatorios en un contexto intersubjetivo. Pero dicho peligro no existe igualmente cuando se trata de valorar la violencia, acto que responde a la estructura de los delitos de resultado.

10. Quedaría todavía por tratar una cuestión adicional. La que se plantea cuando el uso de medios peligrosos (armas u otros instrumentos) resulta eficaz para el robo, pero también para las lesiones producidas. Se trata en definitiva del tratamiento concursal que plantean los preceptos de las arts. 148 y 242.2. Entiendo que si nos encontramos ante un robo con empleo de medios peligrosos en el que se producen lesiones, debería aplicarse la pena del art. 242.2 en su mitad superior, por agravación (concurso ideal) de éste. Las infracciones concurrentes serían las de los arts. 242.2 y las lesiones que en cuestión se presenten (pero no las del art. 148, para evitar una doble sanción del mismo elemento). De este modo, deja de aplicarse el tipo del art. 148. Se posibilita así una pena de prisión desde cuatro años y tres meses a cinco años [81, 82], salvo que en virtud de lo dispuesto en el art. 77.2 *in fine* corresponda otra pena (menor). En cambio, el robo violento con medios peligrosos que no genera lesiones podría sancionarse con la pena de prisión de tres años y seis meses a cinco años [83] (art. 242.2); por último, los casos de robo intimidatorio con

[81] La razón de ello estriba en que el precepto del art. 148 *faculta*, pero no obliga a agravar; además, la pena resulta inferior a la del art. 242.2 (se prevé en el art. 148 la pena de prisión de dos a cinco años), de forma que el art. 8.4.ª (alternatividad), que obliga a comparar las *penas*, daría entrada al art. 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 de 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 contra la integridad y el patrimonio: prisión desde cuatro años y tres meses a cinco años.

El TS se ha ocupado de esta cuestión al menos en dos sentencias: cfr. STS 18 de noviembre de 1999 (LL 4031, ponente Ramos Gancedo), que cita la de 30 de septiembre de 1997, en igual sentido. La solución acogida es la de evitar el *bis in idem* sancionando por el delito de robo agravado y las lesiones agravadas, por lo que no aplica el art. 148.

[82] Se decide por anteponer la aplicación de las lesiones peligrosas, en cambio, SÁNCHEZ TOMÁS, en *DP. PE, II*, p. 130, núm. 33, con base en el fundamento de la agravación del apartado segundo, el mismo que el de las lesiones agravadas (cfr. *ibidem*, núm. 32 *in fine*). VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (coord.), *Comentarios*, p. 1184 sugieren, sobre la compatibilidad en algunos casos del delito de robo con medios peligrosos y el correspondiente delito violento, una solución diferenciadora del peligro de la conducta en cada situación (cfr. los mismos, en *DP. PE*, p. 415).

Por su parte, para TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 735, son 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».

[83] 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).

medios peligrosos, pero no empleados peligrosamente de forma violenta o carentes de peligrosidad para su uso violento, podrían sancionarse con la pena de prisión que media entre un año y nueve meses a tres años y seis meses, siguiendo la interpretación aquí propuesta (descenso de la pena desde la prevista en el art. 242.2) [84]. Quedarían aparte el tipo básico, con pena entre dos y cinco años de prisión, para los casos de robo sin medios peligrosos, pero dotados de gravedad por motivos distintos al de los medios empleados (art. 242.1); y el tipo atenuado para los casos que merecen la rebaja de la pena (art. 242.3).

IV.

1. Esta tesis se aparta parcialmente de la solución arbitrada por la Sala Segunda en esta materia. En efecto, por un lado, difiere de la solución jurisprudencial por reducir la compatibilidad entre medios peligrosos y menor gravedad a algunos casos. En estas páginas se han ofrecido sólo unos posibles criterios para, desde una perspectiva analítica, discriminar la gravedad que merece o no atenuación. Esta solución deriva de la distinción de la peligrosidad para la violencia y para la intimidación; como también de dos momentos en la ejecución. Difiere, por otro lado, por permitir, no tanto la «superposición» de atenuación y agravación, sino sobre todo la disminución desde la pena del subtipo agravado [85]. De seguirse la solución jurisprudencial, podría llegarse a una pena (entre año y medio a dos años de prisión) cuyo máximo se aproxima a la mínima aquí propuesta (un año y nueve meses de prisión). Existe ciertamente una diferencia no pequeña entre ambas, pero la solución ahora propuesta no impediría acogerse al beneficio de la suspensión [86]. Por otra parte, el posibilitar una pena intermedia puede resultar más practicable que la solución jurisprudencial actual, polarizada entre una penalidad unas veces excesiva, otras veces escasa [87].

2. Podría objetarse a esta solución que recurre precisamente a la analogía para obviar la aplicación de un tipo que resultaría más beneficioso (en virtud de la línea jurisprudencial comentada), por lo que resultaría impedida. Así sería si dicha analogía ampliara los márgenes de la conducta típica o creara penas donde no las hay. Pero la solución aquí planteada no es sino un modo de salvar una laguna legal recurriendo a la analogía (lícita) allí donde la letra no permite llegar a soluciones adecuadas a la necesaria proporcionalidad. En cambio, seguir la solución adoptada por la Sala II bien podría calificarse de una interpretación extensiva que rebasa los límites del sentido literal (y la coherencia sistemática) sin que llegue a tratarse de una operación analógica, pues no siempre permite alcanzar resultados acordes con el sentido y finalidad de la norma en cuestión (art. 242). En efecto, el apartado tercero es explícito: la atenuación procede «en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas». Y ¿qué menor entidad va a ser aquella que merece ya agravación —como el propio TS viene entendiendo— por haber empleado armas o medios igualmente peligrosos? Además, el apartado segundo se refiere genéricamente a «la pena» (pero la coherencia sistemática parece obligar a entender que se trata de la prevista en el apartado primero). Por otra parte, me temo que la solución jurisprudencial puede traer consigo como efecto perverso que, ante un caso que merecería la atenuación, el juzgador acabe por no apreciar la *facultativa* atenuación, en atención a la reducida pena que resultaría. Con ello el fin pretendidamente buscado por esta solución de la Sala Segunda se vería frustrado [88].

[84] Para DE VICENTE MARTÍNEZ, *AP*, 1997, p. 836, sería deseable que la agravación desapareciese, pues, o bien forma parte de la intimidación misma, o el uso de dichos medios quedará ya abarcado por otros tipos; QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO (dir.), *Comentarios*, p. 1114 reduce su virtualidad a los casos de robo violento; cfr. también ZUGALDÍA ESPINAR, *CPC*, 59 (1996), p. 430; SALINERO ALONSO, *AP*, 1999, p. 533 y GARCÍA VALDÉS, *Derecho penal práctico*, p. 275. Para MUÑOZ CONDE, *DP. PE*, p. 386, la agravación no tendrá lugar si existe sólo apariencia de peligro del medio intimidante; y para BACIGALUPO ZAPATER, *PJ*, 5 (1987), p. 103, no tendría sentido la sanción como robo intimidatorio cuando se emplea intimidación violenta fingida.

[85] Difiere así de la solución que proponía Manzanares de restringir la agravación por el uso de armas a la que sea de acometimiento según su naturaleza (cfr. MANZANARES SAMANIEGO, *AP*, 1988, pp. 1401-1402). Entiendo que dicha solución podría igualmente formularse para el texto del Código actual (art. 242). En efecto, la agravación por el uso de armas contenida en el anterior art. 501 *in fine*, se refería a sus párrafos anteriores, en los que se describían las posibles situaciones de concurrencia del robo violento e intimidatorio con otras infracciones (no sólo de lesión, debido a lo señalado en el párrafo 5.° de dicho artículo: así, la jurisprudencia, según el parecer que recoge BACIGALUPO ZAPATER, *PJ*, 5 [1987], p. 101) y la pena a fijar; puede seguir empleándose, además, el argumento sistemático del término «atacare» (cfr. MANZANARES, *ibidem*, p. 1401), que continúa. Sin embargo, discrepo de la solución por cuanto el precepto del art. 242 sigue refiriéndose a los supuestos de robo, tanto intimidatorio, como violento; por lo que si se reconoce lo especialmente inadecuado de la confusión entre violencia e intimidación a estos efectos, sería oportuno reservar una tratamiento privilegiado para los casos de menor entidad, que, como aquí se ha mostrado, son precisamente los intimidatorios. Los supuestos de uso del arma acometiendo constituirían ya una tentativa del delito en cuestión (quizá lesiones, que muy posiblemente entrarían en concurso con el robo, consumado o no; sobre esto, cfr. *supra* párrafo III.10).

[86] La apreciación, sin embargo, de la circunstancia agravante de *reincidencia*, no extraña a los responsables de estos delitos, impediría el descenso por debajo de la mitad de la nueva pena (quedaría entre los tres años y medio y los dos años, siete meses y quince días de prisión).

[87] Entiendo que no sería reprochable la idea de que con esta solución queda apenas sin contenido el tipo básico: la pena del tipo básico (entre dos y cinco años de prisión) debe seguir permitiendo dar cabida a casos de especial gravedad por motivos distintos a los medios empleados, como también a supuestos de menor gravedad que no merecen, sin embargo, la pena del apartado tercero. Con la solución propuesta, se ajusta la pena en función de la gravedad de la conducta, atendiendo entre otros motivos a si es violenta o intimidatoria. Precisamente, como había señalado parte de la doctrina [BACIGALUPO ZAPATER, *PJ*, 5 (1987), p. 102 y MANZANARES SAMANIEGO, *AP*, 1988, p. 1398], uno de los problemas que impedían la correcta aplicación del precepto del robo violento/intimidatorio era la asimilación e indiscriminada consideración de la violencia y la intimidación. Se propone ahora una vía para atender a tal necesaria diferenciación.

[88] Cfr. los casos enjuiciados en las SSTS 14 de julio de 1999 (AP 666, ponente Conde-Pumpido Tourón) y 2 de octubre de 1999 (AJA 413/29, ponente Prego de Oliver y Tolivar). En la primera de ellas, se exigió la entrega del dinero de la caja de un establecimiento «haciendo uso para

3. Por otra parte, la analogía que se reprocha —contra reo— lo sería por atentar contra una solución plasmada en algunas resoluciones del Tribunal Supremo, y hecha «vía única» de la Sala en virtud de un pleno no jurisdiccional. Dicho pleno no tendría un valor mayor que el de un acuerdo tomado entre los ponentes —vinculante, si se quiere—, que permite contar con criterios uniformes en la jurisprudencia —y ni siquiera esto [89]—. El resultado puede ser en ocasiones positivo. Pero que lo sea, no garantiza en absoluto que el procedimiento argumental, ni la solución tomada, sean correctos: sólo garantiza que las decisiones futuras van a seguir aquella adoptada por mayoría en la reunión de un pleno de la Sala. En este sentido, debería ser posible conocer el texto de dicho acuerdo [90]. Pero esto no parece fácil al tratarse de un pleno no jurisdiccional (pero que acuerda asuntos jurisdiccionales). Por otra parte, si el pleno se refiere a una votación que refrenda una línea y desaprueba otra, no sería preciso tanto conocer dicho contenido, cuanto la argumentación de la sentencia o sentencias que siguen esa línea. Por eso no se entiende que como argumento de autoridad se invoque y repita dicho acuerdo en las resoluciones sucesivas en esta materia de la Sala Segunda. A lo sumo, sería suficiente invocar la línea jurisprudencial, iniciada antes del pleno, y proseguida después*. Que se esté generalizando la celebración de estos plenos no puede convertirlos en medios para ejercer una función de la que carecen. Puede tratarse sólo de una «costumbre orgánica», muy positiva si consigue la unificación de doctrina.

---

amenazar a la cajera de una navaja multiusos, por lo que se trata de un típico robo a mano armada, de acentuada peligrosidad, en el que no se aprecian circunstancias excepcionales que justifiquen la aplicación del tipo atenuado, sin que sea suficiente para ello el hecho ocasional de que la cantidad sustraída de la Caja no fuese muy elevada (12.000 ptas.)». En cambio, en la segunda, basta con leer de nuevo los hechos probados recogidos *supra* párrafo I.2 para darse cuenta de que el uso de una navaja no impide aplicar el tipo atenuado. A la vista de esta situación, que la decisión del Pleno haya conseguido unificar la posición jurisprudencial dista de ser acorde con la realidad. Para confirmarlo, cfr. las SSTS citadas *supra* nota 20.

[89] Cfr. nota anterior.

[90] Cfr., en otro contexto (un caso de robo con fuerza en las cosas en establecimiento abierto al público), la crítica anotación añadida por el analista de jurisprudencia de la Revista AP al contenido de la STS 16 de febrero de 1999 (AP 341): «Lo que llama desagradablemente la atención es la cita —no sólo ahora por el Tribunal Supremo, sino también de *motu proprio* en muchas sentencias— de los acuerdos de las Salas Generales o Juntas Generales que carecen en sí de todo efecto jurisdiccional, aunque puedan tener y tengan gran valor para predecir cuál será la orientación jurisprudencial. El problema requiere una solución. O se prescinde de tales citas o se hacen públicas las actas de las Juntas, de forma que sean conocidas sin discriminación alguna». De forma similar, ya antes, la anotación a la STS 23 de julio de 1998 (AP 664).

* Remitido este trabajo a la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, y cuando se hallaba en prensa, fue publicada la obra de GRANADOS PÉREZ, *Acuerdos del Pleno de la Sala penal del T.S. para unificación de jurisprudencia*, Valencia, 2000.