9.

SOBRE LAS ARMAS Y MEDIOS PELIGROSOS «QUE LLEVARE» EL AUTOR EN EL DELITO DE ROBO. ANOTACIÓN A LA STS DE 21 DE FEBRERO DE 2001*

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

I.

1. Francisco e Isidro, habiéndose apoderado de un automóvil, «marcharon hasta Lliber, en donde se detuvieron a la altura del chalé donde vive Allen F. R., en el que entraron con ánimo de obtener un ilícito beneficio patrimonial, para lo cual primero le piden agua y cuando vuelve con ella, Francisco le apunta con una pistola..., sin que tuviera tiempo de exigirle la entrega de nada porque Allen F. R. le dio un golpe en la mano en la que portaba la pistola, mientras Isidro, con igual ánimo, cogía un bastidor de metal en actitud violenta y hostil, todo lo cual produjo la inmediata huida de Allen F. R., que se refugió en su domicilio, sin que los acusados consiguieran que les entregara ningún efecto». A continuación, se realizan en diverso lugar y sobre distinta víctima otros hechos que fueron enjuiciados como un delito de robo con intimidación

* Trabajo publicado inicialmente en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 512, 13 de diciembre de 2001, pp. 4-6 y 11-12, con el título «Consideraciones sobre el delito de robo con armas "que llevare" el autor. Anotación a la STS de 21 de febrero de 2001 (ponente Marañón Chávarri)».

y una agresión sexual; el apoderamiento inicial del automóvil, como hurto de uso de vehículo de motor. El hecho ahora narrado mereció en la SAP de Alicante la consideración de robo con intimidación en tentativa, sancionándose a cada uno de los dos intervinientes con la pena de dos años de prisión.

2. La representación de los procesados interpuso recurso de casación basado, entre otros motivos, en infracción de Ley: art. 242.1 y 242.2 CP. Como se recoge en los antecedentes de hecho, «los Magistrados integrantes de la Sala acordaron por unanimidad proponer al Pleno el cambio de la jurisprudencia interpretativa del apartado 2 del art. 242 del CP en el sentido de no exigir para la aplicación del subtipo agravado que el autor del arma llevase consigo las armas y quedando suspendido el plazo para dictar sentencia hasta que se celebrase el Pleno». (núm. 7). «El día 9 de febrero de 2001 se celebró el Pleno de la Sala Segunda en el que se mantuvo el criterio interpretativo de la misma sobre la exigencia de que el autor llevase consigo el arma para que fuese aplicable el subtipo agravado del núm. 2 del art. 242 del CP. Los Magistrados don Enrique Bacigalupo Zapater y don José Aparicio Calvo-Rubio y otros discreparon del voto de la mayoría y se adhirió a la propuesta mayoritaria el Magistrado D. José Antonio Marañón Chávarri por lo que asumió la ponencia.» (núm. 8) [1].

3. La sentencia que siguió a tal deliberación y al Pleno, la de 21 de febrero de 2001 (A 2001\1278, ponente Marañón Chávarri), objeto de este comentario, entiende que, como el medio peligroso (un bastidor de hierro) empleado en la comisión del delito de robo no fue llevado al cometerlo, sino que se halló en las inmediaciones del lugar del hecho, no es posible apreciar el tipo agravado. Se estima el recurso, se casa la sentencia en lo referente al delito de robo en tentativa y se dicta otra, que aplica a éste la pena de prisión de un año. La resolución contiene un interesante voto particular del Magistrado Sr. Bacigalupo Zapater.

II.

1. La dicción del art. 242.2 CP, al definir la agravación del delito de robo (art. 242.1), establece que se fijará la pena de prisión (desde dos a cinco años) en la mitad superior (esto es, desde tres años y medio a cinco años), «cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que *llevare*, sea al cometer el delito o para proteger la huida...». El término «llevare» en ese contexto ha planteado

[1] Los Plenos que desde hace unos años se vienen celebrando en la Sala Segunda del Tribunal Supremo están permitiendo en algunas materias la unificación de criterios. Algunos de ellos (años 1991-2000), se recogen en GRANADOS PÉREZ, *Acuerdos del Pleno de la Sala penal del T.S. para unificación de jurisprudencia*, Valencia, 2000; para los delitos de robo, cfr. en concreto pp. 86-103.

el problema de las armas y medios igualmente peligrosos que no se portan al cometer el delito, sino que se encuentran en el lugar y es al cometer el delito cuando el agente se hace con dichos medios y los utiliza, sea para cometer el delito o para acabar de cometerlo logrando consumar, sea para la huida. En estas líneas nos centraremos en el caso de empleo de armas y medios igualmente peligrosos que no *se llevan* al cometer el delito, sino que *se encuentran* en el lugar del delito y son empleados entonces en todo o en parte de la ejecución del robo. Dejamos ahora fuera de nuestras consideraciones la cuestión del empleo de esos mismos medios para la huida o frente a terceros que acuden en auxilio, tema que plantea otros problemas y en parte ha sido abordado en distinto lugar [2].

2. Por otra parte, no se trata de una novedad del código de 1995, sino que ya su antecesor preveía algo semejante en el art. 501.II, en sede de delito de robo, y en el marco del régimen de supuestos complejos de robo violento e intimidatorio. En efecto, el código preveía también la imposición de las penas de los respectivos supuestos en su grado máximo cuando se empleasen armas u otros instrumentos peligrosos, que se llevasen [3].

3. La sentencia objeto de este comentario entiende que el verbo «llevare» significa, según su común sentido, «transportar, conducir de un lugar a otro», en la primera acepción del Diccionario para aquel verbo. En consecuencia, el principio de legalidad obliga a excluir aquellos casos en los que las armas o medios igualmente peligrosos no se portan, sino que se toman del lugar del delito. Además de este argumento gramatical, se entiende justificada esta interpretación «por la mayor peligrosidad, y por ende, mayor antijuricidad, que supone el portar o poseer de antemano los instrumentos peligrosos» [4]. Esta solución no es

[2] Cfr. «Consideraciones sobre el delito de robo violento con medios peligrosos que causan lesiones», *LL*, núm. 5399, 18 de octubre de 2001, pp. 1-6 [cfr. en este volumen, *supra*, pp. 155-176].

[3] Así, según el art. 501.II Código Penal 1973: «Se impondrán las penas de los números anteriores en su grado máximo cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios peligrosos que llevase, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando el reo atacare con tales medios a los que acudieren en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren». Sobre este precepto, MANZANARES SAMANIEGO, «El párrafo último del art. 501 del Código Penal», *AP*, 1988, pp. 1397-1403, además de las obras generales y comentarios referidos al Código Penal 1973.

[4] Así se recoge en parte de la doctrina: cfr. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, 6.ª ed., Madrid, 2001, p. 358; PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio de Derecho penal (parte especial), II*, Madrid, 1998, p. 414; MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, en SERRANO BUTRAGUEÑO (coord.) *et al.*, *Código Penal de 1995 (comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998, p. 1205. Recogiendo el parecer de la jurisprudencia, GONZÁLEZ RUS, en COBO (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial, I*, Madrid, 1996, p. 627. De otra opinión, SÁNCHEZ TOMÁS, en RODRÍGUEZ RAMOS/COBOS GÓMEZ DE LINARES/SÁNCHEZ TOMÁS, en *DP. PE, II*, p. 129, párr. 31, para quien «se exige que lo portare [*sc.* el medio peligroso] el sujeto activo al momento de su uso. Ello significa que el sujeto activo, al seleccionar los medios, haya contado con su uso y no tanto con que los llevara con anterioridad. Así, por ejemplo, aunque no llevare el arma, sí sería aplicable, si conforme a la selección de medios y preparación del plan se situó el arma con anterioridad en el lugar de comisión, o se contaba con que el mismo estaría allí y podría ser utilizado».

en absoluto aislada, sino que forma parte ya de una línea jurisprudencial [5] de la que son exponentes también las SSTS de 17 de diciembre de 1982 (A 1982\7717), 6 de noviembre de 1990 (A 1990\8669), 22 de marzo de 1991 (A 1991\2356), 16 de noviembre de 1992 (A 1992\9642), 10 de diciembre de 1992 (A 1992\10091), 8 de febrero de 1993 (A 1993\936), 9 de junio de 1994, 31 de octubre de 1997 (A 1997\7253), 25 de septiembre de 1998 (A 1998\6284) y 4 de noviembre de 1998 (A 1998\8951), también citadas en esta resolución (FJ 2.°). Dicha línea jurisprudencial pretende ser uniforme tras la decisión de mantenerla a raíz de un Pleno de la Sala Segunda (9 de febrero de 2001).

4. De seguirse esta solución, el delito de robo violento o intimidatorio en el que se emplean armas o medios igualmente peligrosos tomados en el lugar de comisión, ha de sancionarse con la pena del tipo básico (art. 242.1), esto es, la prisión desde dos a cinco años. De este modo, no podrá aplicarse la pena del supuesto agravado, sino la del básico, al menos en los siguientes casos: *a)* cuando el autor no lleva armas pero las toma en el lugar (*el autor se arma*); *b)* cuando las lleva pero las cambia en el mismo lugar por otros medios más peligrosos de los que allí dispone (*se arma más todavía*); *c)* tampoco cuando el autor idea la ejecución para armarse una vez que se halle ante la víctima (*acude desarmado para armarse*) [6]; o *d)* cuando se roba a la víctima intimidándole con las propias armas de ésta (*desarma a la víctima*) [7].

5. En el marco de la pena disponible (entre dos y cinco años) la gravedad del hecho y las circunstancias concurrentes han de emplearse para determinar la pena en la extensión que se entienda oportuna para plasmar la gravedad de la conducta. Estos mismos criterios han de servir para, una vez que se estime imposible aplicar el subtipo agravado, fijar una pena proporcionada a la gravedad del delito cometido, dentro de los márgenes del art. 242.1 (desde dos a cinco años de prisión). Pero no siempre va a ser posible, una vez excluido el párrafo segundo del art. 242, determinar una pena adecuada a la gravedad. En efecto, aunque las reglas del art. 66 permiten —obligan— tener en cuenta otros factores de gravedad, no siempre será posible recorrer toda la extensión de la pena, debido a que el propio art. 66 lo impide en algunos casos. Así, cuando concurre alguna circunstancia atenuante sin agravantes (regla 2.ª); mientras que, si concurren atenuantes y agravantes, o ninguna de las dos (regla 1.ª), sí será posible recorrer la pena en toda su extensión. No será posible agravar el delito si, a pesar de la gravedad del hecho, concurre una atenuante. Por tanto, el ámbito de pena que deja el art. 66 es menor de lo que cabría esperar y de lo que resulta oportuno para plasmar la gravedad de un hecho en el que la conducta contra el patrimonio se realiza por medio de un ataque contra la vida, integridad, libertad. Así, un robo cometido con armas que se toman en el lugar del crimen, concurriendo una atenuante, no podrá sancionarse con la pena de prisión superior a tres años y seis meses [8]. En muchos casos esta pena ya abarcará la gravedad del hecho, pero no en todos [9].

En definitiva, la solución de estos casos de robo es, a la vista de la «jurisprudencia constante» y de lo decidido en el citado Pleno del 9 de febrero de 2001, la de aplicar el tipo básico, sin que sea posible dar entrada al subtipo agravado. La propia letra del precepto impide tomar en cuenta para la agravación los medios peligrosos y armas hallados en el lugar del delito, pues éstos no se llevaban al ir a cometerlo. Sin embargo, la opinión, con parecer unánime y firme, no lo es. El voto particular que formula el Magistrado Sr. Bacigalupo Zapater pone en duda dicho criterio.

III.

1. En efecto, en este voto se entiende que el subtipo agravado es aplicable aunque el autor no llevase el arma o medio peligroso, sino que se hiciera con ellos en el mismo lugar en el que ejecuta el ataque contra la víctima. Las razones para esta discrepancia son las siguientes. En primer lugar, una de orden material: el *fundamento* de la agravación por uso de armas y medios peligrosos es el incremento del peligro que éstos suponen, tanto en el plano objetivo, en cuanto aumento de la peligrosidad (riesgo), como en el subjetivo, en cuanto percepción de un peligro superior por la víctima (intimidación) [10]. La propia tesis de la sentencia

Matizado en BENÉYTEZ MERINO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1997, p. 2622, para quien cabría el subtipo agravado también cuando «el autor se provea de un arma como apoyo a la ejecución, aunque sea en lugar próximo a la ejecución y en el momento inmediatamente anterior a su iniciación».

[5] Que esta misma sentencia califica de «constante» (cfr. FD 2.°).

[6] Así, cuando, a la vista de que no es posible penetrar con medios peligrosos en un recinto vigilado, no las lleva consigo, pero se hace con un medio peligroso una vez dentro del lugar controlado.

[7] «Armas» o meros instrumentos de trabajo de la víctima, como cuchillos, herramientas, etc. Por ejemplo, cuando se acude «desarmado» a robar a quien se halla trabajando con alguno de esos instrumentos.

[8] En caso de que se produzcan lesiones, con esos medios peligrosos, podrán sancionarse éstas como corresponda (en principio, concurso de delitos, real o ideal), por lo que la gravedad del hecho conjunto podría quedar abarcada por esa pena.

[9] En cualquier caso, si se sigue la doctrina de esta sentencia, cuando concurre una atenuante, la pena podría fijarse en el máximo posible (tres años y medio) precisamente para plasmar la gravedad de la conducta, aunque la letra de la ley no favorezca la aplicación del subtipo agravado.

[10] Sobre el fundamento de la agravación, cfr. VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996, pp. 1177-1178. La doctrina afirma que se fundamenta en la mayor peligrosidad para la vida e integridad —así, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 3.ª ed., Barcelona, 1996, pp. 72 y 361; PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 411; DE VICENTE MARTÍNEZ, «Los delitos de robo: dos cuestiones interpretativas», *AP*, 1997, p. 835; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES *et al.*, *Derecho penal. Parte especial*, 3.ª ed., Valencia, 1999, p. 129, para las

considera en parte este elemento material cuando se refiere a la mayor peligrosidad (FD 2.°, cit. *supra* II.3). Pero con ese argumento de la peligrosidad incrementada, la solución habría de ser otra: no es demasiado relevante si el medio peligroso se lleva o se toma en el lugar. En cambio, la cuestión clave reside en la peligrosidad de la conducta, determinada también por los medios *empleados*. El problema es entonces de legalidad: la letra del precepto no permite incluir este caso. Sin embargo, no parece que la redacción sea terminante.

2. Según la argumentación de la sentencia, dado que el principio de *legalidad* obliga a sancionar sólo en los casos expresamente previstos (no falta la cita al art. 4.1 CP), «llevare» se extiende sólo a los supuestos de porte previo. En apoyo de tal argumentación se aduce que el Diccionario recoge como primera acepción la de «transportar». El voto particular ofrece, en contra, la argumentación de que entre los veintitrés sentidos posibles —del Diccionario— aquél no es el único; cabe emplear el verbo llevar también en la acepción de «estar provisto de algo» [11]. En consecuencia, tanto merece la agravación quien acude con armas, como quien acude desarmado y se provee de medios peligrosos o armas en el lugar del delito (casos citados *supra* en II.4). Sentado que la gravedad material de la conducta aconseja aplicar el tipo agravado, se recurre al sentido literal posible de la ley como límite. Si dicho sentido no lo excluye, sino que lo contiene como una de sus acepciones, no quedará impedida esta interpretación.

3. Menos definitiva me parece en cambio la objeción que el voto particular dirige a la referencia a una mayor *antijuricidad* (categoría doctrinal que no aumenta, pues es indicativa de que el hecho se califica mediante un juicio de contrariedad al Derecho), que no admite incremento. Esta objeción podría subsanarse, como hace el propio Magistrado que disiente, acudiendo a la idea de «injusto» o de «ilicitud», que sí admitirían graduación.

4. Más definitiva resulta la crítica a la idea de *premeditación* en el empleo del arma o medio peligroso, que la mayoría propone en el Pleno para fundamentar la agravación del art. 242.2. Como dice el voto particular, «se trata de una circunstancia subjetiva cuya ausencia no debe neutralizar el significado de la mayor violencia a la que objetivamente se ha visto sometida la víctima». La premeditación, o preordenación del arma o medio peligroso a los fines de realizar con mayor éxito el delito de robo, no incrementa necesariamente el peligro [12]. Aumentará por el uso en sí mismo de los medios en cuestión. Que se haya ideado con antelación, y por eso se llevan, o que se haya pensado en la eventualidad de que se frustrara la ejecución y por eso se llevan armas, no incrementa el peligro. Lo que incrementa el peligro es el *empleo* de las armas para doblegar la voluntad del poseedor, sea con violencia, sea con intimidación. No importa a estos efectos ni si el autor lleva armas premeditadamente [13]; ni tampoco si lo ha premeditado y luego no las utiliza; como tampoco si se decide a llevarlas sin reflexionarlo, sin premeditación alguna; o si le arrebata a la propia víctima las armas y es con éstas con las que le intimida. Si la razón de agravar la pena es la mayor peligrosidad de la conducta —derivada ésta de que se actúa de manera más contundente y eficaz contra la voluntad de la víctima—, lo relevante será el empleo que de tales medios se hace. Lo de menos será de dónde se obtienen, cuándo se había decidido, o cuándo se llevan.

5. Cabría aducir un argumento adicional, de orden *estructural*. No veo razones materiales, valorativas, para excluir que el uso de medios peligrosos durante la tentativa del delito —esto es, antes de la consumación— no pueda entrar a valorarse para decidir la gravedad de la conducta. Del mismo modo que la violencia empleada —antes de la consumación— en lo que comienza siendo un hurto puede acabar en un robo

lesiones, y VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *ibidem*, pp. 409 y 414, para el robo (VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES [coord.], *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996, p. 1178, para el robo); MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 12.ª ed., Valencia, 1999, p. 115, para las lesiones; y para el robo, *ibidem*, p. 386—; o en la *potencialidad lesiva* del uso de armas —así, SÁNCHEZ TOMÁS, en *DP. PE, II*, p. 130, párr. 33; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal, II. Parte especial*, Barcelona, 1999, p. 797—. No parece que otros fundamentos en ocasiones aducidos en la jurisprudencia sean aceptables; en concreto, la mayor perversidad, espanto y terror generado por el uso del arma; sin embargo, cfr. en esta línea todavía MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, en SERRANO BUTRAGUEÑO (coord.) *et al.*, *Código Penal de 1995*, p. 1204.

[11] En efecto, además de «transportar», también es acepción transitiva de dicho verbo «estar provisto de algo», en cuanto «tener». En cambio, en la interpretación seguida en la sentencia parece tomarse como única acepción posible la traslativa. Aunque ese «estar provisto» parece aplicable a una cualidad o un estado («llevar mala cara», por ejemplo) adquiridos o dinámicos, no impide el significado de «tener cierta cosa sobre sí»; en cualquier caso no se limita al transportar un objeto de un lugar a otro. Cfr. MOLINER, *Diccionario de uso del español*, Madrid, 1992. El uso del verbo en tal acepción («estar provisto de algo») parece sin embargo de escasa frecuencia, pero no quita que sea posible. Por eso, en la interpretación del párrafo segundo del art. 242 bastaría con que dicha extensión, de acuerdo con la teleología de la agravación, quede dentro del sentido literal posible.

[12] De otra opinión, en cambio, PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio, II*, p. 414: el fundamento de la agravación sería «el peligro ex ante que entraña acudir al lugar del robo habiendo reflexionado sobre la eventual necesidad del arma y con el arma misma...» Cfr. *ibidem* la exclusión de la agravación cuando las armas se han llevado al lugar del delito antes de cometer el delito (contra, SÁNCHEZ TOMÁS, en *DP. PE, II*, p. 129, párr. 31). Cfr. en cambio, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Valencia, 2001, pp. 79-82, quien refiriéndose a la resolución aquí comentada, expresa: «... si el fundamento de la agravación [*sc.* por el uso de armas o instrumentos peligrosos] radica en el peligro para la vida, salud o integridad física también existirá dicho peligro en el caso de que se utilice un arma que se encuentra ocasionalmente en el lugar del robo, es decir, el peligro *ex post* es el mismo tanto si se ha llevado previamente el arma al lugar del robo como en caso de utilizar un arma que se coge o se encuentra ocasionalmente en el lugar de la comisión del hecho —apoderamiento *in situ*.» (p. 79).

[13] Además, la tesis de la sentencia, al considerar más grave el asegurarse de antemano el éxito de la ejecución llevando armas, contradice la voluntad de excluir la premeditación entre las agravantes del Código Penal 1973 (antigua circunstancia 6.ª del art. 10).

violento [14], el empleo de medios peligrosos antes de la consumación ha de desplegar los efectos propios de dicha agravación. Sólo impediría tal agravación la letra de la ley, que como ya hemos visto no es terminante.

6. Podría añadirse, finalmente, que la tesis de la sentencia no sería muy acorde con la doctrina del propio Tribunal sobre los *medios peligrosos*. Sobre éstos, aunque con alguna salvedad, se sostiene que un objeto que sirve para golpear ya es medio peligroso a efectos de agravar [15]. Si esto se acepta, es porque lo relevante en esta agravación es el efecto que produce el instrumento empleado: peligro, riesgo, mayor intimidación, etc. Crear una agravación basada en el uso de medios peligrosos para luego excluir de su ámbito casos igualmente peligrosos, sólo estaría justificado si la letra de la ley impidiera de manera unívoca la inclusión de tales instrumentos [16]. Pero si este obstáculo parece resuelto ya por el propio sentido de la expresión «llevar», no me parece sostenible tal restricción de la agravación.

IV.

1. Resulta discutible en la argumentación de la sentencia la valoración que se efectúa de la *peligrosidad*. Como la propia resolución recoge en la argumentación del FD 2.°, se trata de un problema de legalidad (aparente, como hemos visto). La muy estricta redacción del precepto impide agravar los casos ahora planteados. Sin embargo, el problema parece ser otro: la gravedad de los hechos en que se recurre al uso de tales medios. Aun reconociendo la peligrosidad de éstos (cfr. FD 2.°), hay casos que no merecen la agravación preceptiva del párrafo segundo del art. 242; como también los hay de especial gravedad precisamente por ese uso. Se busca entonces una vía de atenuación. En algunos casos, parece haberse encontrado en esta restricción del subtipo agravado a los casos de porte previo de armas. Pero esta solución no será adecuada en aquellos casos de elevada gravedad. De seguirse la tesis confirmada en esta sentencia, puede llegarse a soluciones injustas. Piénsese en los casos recogidos *supra* II.4.

[14] Así, la decisión adoptada en las SSTS que siguen la doctrina de otro Pleno de la Sala Segunda, el de 21 de enero de 2000: cfr. GRANADOS PÉREZ, *Acuerdos del Pleno*, p. 95.

[15] Cfr. la posición de la jurisprudencia en GOYENA HUERTA, en MUÑOZ (coord.) *et al.*, *El hurto, el robo y el hurto y robo de uso de vehículos*, Pamplona, 1998, p. 143. Por lo que se refiere a las pistolas detonadoras, desde otro Pleno del TS (21 de enero de 2000: cfr. GRANADOS PÉREZ, *Acuerdos del Pleno*, p. 97) se entiende que constituyen «arma» a los efectos del art. 242.2, siendo el motivo de la agravación el mayor peligro: cfr. *ibidem*.

[16] Además, téngase en cuenta un argumento sistemático para al menos hacer reconsiderar la solución ideada en el Pleno que da lugar a esta sentencia: si las armas se toman en el lugar del robo, y con ellas se causan lesiones, éstas podrán sancionarse con la pena del art. 148.1, que no exigen que se porten, sino que se empleen. Consecuencia curiosa: las armas usadas violentamente agravan las lesiones pero no el robo; sin embargo, ¿puede deslindarse fácilmente y sin problemas un robo violento de unas lesiones cometidas en el curso de ese robo?

2. La propia sentencia parece haber recurrido a la tesis de las armas no portadas para buscar una atenuación. Pero en este intento surgen algunos puntos de necesaria aclaración. En concreto, al apreciarse el robo en tentativa, la pena se reduce desde dos años de prisión a uno, «en atención al escaso grado de ejecución del delito de robo intentado contra Allen F. R. y al poco peligro inherente a la acción desarrollada» [17] (FD 2.° de la segunda sentencia, de acuerdo con los criterios que rigen la determinación de la pena en casos de tentativa: art. 62). Pero a este mismo resultado podría haberse llegado descendiendo dos grados desde el subtipo agravado (desde el mínimo de tres años y medio). La sentencia que nos ocupa no parece la más idónea para aplicar por primera vez la doctrina de las armas no llevadas, pues la menor peligrosidad del medio empleado puede coincidir aquí en parte con la propia de la tentativa.

3. Por otra parte, en la comisión del hecho Isidro interviene con una barra de hierro (bastidor), mientras que Francisco lo hace con una pistola de características no acreditadas. Por este motivo, por desconocerse cómo era el arma, tanto la STS como la de la AP entienden que no puede tomarse en consideración para agravar el robo. Parece correcto que no se tome como agravación un factor desconocido para el tribunal [18]. Sin embargo, se trata de una pistola empleada para intimidar. El uso de tal arma con fines intimidatorios puede dar lugar ya a un robo agravado (por basarse en este medio empleado). Por lo que llama la atención que no se tome en consideración la pistola desconocida, y sí una barra de hierro, cuyas características tampoco constan (al menos en la STS) [19]. El problema es de nuevo el que se plantea en otros supuestos de robo [20]: cómo compatibilizar la agravación preceptiva con la necesidad de atenuar en algunos casos menos graves [21]. La cuestión es distinta si se trata de medios que por su configuración originaria no siempre resultan peligrosos: de forma paradigmática, las jeringuillas (en concre-

[17] Los hechos narran cómo la víctima reacciona dando un golpe en la mano al portador de la pistola.

[18] Es la solución adoptada de manera reiterada en la jurisprudencia: cfr. GOYENA HUERTA, en *El hurto*, p. 143.

[19] Si el arma es utilizada repentinamente por uno de los dos intervinientes, es dudoso que pueda imputarse a quien ni la llevaba ni puede evitar que se emplee. En este caso, como se trata de no aplicar el art. 242.2, resulta menos problemático; no así, si fuera a la inversa, si fuera cuestión de aplicarlo. Al tratarse, según parecer de la jurisprudencia, de un subtipo agravado (cfr. por todos GOYENA HUERTA, en *El hurto*, p. 141), y no de mera circunstancia agravatoria, en casos de actuación unilateral, no es posible la imputación recíproca entre los intervinientes.

[20] Me he referido a esta situación en «Robo violento o intimidatorio de "menor entidad" con "medios peligrosos": ¿una contradicción?», *RDPC*, 6 (2000), p. 407 ss. [cfr. en este volumen, *supra*, pp. 127 ss.], con una propuesta interpretativa, donde se critica la decisión adoptada en otro Pleno, el de 27 de febrero de 1998 (cfr. GRANADOS PÉREZ, *Acuerdos del Pleno*, p. 99).

[21] Otra cosa es que la duración global de las penas privativas de prisión aplicables en este caso ascendía a cinco años para Isidro; y a trece para Francisco (condenado además como autor de una agresión sexual), y se buscara una vía para reducir una pena que podía resultar «desproporcionada» por excesiva.

to, según vayan provistas o no de aguja); pero no así las pistolas, barras de hierro, etc., medios que conceptualmente ya son peligrosos al menos *para intimidar*, aunque les falte potencialidad lesiva para lesionar, cosa que en este caso pudo suceder.

4. La unificación de la doctrina jurisprudencial es conveniente, pero siempre que se adopte la solución más sólida de entre las posibles. Al menos en el caso ahora comentado, me parece haber motivos más que suficientes para sostener la tesis contraria. Que la redacción del párrafo segundo del art. 242 posibilita entender que se refiere sólo a robos cometidos con armas que se llevan de antemano, no debería hacer pensar que el problema está resuelto. El problema en realidad —según entiendo— es otro, y sigue pendiente de solución: *cómo plasmar la gravedad de los diversos casos de robo con el art. 242, que no posibilita distinguir* (obliga a agravar sin excepción) [22]. Deben explorarse otras vías para evitar la agravación automática sólo por el uso de unos instrumentos, que —según un concepto de arma y medio peligroso de la propia jurisprudencia— puede resultar excesiva [23]. De lo contrario, la solución adoptada en esta sentencia dará lugar a agravar en casos que no lo merezcan, y dejará de agravar en otros que sí lo merecen.

[22] Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, *AP*, 1997, p. 836.

[23] Distinguir entre medios peligrosos *para intimidar* y *para violentar* puede ser una vía (cfr. *RDPC*, 6 (2000), p. 421 ss. [cfr. *supra*, pp. 127 ss.]).