

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

I

La Fiscalía consultante traslada a la Fiscalía General del Estado las dificultades aplicativas que se derivan del art. 238.5 del CP, sobre todo, cuando aquel precepto es puesto en relación con el art. 237 del mismo texto legal.

En efecto, el CP de 1995 acoge entre las modalidades de fuerza que permiten calificar de robo el apoderamiento de cosas muebles «la inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda». La cuestión que se somete a consulta se centraría en determinar si la sustracción de objetos a los que se han incorporado dispositivos tendentes a evitar su extracción subrepticia del establecimiento, mediante la activación de una alarma situada en los controles de salida de aquél, previo desprendimiento o fractura de dichos dispositivos, constituye el supuesto previsto en el art. 238.5 o, por el contrario, excediendo del contenido de aquél, debe ser calificado como hurto.

La respuesta que haya de darse a ese interrogante tiene un indudable alcance práctico, cuya relevancia se hace más evidente si se repara en que, de ordinario, su consideración como robo con fuerza en las cosas exigiría la aplicación del subtipo agravado que acoge el art. 241.1, toda vez que, en la práctica totalidad de los supuestos de hecho imaginables, el marco material y temporal del delito se halla definido por un establecimiento mercantil que sufre el desapoderamiento en las horas de apertura al público.

El argumento con el que podría razonarse el hipotético encuadre de estos hechos en el delito de robo -conclusión que descarta la Fiscalía consultante-, vendría proporcionado por el hecho de que la existencia misma de la agravación prevista en el art. 238.5 se justifica por el mayor desvalor que encierra el quebranto por el autor de las barreras de protección que ha ideado el titular del bien jurídico para preservar su patrimonio. El legislador de 1995, en fin, habría querido adaptar la tipicidad del delito de robo a las nuevas tecnologías, muchas de las cuales se ponen al servicio de la protección patrimonial.

Frente a esa idea inicial, la Fiscalía de origen razona que, en favor de la calificación de los hechos como un delito de hurto, militan otra serie de argumentos de mayor peso específico. De una parte, la necesaria relación entre las modalidades de fuerza del art. 238 y el común denominador para todas ellas impuesto por el art. 237, precepto que exige que la fuerza se emplee en todo caso «... para acceder al lugar donde las cosas se encuentran», circunstancia difícilmente admisible a la vista de los hechos que originan la consulta. Y es que, normalmente, los objetos que incorporan tales dispositivos se hallan al alcance del público, permitiendo su manipulación para un examen más detallado o, incluso, en el caso de prendas de vestir, para su

prueba. A diferencia de otros objetos expuestos en vitrinas cerradas, en los que su apoderamiento sólo es posible tras la fractura o desactivación de los mecanismos que impiden el acceso a los mismos, en el caso de que se trata el apoderamiento puede llegar a consumarse desde que, siendo esa la intención del sujeto, los toma para sí. Si tras la acción ilícita, el sujeto decidiera desprenderse, fracturar o desactivar el dispositivo de alarma o guarda incorporado a los objetos, ello supondría que, estando ya los objetos en su poder, la fuerza utilizada sobre éstos con tal propósito encerraría un supuesto de vis in re carente del sentido finalista que exige el art. 237, al ir dirigida, no ya al hecho del apoderamiento, sino a la evitación del descubrimiento de la sustracción ya efectuada.

## II

No falta razón a la Fiscalía consultante cuando destaca las dudas de distinto signo que surgen tras el examen de los arts. 237 y 238.5 del CP. La importante reforma que el CP de 1995 ha introducido en materia de delitos contra el patrimonio no es ajena a una serie de interrogantes de primer orden que probablemente pasaron desapercibidos para el legislador y que la práctica se ha encargado de poner de manifiesto. De hecho, las dificultades interpretativas ya hicieron acto de presencia durante el período aplicativo del Código penal derogado, provocando algún significado pronunciamiento jurisprudencial -vid. STS 13 de mayo de 1991- al que no faltaron cualificadas críticas.

La lectura del art. 238.5, por sí sola, sin conexión con el obligado referente que proporciona el art. 237 hace autores de un delito de robo con fuerza en las cosas a los que ejecuten el hecho mediante la inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda. Esa idea inicial, reforzada con una selectiva invocación de la jurisprudencia que sitúa la línea divisoria entre los delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas en la superación de los obstáculos puestos por el propietario al desapoderamiento, autorizaría una primera conclusión -quizás precipitada- con arreglo a la cual aquella conducta estaría más próxima a las notas definitorias del delito de robo.

Sin embargo, el adecuado juicio de tipicidad no puede obtenerse desde la aislada literalidad del apartado 5 del art. 238. Ello supondría una opción metódica que conduciría a conclusiones inaceptables. En efecto, el CP de 1995 se ha alineado con una tradición histórica de nuestro derecho codificado, consistente en encabezar la regulación de los distintos delitos contra la propiedad con un concepto legal acerca de lo que por cada una de aquellas figuras debía entenderse. El art. 237 enlaza así con el enunciado que proclamara el código previgente en su art. 500. El legislador reformista, sin embargo, ha introducido un importante añadido a la descripción tradicional. El robo no se cualifica por el hecho de apoderarse de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas -fórmula acuñada por el derogado código penal-, sino por su utilización para acceder al lugar donde éstas se encuentran -art. 238.5- Tan significativo cambio de enunciados legales no puede ser obviado por el intérprete. Es probable que con ello el legislador haya querido

dar cabida a la opinión de autorizadas voces de la dogmática que advertían de la necesidad de no perder de vista el significado instrumental de la fuerza con virtualidad jurídica para convertir el desapoderamiento en robo. Conforme a tal criterio, sólo aquella fuerza que estuviera preordenada al despojo patrimonial podría colmar las exigencias del tipo. Toda fuerza añadida, sobrevenida al inicial acto dispositivo reduciría su relevancia típica a la que es propia del delito de hurto.

En efecto, la indagación del verdadero alcance típico atribuible al apartado 5 del art. 238 no puede desligarse de lo que este precepto y el propio art. 237 representan. Los arts. 237 y 238.5 obedecen a un tratamiento sistemático que escalona dos enunciados conceptuales. Los límites sustantivos del delito de robo sólo pueden obtenerse en el ámbito definitorio del art. 237. No es posible sostener un concepto de fuerza edificado desde la pretendida autonomía conceptual del art. 238.5. El esfuerzo definitorio del legislador cuando delimita la noción de fuerza en las cosas sólo se justifica por la necesidad de precisar lo que, en la norma precedente, ha catalogado como una de las modalidades posibles del delito de robo. Una copiosa jurisprudencia -cuya difundida aceptación libera de la cita recordatoria- ha venido insistiendo en el carácter normativo del concepto de fuerza en las cosas, que no admitiría una artificial identificación con el significado usual del lenguaje. Esa línea de razonamiento jurisprudencial sigue plenamente vigente. Pese a ello, acaso convenga reiterar que cuando el legislador se propone definir la noción de fuerza en las cosas -art. 238-, lo hace porque con anterioridad -art. 237-, ha convertido aquel medio ejecutivo en uno de los elementos definitorios del delito de robo. La exégesis de todos los apartados que integran el art. 238 -la consulta planteada centra su interés en el número 5-, es indisociable de su referente conceptual, esto es, del art. 237.

### III

Proclamada esa íntima conexión conceptual entre los arts. 237 y 238 la aproximación interpretativa a la noción de fuerza que abandera el nuevo texto legal resulta más sencilla. En efecto, la inutilización de los sistemas específicos de alarma o guarda a que alude el apartado 5 del art. 238 sólo adquiere relevancia típica cuando su carácter medial puede ser afirmado. Habremos de estar en presencia de una fuerza preordenada a la ejecución, no siendo abarcable por el concepto todo empleo de fuerza que surja a posteriori, cuando lo que se pretenda, por ejemplo, sea abandonar el lugar en el que ya se ha consumado el acto de apoderamiento.

Sin embargo, por razón de ese inescindible enlace conceptual que se viene proclamando entre los arts. 237 y 238, no bastará para la afirmación de la existencia de un delito de robo que se hayan inutilizado los dispositivos específicos ideados por el propietario. La actual descripción del delito de robo con fuerza acogida por el primero de los artículos citados hace insuficiente la simple aplicación de fuerza -aun instrumental- para colmar el juicio de tipicidad. Se precisa que esa aplicación de fuerza se encamine a lograr el acceso al lugar en que se encuentran las cosas objeto de desapoderamiento. De ahí que sea

posible afirmar que el art. 237 añade una nota que restringe aún más el significado instrumental de la fuerza aplicada, pues no es ajena a la descripción legal una cierta idea locativa, con arreglo a la cual, aquélla habría de encaminarse a liberar no las cosas sino el lugar en el que éstas se alojan. Dicho en otros términos, más que una fuerza *in rebus*, se trataría de aplicar una fuerza *ad locum* para, sólo así, lograr el apoderamiento.

Ello nos permite reducir a la calificación de hurto aquellos frecuentes casos descritos en los antecedentes de la consulta planteada y que aluden a supuestos, normalmente desarrollados en grandes almacenes, en los que la toma de contacto con el objeto de la sustracción no sólo no presenta obstáculos sino que, incluso, es alentada por el interesado en comerciar con ellos. Si la inutilización de los dispositivos ideados para impedir el desapoderamiento se produce cuando el propósito de apoderamiento de la cosa ya se ha materializado, esa fuerza posterior carecerá de virtualidad típica para calificar el hecho como integrante de un delito de robo.

#### IV

Cuanto antecede autoriza las siguientes conclusiones:

1º La descripción normativa de fuerza acogida en el art. 238 del vigente CP no puede interpretarse desligada del referente conceptual representado por la definición del delito de robo que establece el art. 237.

2º El art. 237 del CP no es ajeno a una referencia locativa, en virtud de la cual, no toda inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda colma las exigencias típicas del delito de robo con fuerza en las cosas. Sólo aquélla que se oriente a lograr el acceso al lugar en el que los objetos se encuentren permite afirmar el juicio de tipicidad propio del delito de robo. En su ausencia, los hechos habrán de ser calificados como integrantes de un delito de hurto.