

# **CUESTIONES PRÁCTICAS EN TORNO A LOS DELITOS DE HURTO, ROBO Y HURTO Y ROBO DE USO DE VEHÍCULOS DE MOTOR Y CICLOMOTORES**

**Patricia Alonso-Majagranzas Cenamor**  
**Fiscal de la Fiscalía Provincial de Madrid**

SUMARIO: INTRODUCCION. 1.- EL DELITO DE HURTO. 1.1.- Concepto de bienes ajenos: bienes depositados en los Puntos Limpios. 1.2.- Valoración de los bienes sustraídos en establecimientos comerciales. El art 365.2 de la LECrim. 1.3.- El delito continuado y el art. 74.2.primer inciso del CP. Consumación del delito continuado. 1.4.- La aplicación del art. 74.1 en los delitos patrimoniales. 1.5.- La reiteración de 3 faltas de hurto del art. 234. segundo inciso. Su conversión en delito. Diferencias con el delito continuado. 2.- EL DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. 2.1.- Dependencia de casa habitada. 2.2.- Aplicación del art. 74.1 del CP en el delito continuado de robo con fuerza en las cosas. 3.- EL DELITO DE ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN. 3.1.- Concepto de violencia o intimidación. 3.2.- Relaciones concursales robo con violencia o intimidación/detención ilegal. 3.3.- Concurso robo / lesiones. Responsabilidad del que no es autor material de las lesiones. Coautor por tener dominio funcional del hecho. Teoría de las desviaciones previsibles. 3.4.- Comunicabilidad a los partícipes del uso armas. 3.5.- Compatibilidad robo con violencia con abuso de superioridad.3.6.- Comunicabilidad a los partícipes de la agravante de disfraz. 3.7.- Continuidad delictiva: no se aprecia. 3.8.- Compatibilidad robo con violencia y uso de armas del art. 242.3 y lesiones del art. 148.1. 3.9.- Tipo atenuado de robo con violencia o intimidación. Criterios jurisprudenciales. 3.10.- Concepto de medio peligroso. 3.11.- Robo con violencia sobrevenida/ concurso real delito de hurto-robo con fuerza-lesiones o amenazas sufridas por la víctima. 3.12.- Robo y Lesiones. Concurso real. Teoría de la imputación objetiva. 3.13.- Aplicabilidad de la agravante de abuso de confianza del art. 21.6 del CP en el delito de robo con fuerza y en el delito de robo con violencia. 4.- DELITO DE HURTO/ROBO DE USO DE VEHICULOS. 4.1.- Conceptos de sustracción y utilización. 4.2.- Valor venal del vehículo o ciclomotor. 4.3.- Concursos hurto-robo de uso de vehículo / sustracción de bienes que se hallan en su interior. Examen de determinados supuestos. 4.4.- El apartado 3 del art. 244. 4.5.- Robo de uso con violencia y detención ilegal. Concurso de delitos. 5.- EL PROYECTO DE LEY ORGANICA DE REFORMA DEL CODIGO PENAL.

## **INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo tiene por objeto, con un enfoque eminentemente práctico, el planteamiento de algunas de las cuestiones que se suscitan en relación con los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas, robo con violencia o intimidación y hurto y robo de uso de vehículos de motor y ciclomotores.

No se pretende realizar planteamientos doctrinales sobre las figuras examinadas, sino presentar determinados supuestos que surgen con frecuencia en la práctica y el examen de los pronunciamientos jurisprudenciales que sobre las mismas han recaído.

Por su trascendencia, resulta casi obligado hacer además una breve referencia final a las novedades que sobre dichos delitos se contienen en el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal.

### **1.- EL DELITO DE HURTO**

#### **1.1.-Concepto de bienes ajenos: bienes depositados en los Puntos Limpios.**

La cuestión planteada acerca de si los bienes depositados por sus propietarios en Puntos Limpios de propiedad municipal son bienes ajenos a efectos del delito de hurto o robo con fuerza en las cosas es una cuestión discutida y ha sido resuelta de forma contradictoria por las distintas Audiencias Provinciales, incluso por las distintas Secciones de una misma Audiencia como la Audiencia Provincial de Madrid. Las sentencias que se citan a continuación, como exponentes de muchas otras, mantienen dos criterios contrapuestos: son bienes cuya propiedad se transmite por sus propietarios a la empresa encargada de la gestión del punto limpio, o son bienes abandonados por sus propietarios. El primer criterio lo mantienen, entre otras, las siguientes sentencias: la SAP de Las Palmas nº 191/2007, de 16-7 que dice "...Un punto limpio no es un vertedero, sino un lugar al que se llevan objetos de los que los particulares o empresas quieren desprenderse y no es simple basura...son equipos que pueden ser reciclados, y por ello son objetos con valor económico real no abandonados.." .La SAP de Segovia, Sección 1ª nº 14/2013 de 7-3 afirma que son objetos de titularidad municipal. Y la SAP de Cantabria, Sección 3ª n 370/2013, de 23-9, señala "...los bienes de los puntos limpios no son cosas abandonadas, cosas que no pertenecen a nadie o cosas comunes a todos y por lo tanto, susceptibles de ocupación conforme al art. 606 del CC. Es un residuo doméstico (ropa usada) susceptible de reutilización con un claro valor económico..." .La SAP de Madrid, Sección 29, nº 21/2012 de 24 de noviembre, mantiene "...Los puntos limpios municipales tienen por destino la recogida de aquellos objetos de los que los ciudadanos han de desprenderse a fin de darles el adecuado tratamiento. Ello no quiere decir que lo que en ellos aparezca depositado pueda asimilarse a los bienes abandonados, sino que por el contrario en la lógica de su funcionamiento implica que se cede la propiedad de los mismos al establecimiento donde se depositan. En el ámbito de la Comunidad de Madrid así lo prevé expresamente el art. 28.2 de la L 5/2003 de 20 de marzo de Residuos de la Comunidad de Madrid. Por otro lado, está claro que esos efectos no quedan a la libre disposición de los ciudadanos

en la medida en que no están físicamente abandonados en un lugar de libre acceso, sino por el contrario en recinto vallado. De ahí se deduce que es fácilmente comprensible para cualquiera que se disponga a apoderarse de uno de los efectos que, si se encuentran protegidos por una valla, aunque esta no sea muy alta, pero sí lo suficiente para que tengan que saltarla, su acceso al mismo esté prohibido y también en consecuencia el libre apoderamiento de los efectos que allí se encuentran sin el consentimiento de quienes ya son sus titulares. Y esta es una apreciación ampliamente compartida por la generalidad de las personas, por lo que no puede dar sustento a un supuesto de error.". Y en el mismo sentido, la SAP de Madrid, Sección 30, de 14-11-11.

El criterio que mantienen las sentencias citadas es por tanto sin matices que se trata de bienes ajenos, y su apoderamiento puede integrar un delito de hurto o un delito de robo con fuerza en las cosas en caso de concurrir cualquiera de las modalidades comisivas del art 238 del CP.

En sentido contrario, se han pronunciado las Audiencias Provinciales que se citan a continuación. Mantienen que se trata de bienes abandonados, en el sentido del art. 460 del CC y susceptibles de apoderamiento por cualquiera. Pueden citarse entre otras las SAP de Burgos de 16-1-2008, de Zaragoza de 20-4-2009, y la de Bizcaia, Sección 2ª, n 854/2011, de 23-11 que argumenta "...Los propietarios que entregan sus propiedades muebles en los Garbigune, o que los dejan en los lugares adecuados para su reciclaje realizan auténticos actos de abandono de la propiedad, convirtiéndolos en res derelictae. Se produce en estos casos un abandono del objeto en condiciones especiales, aquellas que hacen posible el aprovechamiento de los elementos reciclables, o peligrosos, o que precisan de un tratamiento ulterior una vez usados. Al abandono así producido, no lo sustituye una ocupación hábil para adquirir la propiedad ni lo pretende el sistema de gestión de los residuos. El gestor del reciclaje no adquiere la propiedad, sino una autorización administrativa para dar a los objetos el destino administrativo autorizado...".Y la SAP de Madrid, Sección 15, nº 32/13, de 11-2, señala "...el material depositado en un Punto Limpio es residuo, y hay residuos susceptibles de revalorización y rendimiento económico, o de fuente de gasto al tener que ser sometidos a tratamiento previo para su eliminación...en cuyo caso no existe antijuridicidad material en su apoderamiento...".

Conforme al criterio que mantienen las anteriores, el apoderamiento de tales bienes no es constitutivo de delito ni de falta y las sentencias dictadas son absolutorias.

### **1.2.- Valoración de los bienes sustraídos en establecimientos comerciales. El art 365.2 de la LECrim.**

El párrafo segundo del art. 365 de la LECrim establece: "*La valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público.*"

El valor de los objetos sustraídos es determinante de la calificación jurídica, como delito de hurto, si es superior a 400 euros conforme al art.234 del CP, o como falta de hurto del art. 623.1 del CP, en otro caso. Por ello, la interpretación de este precepto se plantea de modo recurrente en la praxis de nuestros tribunales en los supuestos en los se enjuicia la sustracción de bienes en establecimientos comerciales y se valoran los mismos con arreglo al precio de venta al público que refleja el ticket de compra.

Singularmente, de modo casi automático en todos aquellos supuestos en los que la cantidad que refleja el ticket de compra resulta superior a 400 euros, pero sería inferior en caso de deducirse la cantidad correspondiente al IVA.

La cuestión no es pacífica y el examen de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales al resolver los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias de instancia revela que se mantienen dos criterios contrarios: según el primero, la valoración de las mercancías debe efectuarse con arreglo al precio de venta al público incluido el IVA; de acuerdo con el segundo, del precio de venta al público debe restarse el IVA, ya que al no haberse producido la venta, no nace la obligación tributaria.

Señala la SAP de Madrid, Sección 2ª, n 213/2011 de 23-5, que en el seno de esta Audiencia las distintas Secciones han dado respuestas diferentes a esta cuestión, y adopta el criterio de la deducción del IVA en la determinación del valor del bien sustraído en establecimiento comercial, al igual que la SAP de Madrid, Sección 17ª, en sentencia de 31-10-2005, y la Sección 7ª en sentencia de 2-2-2009. Este criterio también es mantenido por la SAP de Barcelona, Sección 5ª, de 13-1-2006, por la SAP de Guipúzcoa, Sección 1ª, de 20-10-2008, y por la SAP de Ciudad Real nº 14/2005, de 17-2, entre otras.

Criterio opuesto mantienen entre otras, la SAP de Madrid, Sección 1ª, nº 249/2011, de 2-6, con los siguientes argumentos, tras recordar que el precepto fue declarado plenamente constitucional por el Pleno del TC en Auto 72/2008, de 26-2: “..... Resulta indiscutible que cualquier consumidor conoce que el precio de venta al público (PVP) es el importe que ha de abonar por la adquisición de un bien en un establecimiento comercial y que dicho importe incluye el IVA, debiendo añadirse que el Real Decreto 3423/2000, de 15 de diciembre ( RCL 2000, 3008) , sobre la información de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores y usuarios, dispone en su artículo 4.1 que "el precio de venta y el precio por unidad de medida deberán ser inequívocos, fácilmente identificables, claramente legibles y visibles por el consumidor sin necesidad de que éste tenga que solicitar dicha información.

Por otra parte, del artículo 1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre , del Impuesto sobre el Valor Añadido , se infiere que el objeto de la tributación del IVA es el consumo y es el consumidor final quien realmente sufre la carga del tributo, aún cuando sea el empresario el sujeto pasivo del impuesto y el obligado a ingresarlo en la Hacienda Pública porque de este modo " se facilita la recaudación, evitando que sean los consumidores -infinitamente más numerosos y mucho menos familiarizados con la gestión fiscal- quienes declaren e ingresen el impuesto".

Finalmente, el "precio de venta al público" comprende una serie de componentes no desglosados tales como el coste de producción y distribución, los márgenes de beneficio de quienes intervienen en la cadena de producción y distribución del bien y los tributos y aranceles, en su caso, que lo graven directa o indirectamente, siendo uno de ellos el IVA, en el caso de la península y Baleares, no así en la Islas Canarias, Ceuta y Melilla, que tienen un régimen tributario distinto en la materia. Carece, por tanto, de justificación deducir el importe del IVA en los bienes o productos sustraídos ilícitamente en establecimientos comerciales, siendo éste el criterio seguido por esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, entre otras, en sentencias 121/2008 de 12 de marzo , y 122/2009, de 12 de marzo , donde se afirma que el artículo

365, párrafo 2º, de la LECRM es una norma extra penal precisa cuya oportunidad y sentido tiene plena justificación porque , "por un lado, facilita el enjuiciamiento del hecho mediante juicio rápido (...) y de otro lado, es plenamente compatible con el bien jurídico protegido por el tipo de hurto, en cuanto establece un criterio de valoración basado en el beneficio económico que pretende conseguir el autor del hecho con su conducta. Su sentido literal es claro y preciso y no requiere de un especial esfuerzo interpretativo y a él ha de estarse. Por último, la citada norma no excluye a nuestro juicio que su acreditación pueda hacerse mediante prueba pericial. Ciertamente al establecerse un sistema de valoración muy concreto, de ordinario se podrá acreditar mediante prueba documental: ticket de compra, documento que acredite el precio etc., pero ello no excluye que el documento o pericia que acredite el valor deba ser sometido a contradicción procesal durante el plenario y valorado junto con el resto de los medios de prueba", para añadir finalmente que "el valor de venta es el precio final de todo producto y este incluye el IVA, por lo que donde la ley no distingue no cabe hacer distinciones. Los argumentos anteriores permiten concluir que la sentencia de instancia debió tomar el precio de venta al público de la mercancía sustraída con inclusión del IVA como referencia obligada para la calificación de los hechos como delito de hurto.»

También en la sentencia de esta Sala nº 181/2009, de 23 de abril, Rollo número 91/2009 , en respuesta a la afirmación de que el párrafo segundo del artículo 365 LECRM no debe ser objeto de una interpretación meramente literal porque utiliza la expresión "se fijará atendiendo a su precio de venta al público", se responde diciendo que a juicio de la Sala " el tenor literal de la norma es claro y no admite matizaciones por lo que el valor ha de fijarse necesariamente tomando como referencia exclusiva el precio de venta".

Por último, las dificultades interpretativas derivadas de la exclusión del importe del IVA, y la inseguridad jurídica que dicha tesis puede generar se ponen de manifiesto en la Sentencia nº 135/2009 de 4 de febrero, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona , cuando recuerda que "descontar el importe del IVA sobre la teoría de ser un impuesto que solo paga el consumidor final, llevaría a la necesidad de descontar también los restantes gastos fiscales del negocio, como los del transporte, la nomina del personal etc., partidas que igualmente podrían considerarse como parámetros o costes que no formarían parte del núcleo del valor del producto sino gastos artificialmente incorporados por el comerciante. Resultando realmente difícil, por no decir imposible, conocer el valor del bien a partir de este planteamiento".

En todo caso, dicha interpretación no excluye que el ticket de compra o documento que acredite el precio deba ser sometido a contradicción en el juicio oral y valorado con el resto de las pruebas.

Además de los pronunciamientos jurisprudenciales citados, resulta obligado recordar que la Consulta 2/2009 de la FGE acerca de si debe excluirse el importe del IVA del valor total del precio de venta al público, establece que en la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales, la locución *precio de venta al público* ha de ser interpretada como la cantidad que el adquirente debe desembolsar para adquirir el producto, cifra que habitualmente se exhibe en el etiquetado de la mercancía y que comprende, sin desglosar, los costes de producción y distribución del bien, los márgenes de beneficio de los sucesivos intervinientes en la cadena productiva y los tributos y aranceles que lo hayan gravado directa o indirectamente, entre los que se incluye el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) en el territorio de aplicación del impuesto (Península y Baleares), y el Impuesto General Indirecto Canario (IGIC) y el

Impuesto sobre la Producción, los Servicios y las Importaciones (IPSI), en las Islas Canarias y en las ciudades de Ceuta y Melilla, respectivamente.

Y añade que en todo caso, resulta necesario que conste en el procedimiento la etiqueta o documento acreditativo del importe del precio de venta.

Merece finalmente mención, quizá para tratar de clarificar la cuestión debatida, la reciente STS nº 1015/2013, de 23-12. Esta resolución si bien aborda la cuestión discutida, al pronunciarse sobre la corrección de la responsabilidad civil derivada de un delito de estafa fijada en la sentencia de instancia, que incluyó el IVA en el precio de los terminales adquiridos para cuantificar el importe de la misma, afirma “.....Es notoria la doctrina de esta Sala (STS 360/2001, de 27 de abril), conforme a la cual, y como regla general, para determinar el valor de lo sustraído o defraudado no debe atenderse a su valor de coste sino a precio o valor de cambio, que naturalmente incluye los impuestos correspondientes.

Este es también el criterio sostenido, como regla general, en la Consulta 2/2009, de la Fiscalía General del Estado y en la redacción actual del artículo 365 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece expresamente que: “La valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público”, precio que indudablemente incluye el IVA, conforme a la normativa del impuesto, como se razona profusamente en la referida Consulta.

Con la nueva redacción de este precepto se intentó poner fin a la inseguridad jurídica derivada de las diferentes interpretaciones existentes hasta aquel momento en esta específica materia en las diferentes Audiencias, circunstancia que se veía agravada por la falta de acceso de la cuestión al criterio interpretativo unificador de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, pues mientras unas Audiencias Provinciales fijaban el valor de lo sustraído partiendo del denominado coste de reposición -al que se sumaban los gastos de transporte-, otras sostenían que ese valor venía determinado por el precio -sin más adjetivaciones-, y una tercera corriente interpretativa optaba por detraer de éste último el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante IVA) y el margen comercial o de beneficio.

El Tribunal Constitucional, por medio de Auto del Pleno de 26 de febrero de 2008, despejó definitivamente las dudas acerca de la constitucionalidad del citado párrafo segundo del artículo 365 de la LECrim. Afirma el Alto Tribunal que la norma analizada es susceptible de ser interpretada y aplicada de una forma natural, dada su sencillez, sin que su contenido pueda generar confusión o dudas de ningún índole, argumentando que su carácter absolutamente objetivo permite, por un lado, la previsibilidad del sujeto activo respecto de las eventuales consecuencias de su conducta, en tanto que le es posible conocer, incluso antes de actuar, la valoración que realizará el órgano judicial, y, por otro, propicia la eliminación de la eventual apreciación subjetiva que implica remitir a un informe pericial la valoración de este elemento normativo, valoración que siempre sería ex post.

En consecuencia, despejadas las dudas de constitucionalidad del precepto, su aplicación debe garantizar la seguridad jurídica en esta materia, unificando la valoración de lo sustraído en función del precio de venta al público del producto, incluido el IVA correspondiente.

En el caso actual, nos encontramos ante una defraudación, pero la regla aplicable debe ser la misma, pues el perjuicio ocasionado consistió, en principio, en el precio que debieron abonar los perjudicados para adquirir los terminales que entregaron a los condenados, precio que incluía el correspondiente IVA, y que al no ser vendidos los terminales constituyó un gasto neto “.

Finalmente, puede citarse el criterio mantenido en la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 13 de Madrid nº 386/13 de 13-12, entre otras. Admite sin reservas que el precio de venta al público de los bienes sustraídos en establecimientos comerciales ha de ser tomado como valor del bien sustraído, con inclusión del IVA pero matiza que la responsabilidad civil, en atención al principio *restitutio in integrum*, debe incluir a favor del comerciante el daño emergente y el lucro cesante, pero no la parte del precio correspondiente al IVA.

### **1.3.- El delito continuado y el art. 74.2.primer inciso del CP. Consumación del delito continuado.**

El apartado segundo del art. 74 establece: *“Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado.”*

El supuesto que se plantea en la praxis con frecuencia es la realización de dos o más sustracciones por el mismo/s autores/ que individualmente pueden no superar la cantidad de 400 euros, pero sí la rebasan en todo caso mediante su suma. La calificación jurídica de tales sustracciones viene determinada por el art 74.2 del CP, precepto que permite convertir las distintas faltas, mediante la suma de las cuantías objeto de las mismas, y siempre que concurren los requisitos del art 74.1 , en un delito continuado.

Plantea la práctica, singularmente en el ámbito del procedimiento para el enjuiciamiento rápido del que es con frecuencia objeto el delito de hurto, la interesante cuestión de la determinación del grado de ejecución del delito continuado de hurto conformado por infracciones consumadas e intentadas. El planteamiento de esta cuestión exige distinguir dos supuestos:

El primer supuesto concurre cuando las distintas infracciones patrimoniales que integran el delito continuado son todas constitutivas de delito. Recordando que la doctrina jurisprudencial ha admitido que la concurrencia de acciones u omisiones que dan lugar a delitos consumados e intentados no impide la apreciación del delito continuado (por todas, STS 1068/2002, de 7-6), no plantea discusión que la consumación de uno de los delitos determina la consumación del delito continuado. Así lo proclama la STS nº 961/1998, de 21-7, señalando que *“...Conforme a una doctrina jurisprudencial consolidada al haber quedado consumado el primer delito de robo con fuerza en las cosas, el delito continuado integrado por tal robo y el inmediatamente posterior debe estimarse consumado, aunque éste último hubiese quedado en grado de tentativa”*. Y en igual sentido, la STS nº 1068/2002, de 7-6.

El segundo supuesto surge cuando las distintas infracciones que forman el delito continuado son unas constitutivas de falta y otras de delito, o todas ellas, de falta.

Las hipótesis que pueden plantearse entonces, extraídas de la práctica, son las siguientes:

Hay varias infracciones, todas constitutivas de falta, consumadas, cuya cuantía total (perjuicio total causado) supera los 400 euros.

Hay varias infracciones, unas constitutivas de faltas, consumadas, cuya cuantía total supera los 400 euros, y otra de delito intentado.

Hay dos infracciones constitutivas de falta, una consumada y otra en tentativa, cuya cuantía total supera los 400 euros.

La solución de las distintas hipótesis planteadas puede obtenerse por la aplicación de los siguientes criterios que se proponen:

En primer lugar, la cuantía total objeto de las distintas infracciones determina la calificación como delito o falta, por aplicación del art. 74.2 del CP, que alude al perjuicio total causado.

El TS ha entendido de forma pacífica que cuando se trata de infracciones patrimoniales, la pena se impondrá teniendo en cuenta el perjuicio total causado conforme dispone el art. 74.2 del CP. De manera que si la suma de ese perjuicio supera los 400 euros, la pena es la del art. 234 y en otro caso, es la correspondiente a la falta del art. 623.1.

En segundo término, la cantidad de la que ha dispuesto el autor determina el grado de ejecución del delito continuado. Si es superior a 400 euros, el delito es consumado, y si es inferior o igual, el delito es intentado.

Aplicando tales criterios a las hipótesis planteadas, las soluciones serían las que siguen:

Varias infracciones, todas constitutivas de falta, consumadas, cuya cuantía total (perjuicio total causado) supera los 400 euros conforman un delito continuado de hurto consumado.

Varias infracciones, unas constitutivas de faltas, consumadas y otra de delito intentado: si la cuantía total de las faltas supera los 400 euros, forman un delito continuado consumado, aunque el delito sea intentado.

Dos infracciones constitutivas de falta, una consumada y otra en tentativa, cuya cuantía total excede de 400 euros. Se tratará de un delito continuado de hurto en grado de tentativa. Este es el criterio que mantiene la STS 52/01, de 21-1, en un supuesto de estafa.

#### **1.4.- La aplicación del art. 74.1 en los delitos patrimoniales.**

Establece el art. 74.1 del CP: *“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de semejante o igual naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.”*



De modo tradicional, la doctrina jurisprudencial ha mantenido que respecto de los delitos patrimoniales el apartado segundo del art. 74 es una norma especial que desplaza la regla genérica del apartado primero, que determina la imposición de la pena en su mitad superior ( SSTS 760/2003, de 23-5, 771/2000, de 9-5, 350/2002, de 25-2, 155/2004, de 9-2, 1256/2004, de 10-12 y 678/2006, de 7-6).

La STS 76/ 2013, de 31-1, expone con claridad la nueva interpretación del art. 74.1 del CP, adoptada tras el Acuerdo del Pleno del TS de 30-10-2007, que proclamó lo siguiente: "El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1, sólo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración". La citada STS dice así: "...Sin embargo, la experiencia aplicativa desarrollada bajo la vigencia de tal criterio, ha puesto de manifiesto la conveniencia de reorientar esa interpretación, en la medida en que no existe razón alguna de política criminal que justifique la sustracción del delito continuado de naturaleza patrimonial respecto de la regla agravatoria prevista en el art. 74.1 del CP. La ausencia de un verdadero fundamento que explique ese tratamiento privilegiado, se hace mucho más visible en aquellos casos, por ejemplo, en los que un delito continuado de falsedad, de marcado carácter instrumental para la comisión de otro delito continuado de estafa, se venía sancionando con una gravedad que no afectaba, en cambio, al delito patrimonial. De ahí la importancia de la idea proclamada en el mencionado Pleno, con arreglo a la cual, el delito continuado también habrá de ser sancionado mediante la imposición de la pena, determinada con arreglo al perjuicio total causado, en su mitad superior. Ello no es sino consecuencia de incorporar el delito patrimonial a la razón de política criminal que, con carácter general, proclama el art. 74.1 del CP (cfr. 284/2008, 26 de junio, 199/2008, 25 de abril y 997/2007, 21 de noviembre).

Sin embargo, la idea que late en el acuerdo antes anotado obliga a concluir la exclusión del efecto agravatorio en determinados supuestos, para impedir que su aplicación conduzca a la doble incriminación de un mismo hecho. Así por ejemplo, en aquellas ocasiones en que la suma del perjuicio total ocasionado haya sido ya tomada en consideración para integrar acciones constitutivas de falta en un único delito continuado, no procederá el efecto agravatorio de la regla primera del art. 74 del CP. En definitiva, se trata de evitar la aplicación de la regla general agravatoria, prevista en el art. 74.1 del CP, a aquellos delitos en los que el importe total del perjuicio haya determinado ya un cambio de calificación jurídica y la correlativa agravación -faltas de estafas o apropiación indebida que se convierten en delito continuado o delitos de estafa o apropiación indebida que, por razón de su importe, se desplazan del tipo básico al subtipo agravado-. En esta situación, mantener la aplicación incondicional del art. 74.1 del CP, implicaría el menoscabo de la prohibición constitucional de bis in idem, infringiendo así la medida de la culpabilidad predicable del autor".

De acuerdo con lo expuesto, el delito continuado de naturaleza patrimonial no queda exceptuado en todo caso de la aplicación de la regla del art. 74.1, salvo que su aplicación suponga un doble efecto agravatorio.

Aplicando la anterior doctrina sobre el delito continuado en relación con los tipos agravados, resulta de interés la STS nº 239/2010, de 24-3, que si bien examina la aplicación del art. 74 en relación con el subtipo agravado de estafa del art. 250.1.6 del CP, es aplicable, en cuanto a los delitos objeto del presente trabajo, al tipo agravado de

hurto del art. 235.3º del CP. Dice así la citada sentencia: “.....Respecto la compatibilidad entre el delito continuado y la figura agravada del art. 250.1.6, la jurisprudencia de esta Sala (SS. 1236/2003 de 27.6, 605/2005 de 11.5, 900/2006 de 27.9, 918/2007 de 20.11, 8/2008 de 24.1), tiene declarado que el delito continuado no excluye la agravante de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva. Es decir que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, como es la del art. 250.1.6 CP. ésta debe ser considerada como agravante de todo el delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante. Ello quiere decir que en estos casos no existe vulneración del principio non bis in idem.

Incluso respecto a la hipótesis más controvertida doctrinalmente, cuando las distintas cuantías defraudadas fueran individualmente insuficientes para la cualificación del art. 250.6.1, pero sí globalmente consideradas, el Pleno de esta Sala Segunda de 30 de octubre de 2007, tomó el acuerdo de que cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. Acuerdo que lleva en estos supuestos a la aplicación del art. 250.1.6, cuando los delitos, aun inferiores a 36.060,73 E, en conjunto sí superan esa cifra, si bien no se aplica el párrafo 1º del art. 74, sino el segundo, pues la suma de las cuantías ya se tiene en cuenta para agravar la pena, aplicando la del art. 250.1, y no la del art. 249 CP.

En este sentido es significativa la STS. 950/2007 de 13.11, que acogió como doctrina correcta la que entiende que si bien el artículo 74.2 constituye una regla específica para los delitos patrimoniales, tal especificidad solo se refiere a la determinación de la pena básica sobre la que debe aplicarse la agravación, de forma que el artículo 74.1 es aplicable como regla general cuando se aprecie un delito continuado, salvo en aquellos casos en los que tal aplicación venga impedida por la prohibición de doble valoración. Dicho de otra forma, la agravación del artículo 74.1 solo dejará de apreciarse cuando la aplicación del artículo 74.2 ya haya supuesto una agravación de la pena para el delito continuado de carácter patrimonial.

La Sala ha entendido hasta ahora de forma pacífica que cuando se trata de infracciones patrimoniales, la pena se impondrá teniendo en cuenta el perjuicio total causado conforme dispone el artículo 74.2 CP. De manera que si la suma de ese perjuicio es superior a 36.060,73 euros, la pena procedente es la prevista en el artículo 250.1.6º y si es inferior a esa cifra la del artículo 249, o en su caso, la correspondiente a la falta.

Cuando esa cifra (la relevante para incrementar la pena básica) se alcanza por la suma de las diferentes infracciones, acudir a la agravación del apartado 1 del artículo 74 vulneraría la prohibición de doble valoración de una misma circunstancia o de un mismo elemento, pues de un lado se ha tenido en cuenta para acudir al artículo 250.1.6ª, con la consiguiente elevación de la pena (o para convertir varias faltas en un delito) y de otro se valoraría para acudir al artículo 74.1, agravándola nuevamente. Ello conduciría a determinar la pena conforme al perjuicio total causado pero sin que fuera preciso imponerla en su mitad superior, de forma que el Tribunal podría recorrer la pena en toda su extensión.

Por lo tanto, la regla del artículo 74.2 resulta específica para los delitos contra el patrimonio en el sentido de que la pena básica que debe ser tomada en cuenta en el caso de estos delitos continuados no es la correspondiente a la infracción más grave sino la correspondiente al perjuicio total causado, ambas en su mitad superior (pudiendo alcanzar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado). De esta forma, el delito continuado patrimonial recibiría un trato penológico similar a cualquier otro delito continuado.

En el caso presente la suma total de las distintas defraudaciones, 312.000 euros, es la que determina la aplicación del art. 250.1.6, conforme lo acordado en el referido Pleno "cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado", pero como es en consideración a esa continuidad la que ha determinado pasar del tipo básico al cualificado, sin que ninguna de las acciones individualmente consideradas supere el límite jurisprudencial de 36.060,73 euros; deberá aplicarse el art. 74.2 que permite recorrer la pena en toda su extensión, sin que sea preceptiva aumentarla hasta la mitad superior, art. 74.1 CP.

Consecuentemente la calificación correcta sería la de delito continuado de apropiación indebida de los arts. 252, 250.1.6 y 74.2 CP. con un marco penológico de 1 a 6 años prisión y multa de 6 a 12 meses (SSTS. 860/2008 de 17.12, 581/2009 de 2.6)...”

### **1.5.- La reiteración de 3 faltas de hurto del art. 234. Segundo inciso. Su conversión en delito. Diferencias con el delito continuado.**

Establece el art. 234.2º inciso : *“Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice tres veces la acción descrita en el apartado 1 del artículo 623 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura de delito.”*

Los requisitos de ambas figuras son distintos. En relación al delito del art. 234.2º inciso, la Circular 2/2003, de 18 de diciembre, sobre la aplicación práctica del nuevo delito consistente en la reiteración de cuatro (en la redacción actual del art. 234 del CP, tres) faltas homogéneas, para despejar las dificultades interpretativas que suscitaba el precepto, mantiene que para integrar los delitos tipificados en los arts. 234.2º párrafo y 244.1 solo pueden ser tenidos en cuenta los hechos que no hayan sido todavía enjuiciados y no hayan prescrito.

Esta figura no afecta a la posibilidad de apreciar el delito continuado de hurto (o hurto y robo de uso), cuando concurren los requisitos de los arts. 74.1 y 2 del CP,- véase, pluralidad de hechos, con existencia de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión, y mismo o similar precepto penal infringido, aunque solo se hayan cometido dos hechos constitutivos de falta, si el valor global de lo sustraído supera el límite del delito.

La diferencia entre ambas figuras radica pues en un requisito temporal, ya que el delito del apartado segundo resulta aplicable cuando las diferentes faltas se han cometido en el plazo de un año y el delito continuado exige una proximidad temporal, sin determinación de plazo concreto, de las distintas infracciones, (ejecución plan preconcebido-aprovechamiento idéntica ocasión), así como en el número de infracciones que se precisan para integrar una y otra figura.

En todo caso, la previsión del art. 234.segundo inciso se revela de difícil aplicación, si tenemos en cuenta que el plazo de prescripción de las faltas es de seis meses, conforme al art. 131.2 del CP, y el tipo hace referencia a acciones realizadas en un plazo de un año. Se requiere por tanto que una falta haya permanecido seis meses sin juzgar, y si cuando se quieren acumular varias faltas para apreciar el delito, parte de las mismas ya están prescritas, no es posible la aplicación del apartado segundo.

## **2.- EL DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS**

### **2.1.- Dependencia de casa habitada.**

El art. 241.3 del CP considera dependencia de casa habitada o de edificio o local abiertos al público, sus patios, garajes, y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él y con el cual formen una unidad física.

Como tales, la jurisprudencia ha añadido a la relación del tipo, entre otras, los trasteros. Y así la STS 1380/2000, de 11-9, con cita de las STS de 12-2-99 y 4-3-97, ha señalado "... Reconociendo que el trastero no constituye un "domicilio" especialmente protegido constitucional (artículo 18 de la Constitución Española EDL 1978/3879 ) y legalmente (artículos 545 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1), afirma que sí es accesorio en el sentido jurídico-civil o dependencia de casa habitada especialmente primada en la protección penal; en el primer caso, por conceptos de funcionalidad e incluso de unidad jurídica inmobiliaria, y en el segundo, porque por su cercanía existe el mismo fundamento (peligrosidad) que en la protección de la propia casa habitada.

Y la STS de 17-1-2000 en un curioso supuesto, considera dependencia de casa habitada un salón parroquial que forma una unidad física con la vivienda y está en comunicación interior con la misma

### **2.2.- Aplicación del art. 74.1 del CP en el delito continuado de robo con fuerza en las cosas.**

Como se ha expuesto al tratar la aplicación del art. 74.1 en los delitos patrimoniales, la doctrina tradicional que consideraba la regla del apartado segundo del art. 74 como regla especial respecto de la del apartado primero en los delitos patrimoniales ha sido superada tras el Acuerdo del Pleno del TS de 30 de octubre de 2007.

La jurisprudencia ya no rechaza la aplicación del art.74.1 en los delitos patrimoniales. Conforme expone la STS 987/2011, de 5-10, el delito continuado se debe sancionar con la mitad superior de la pena que puede llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado con independencia de la clase de delito de que se trate. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica que debe ser incrementada con arreglo al artículo 74.1 no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. Y, finalmente, la regla contenida en el artículo 74.1, solo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración, es decir en aquellos casos en los que la pena ya haya sido incrementada en atención al perjuicio total causado por tratarse de delito continuado.

Con arreglo a la doctrina expuesta, y a efectos de ofrecer respuesta a supuestos prácticos, singularmente en materia de conformidad, puede mantenerse que como quiera que en el delito de robo con fuerza en las cosas no opera la regla del número segundo del art.74, dado que la pena no se determina en atención al perjuicio total causado y cada una de las acciones constituye por sí misma un delito, el delito continuado de robo

con fuerza en las cosas debe castigarse con arreglo a la previsión penológica del número primero del art. 74 del CP, que determina la imposición de la pena en su mitad superior.

### **3.- EL DELITO DE ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN**

#### **3.1.- Concepto de violencia o intimidación.**

Junto a los conceptos clásicos de violencia como acometimiento físico y de intimidación como anuncio de un mal inmediato, grave y posible, susceptible de inspirar miedo, la STS 97/2010, de 10-2 afirma que también constituye la violencia o intimidación configuradora del robo la privación de libertad mínima y necesaria para el apoderamiento de los objetos, que en este caso absorbe aquella privación de libertad deambulatoria de la víctima, en un supuesto en que ésta es encerrada en los servicios durante el episodio central de la sustracción. Señala la citada sentencia “..... No obstante, con independencia de que la fuerza en las cosas puede ser apta para generar una lógica intimidación o clima de temor, es decir, una violencia moral sí incluida en el tipo, los casos en que la fuerza aplicada sobre las cosas incida directamente sobre la persona, puede estimarse concurrente la violencia. En efecto en la intimidación no existe acometimiento físico sino un comportamiento distinto que afecta a la libre decisión de la voluntad, entendiéndose que el encerrar a la víctima para facilitar el apoderamiento es una modalidad de comportamiento que debe incluirse en el término violencia o intimidación, por cuanto ésta recae sobre un bien tanpreciado como es la libertad deambulatoria y de movimientos. La restricción de la libertad de obrar supone, de hecho, una violencia y un medio coactivo, eficaz y causal para el resultado perseguido.

En el caso presente partiendo de la literalidad del "factum", aparece que "tal como habían convenido y puesto que no había en el lugar ningún otro cliente", el otro acusado -Carlos Daniel- entró al servicio, saliendo a continuación y comunicando a la Sra. Adelina que el lavabo perdía agua y cuando ésta fue a comprobarlo, aquél cerró la puerta sujetando el pomo para evitar que pudiera salir, circunstancia que aprovechó Urbano para hacerse con una caja metálica que contenía 1000 E, dándose ambos a la fuga a continuación". Nos encontramos, por tanto, con una privación de libertad, aunque fuera mínima, necesaria para el apoderamiento de los objetos, que integra la violencia o intimidación configuradora del robo, tipo delictivo que absorbe aquella privación de libertad ambulatoria de la víctima, encerrada en los servicios, durante el episodio central del hecho. En definitiva el cierre de la puerta mediante fuerza en el pomo tuvo por finalidad el impedir salir a la persona encargada del local, constriñendo de esta forma su libertad y voluntad y posibilitando de esta forma la sustracción de los efectos”.

Por su parte, la STS nº 898/2012, de 15-11 considera que constituye la intimidación del art. 242.1 del CP la exhibición de una placa policial y unas esposas. Dice así: «En definitiva, parece incuestionable que la exhibición de una placa policial y unas esposas genera un efecto intimidatorio –sea éste el desenlace de una operación policial legítima o simulada- que es suficiente para integrar el tipo del art. 242.1 del CP, desplazando la aplicación de la falta de estafa del art. 623.4 del CP, cuya aplicación reivindica el recurrente. La STS 1438/2005, 23 de noviembre, puntualizó que “...el mal con el que se conmina –implícito en la acción desplegada– consiste, como mínimo, en la posibilidad de detención como consecuencia a las órdenes de los agentes; y no es necesario que se verbalice, pues se percibe inequívocamente por los sujetos pasivos (...), mediante la actitud mostrada, lenguaje corporal utilizado y exhibición de placas y de algún arma, por los sujetos activos. La potestad administrativa de coerción, que conlleva una inevitable intimidación, cuando se utiliza con fines espurios pierde su legitimidad, debiendo ser reconducida a los tipos penales correspondientes; en este caso al delito de robo comprendido en los arts. 237 y 242 del CP....”.

### **3.2.- Relaciones concursales robo con violencia o intimidación/detención ilegal.**

La jurisprudencia de la Sala II ha distinguido de modo constante tres situaciones distintas que recuerda la STS 762/2013, de 14-10: "... En lo que respecta al posible concurso entre los tipos penales del robo con violencia o intimidación y la detención ilegal del art. 163 del C. Penal , tiene establecido esta Sala que el delito de detención ilegal se comete encerrando o deteniendo a una persona contra su voluntad, o sin ella, privándole de su libertad. Es un delito de consumación instantánea, que se produce en el mismo momento de la privación de libertad, y de carácter permanente, pues subsiste mientras continúa dicha privación. En delitos como el robo con violencia o intimidación, una mínima privación de libertad ambulatoria es consustancial a la acción típica, pues es claro que mientras se ejecuta la acción depredatoria la víctima permanece en una situación en la que aquella libertad está abolida, ya que su situación espacial no puede ser determinada por su propia voluntad, sino que está seriamente condicionada por la acción del autor del robo. En estos casos, esta privación de libertad, que, aisladamente considerada sería una acción típica de detención ilegal, con independencia de su duración, queda absorbida por el delito de robo, por aplicación de las reglas del concurso aparente de leyes del artículo 8.3 del Código Penal . Una segunda situación se plantea en aquellos casos en los que la acción que supone la privación de libertad ambulatoria, desde un punto de vista externo y objetivo, y teniendo en cuenta también el plan del autor, es un medio para conseguir el apoderamiento típico del robo. En estos casos, la privación de libertad se extiende temporalmente más allá del tiempo mínimo concurrente con la acción típica del robo, pero se encuentra con este en una relación de medio a fin, según las exigencias propias del concurso medial. Existen entonces dos delitos, pero es posible apreciar entre los mismos una relación de medio a fin, que se resuelve mediante la aplicación de las normas del artículo 77 del Código Penal para el concurso de esa clase. Y, finalmente, una tercera situación tiene lugar en aquellos casos en los que la privación de libertad, aun cuando esté temporal y espacialmente relacionada con el robo, es una acción independiente de aquel, que tiene su propia sustantividad y que no está condicionada en su propia existencia por el delito de robo que puede producirse antes, durante o después de la detención ilegal. En estos últimos casos estaríamos ante un supuesto de concurso real ( SSTS 1548/2004, de 27-12 ; y 809/2010, de 29 de septiembre ; en la misma línea: SSTS 892/2008, de 26-12 ; 1250/2009, de 10-12 ; 1372/2011, de 21-12 ; 183/2012, de 13-3 ; 1011/2012, de 22-12; y 609/2013, de 28-6 y 887/2013, de 27-11 , entre otras).

La STS 1020/2007, de 29-11 aplicando la doctrina anterior a un supuesto de privación de libertad a la víctima de un robo a la que se conduce a un cajero automático, afirma que en caso de acudir a un cajero automático, se produce una mínima privación de libertad que queda limitada al tiempo e intensidad necesarios para efectuar el despojo, de modo que queda absorbida por el robo. Añade que es indiferente que el propósito del sujeto activo sea desposeer a la víctima de sus bienes muebles, en la medida que ello no implica la ausencia del dolo propio de la detención ilegal (basta que la acción sea voluntaria y el conocimiento del agente abarque el hecho de la privación de libertad), pues el mencionado propósito no es otra cosa que el móvil que guía al autor y la trascendencia de su conducta no puede quedar a expensas de la mera discrecionalidad del mismo.

Más, añade, cuando la jurisprudencia se refiere a un cajero automático, lo relaciona con uno muy próximo. Ahora bien, si hay que acudir por varios pueblos, como es el

supuesto enjuiciado, con episodios de agresión sexual de por medio, hasta conseguir el correspondiente dinerario, la cuestión no puede tener la misma solución jurídica. Aquí existe prolongación de la detención ilegal, voluntariamente causada por los autores, como modo que tratan de ponerse más a cubierto de un posible descubrimiento policial, al acudir a varias localidades. Aprecia por ello un delito de robo en concurso medial con un delito detención ilegal.

Un supuesto de concurso real robo y detención ilegal es el que recoge la STS 882/2009, de 21-12. Admite que en el supuesto de hecho enjuiciado existió un tiempo de espera entre el primer despojo y la llegada del hijo de la víctima a la vivienda en la que tiene lugar el robo, y que el tiempo de más que estuvo detenida la víctima por los autores en la vivienda está fuera de la esfera del robo propiamente dicho, que ya estaba producido, y lo que persiguen los autores es asegurar una nueva acción de despojo, sobre otra persona diferente, el hijo de la víctima, que no se encuentra en la morada. La privación de libertad de la víctima integra un delito de detención ilegal en concurso real con el delito de robo con violencia, pues, siguiendo la línea jurisprudencial de las SSTS 26-1-2005, 31-1-2005 y 1020/2007, de 29-11, la duración e intensidad de la privación de libertad, con independencia de su relación con el delito contra la propiedad, se aparta notoriamente de su dinámica comisiva, se desconecta de ésta por su manifiesto exceso e indebida prolongación, no pudiendo ser ya calificada de medio necesario para la comisión del robo, excediendo de esta forma el alcance del concurso medial.

Finalmente, la STS 609/2013, de 28-6 recuerda que siendo la libertad individual un valor personalísimo, se cometen tantos delitos de detención ilegal como personas hayan sido privadas de su deambulación.

### **3.3.- Concurso robo / lesiones. Responsabilidad del que no es autor material de las lesiones. Coautor por tener dominio funcional del hecho. Teoría de las desviaciones previsibles**

Dice la STS nº 1049/2005, de 20-9, que son reiteradas las sentencias del TS que consideran coautores a los que intervienen en el hecho en base a lo que se denomina "dominio funcional del hecho, pudiéndose citar por su claridad la 909/98, de 2-7, cuyo Fundamento Jurídico Primero reproducimos literalmente: "El art. 28 del C.P. vigente nos permite disponer ya de una definición legal de la coautoría que, por otra parte, era de uso común en la jurisprudencia y en la doctrina antes de que el mismo fuese promulgado: son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelincuencia -SS 31/5/85, 13/5/86 entre otras- por la doctrina de esta Sala. Preciso es pues, esclarecer que debemos entender por uno y otro elemento -objetivo y subjetivo- de la coautoría. La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común. A la misma consecuencia práctica lleva la utilización del instrumento teórico del dominio del hecho, acogido por esta Sala en numerosas y recientes sentencias como las de 12/2/86, 24/3/86, 15/7/88, 8/2/91 y 4/10/94. Según esta teoría, son coautores los que realizan una parte necesaria en la

ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aún no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca.

Por lo que se refiere al acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de "imputación recíproca" de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, tanto la doctrina como la jurisprudencia, SSTS. 3/7/86, y 20/11/81, han estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución, -coautoría adhesiva o incisiva-, y que el mismo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar. El acuerdo, en definitiva, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, como ocurre en casos como el presente, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado el dolo compartido".

Aplicando la doctrina expuesta, la STS citada afirma que es coautor del delito de robo con violencia e intimidación y del delito de homicidio cometido en la persona de una de las víctimas del robo, el partícipe del que no se ha determinado en la sentencia de instancia que fuera el autor material del navajazo que causó la muerte, y ello porque se señala hubo una conjunta actuación en la totalidad del proceso delictivo, con activa participación del mismo, un ataque colectivo a las víctimas, con distribución de papeles, e incluso aunque se admitiera que el arma fue utilizado por otro partícipe (en este caso menor), su adhesión expresa al pacto criminal, su presencia física coadyuvando a la consecución de la mecánica comisiva, su actividad agresiva con la otra víctima no desentendiéndose de lo que allí ocurría e incluso su conducta posterior huyendo con el autor material e intentando repartirse lo sustraído le convierten en coautor material.

Al tratar la cuestión de la comunicabilidad de la responsabilidad por la muerte o las lesiones producidas a la víctima del acto depredatorio por uno de los participantes en el robo, a los partícipes que no realizaron materialmente el hecho, la Sala II ha aplicado reiteradamente la llamada teoría de las desviaciones previsibles. Señala la STS nº 842/2005, de 28-6 "...El previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya "a priori" todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque sólo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales, pues el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y admite del modo más o menos implícito que en el "iter" del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva (véanse, entre otras, SSTS de 31 de marzo de 1993 , 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994 , 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001 ), especificando la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 que no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes..."

Aplica la teoría de las desviaciones previsibles la STS nº 97/2010, de 10-2, ya citada al tratar el concepto de violencia e intimidación, al dar respuesta a la impugnación del partícipe condenado en la instancia por un delito de robo con violencia, que argumenta



que ha permanecido fuera de los servicios donde es encerrada la víctima y sostiene que únicamente se le puede imputar un delito de hurto. Señala la sentencia citada que aunque se admitiera que el "pactum scaeleris" entre los acusados se limitara al apoderamiento del dinero de la víctima mediante la maniobra de distraer su atención llevándola a los servicios con engaño, lo cierto es que en el concreto caso examinado el empleo de la violencia mínima para mantenerla encerrada se inscribiría en el ámbito de la llamada teoría de las desviaciones posibles, por cuanto el previo concierto para llevar a cabo el apoderamiento no excluye a priori aquella violencia necesaria para su ejecución, que se situaría, cuando menos, en el plano del dolo eventual.

Y merece así mismo cita la STS nº 882/2009, de 21-12, que considera coautor del delito de lesiones cometido sobre la moradora, que fue golpeada por los intervinientes que entraron en la vivienda, al partícipe que permanece en el exterior, porque existió un previo concierto para cometer un robo con violencia, hubo una distribución de funciones y al planear una acción depredatoria con violencia o intimidación se está admitiendo y consintiendo la posibilidad de que se lleguen a causar unas lesiones, de modo que pudo y debió prever la posibilidad y la probabilidad de tales agresiones, aceptándolas y consintiéndolas.

### **3.4.- Comunicabilidad a los partícipes del uso armas**

La doctrina jurisprudencial ha admitido de modo constante la comunicabilidad del uso de arma o instrumento peligroso a los partícipes no portadores siempre que tuvieran conocimiento de su existencia y uso para cometer el delito.

Así en la Sentencia 1458/2000, de 18 de septiembre, se declara que en el supuesto que se examina existió esa comunicabilidad no solo por la realidad de un concierto previo, sino por el protagonismo asumido por los tres recurrentes que ponen de manifiesto una situación de condominio del hecho y añade esa sentencia que es en el momento de la acción cuando tienen conocimiento del empleo del cuchillo y lejos de apartarse e interrumpir la acción típica, continúan con ella, beneficiándose de ese medio empleado en el momento de la acción, comunicabilidad que tiene su apoyo en el art. 65-2º del Código Penal, que hace referencia, precisamente, a la comunicación de las circunstancias relativas a los medios empleados en la ejecución --en este caso el cuchillo-- que se comunican a aquellas partes que tuvieron conocimiento de las mismas en el momento de la acción, y eso es cabalmente lo que ocurrió en el presente caso; y en la Sentencia 930/2000, de 27 de mayo se dice que en realidad, no se declara expresamente probado en la Sentencia recurrida que este recurrente conociese aquella circunstancia, pero el Tribunal de instancia pudo llegar razonablemente al convencimiento de que la conocía, habida cuenta de que el hecho fue planeado y realizado conjuntamente por los tres acusados que distribuyeron entre sí los papeles que cada uno había de desempeñar, sin que considerase oportuno quizá hacerlo constar en el "factum" por tratarse de un hecho de conciencia, cognoscible por inferencia y no por la apreciación directa de una prueba. Lo que importa es que la inferencia era razonable y que, en consecuencia, ni se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por haber tenido, implícitamente, por demostrado dicho conocimiento ni, admitida su concurrencia, puede sostenerse que fue indebida la aplicación a este recurrente del párrafo 2 del art. 242 CP puesto que una constante jurisprudencia -SS. de 22-3-90, 25-9-91 y 25-1-93, entre otras muchas- establece, para estos casos, la "comunicabilidad" de la

utilización de armas o medios peligrosos cuando su porte es sabido por los otros partícipes.

### **3.5.- Compatibilidad robo con violencia con abuso de superioridad.**

Superada una vacilante posición contraria, la jurisprudencia admite ya sin matices la compatibilidad de la agravante de abuso de superioridad con el delito de robo con violencia o intimidación. Como señala la STS nº 1020/ 2007, de 29-11, tras exponer los requisitos generales, con cita por todas, de la STS 664/2002, de 11-4,”..... Es cierto que no son abundantes los pronunciamientos sobre la existencia de esta agravante en delitos violentos contra el patrimonio, sin embargo su compatibilidad no tiene que ofrecer cuestión alguna, ya que esa circunstancia agravante se puede afirmar en todas aquellas conductas delictivas que presupongan una agresión física a la víctima, sin que exista razón alguna que limite su aplicación a los delitos contra la vida o integridad física, como se predica en el caso de la alevosía, y aún en ésta, solamente se acota: delitos contra las personas. Es posible, por consiguiente, su apreciación en otras figuras delictivas en las que la conducta delictiva exija el empleo de la fuerza física y ello no cabe duda está presente en los delitos de robo con violencia y habrá que examinar cada caso en concreto si se ha usado violencia con una víctima que se encuentra en situación evidente de desequilibrio de fuerzas, lo que ha sido aprovechado de propósito y que esa superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, y que exceda de la que fuera necesaria o inherente en el delito de que se trate.

Esta Sala se ha pronunciado a favor de la compatibilidad de esa circunstancia agravante con el delito de robo con violencia. Así en la sentencia de 21 de septiembre de 1998, se analiza la posición de la jurisprudencia y se expresa que tal doctrina no ha sido unánime sobre la aplicabilidad de tal circunstancia en el delito de robo violento o intimidatorio. Ya la sentencia de 19 de diciembre de 1988, se hizo eco de esta cuestión, señalando las discrepancias. Mientras determinadas resoluciones han señalado que el abuso de superioridad se encuentra insito en el robo con intimidación –ver sentencias de 17 de junio de 1985, 7 de marzo de 1986 y 15 de marzo de 1987–, otras han apreciado tal agravación –ver sentencias de 23 y 28 de enero de 1986, 4 de noviembre de 1992, 23 de marzo y 30 de noviembre de 1994 y 5 de junio de 1995–. Esta última doctrina, más reciente, exige para ello la concurrencia de determinados requisitos: en primer lugar, que exista una situación de superioridad o lo que es lo mismo, un destacado desequilibrio de fuerzas a favor del agresor con respecto a la víctima, por cualquier circunstancia, medios empleados, concurrencia de personal, etc. Asimismo, que tal superioridad produzca una notable disminución de las posibilidades reactivas de defensa del ofendido, sin precisar su eliminación, pues ello nos conduciría a la alevosía, de la que el abuso de superioridad es sustancia menor o incompleta en cuanto al aseguramiento de la ejecución. Finalmente, que los agresores conozcan tal situación de desequilibrio y la aprovechen para la mayor facilitación en la realización de la infracción criminal.

En el caso que se examina, se aprecia al ser tres los agresores, que se aprovecharon de que eran tres para doblegar la voluntad de su víctima sin apenas resistencia y ello permite afirmar la concurrencia de cuantos condicionantes se exigen por la doctrina de esta Sala para apreciar la compatibilidad de esa circunstancia agravante con el delito de robo con violencia, por lo que ha de estimarse la agravante de abuso de superioridad ha sido correctamente apreciada por el Tribunal de instancia.

En el mismo sentido, las más recientes Sentencias: 269/2004, de 8 de marzo; 1630/2003, de 28 de noviembre; y 664/2002, de 11 de abril”.

### **3.6.-Comunicabilidad a los partícipes de la agravante de disfraz.**

En relación con el uso del disfraz y su comunicabilidad a los demás partícipes, resulta sumamente ilustrativa, por el detallado casuismo que plantea, la STS 838/2001, de 10-5, que cita la STS 383/2010, de 5-5, que dice:

”...Recordando que tres son los requisitos para la estimación de esta agravante:

a) objetivo: consistente en la utilización de un medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual; b) subjetivo: propósito de facilitar la ejecución del delito o evitarse su identificación, rehuendo responsabilidades; y c) cronológico: según el cual el disfraz ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, no antes ni después de tal momento (SS. 17-6, 15-9 y 19-11 de 1999).

Dando por supuesta la concurrencia del primero y el tercero, de naturaleza objetiva, será el segundo, el que precisará de un análisis más detallado.

El propósito del culpable, se halla en directa relación con la "ratio" agravatoria de la circunstancia, integrada por el reproche que merece el sujeto activo que astutamente acude a argucias o artimañas, que le van a permitir el favorecimiento de la comisión del delito o el logro de la impunidad.

Poniendo en relación los dos aspectos de la agravatoria, el objetivo (uso de medio, apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual) y el subjetivo (mayor facilidad de ejecución y mayor impunidad), con el art. 65 del C.Penal, podemos establecer los siguientes supuestos para el caso de que un delincuente, utilice el disfraz y otro no, como es el caso de autos:

A).- Que la utilización del disfraz forme parte del concierto criminal o proyecto delictivo. En este caso, podemos distinguir a su vez:

1) Que se utilice el disfraz para facilitar la ejecución del delito. Por ejemplo, vistiéndose con traje de sacerdote o uniforme de policía, como mecanismos aptos para confiar, sorprender y confundir, a las posibles víctimas del delito. En este caso, debe alcanzar la agravación al que no lleva el disfraz, porque forma parte del proyecto criminal y se beneficia de su uso.

2) Que la utilización tenga por objeto ocultar la identidad, con miras a la impunidad. Este uso y finalidad será la más normal y frecuente, dentro de la sociología criminal. En este supuesto habremos de distinguir:

a) Que se beneficie el que no porta el disfraz. Por ejemplo, si queda uno de los partícipes dentro de un coche en funciones de vigilancia y presto a emprender la huida. También debe alcanzarle la agravación, pues el no identificar a un delincuente, favorece el anonimato del consorte delictivo. No lleva disfraz, pero no interviene en la materialización del delito, en contacto, con las víctimas y eventuales testigos, salvaguardando su identidad.

b) Que no se beneficie del disfraz el que no lo lleva. En este caso, si en la escena del delito, aparece uno con disfraz y otro sin él, no debe alcanzar la agravación a quien no lo lleva, si ambos tienen las mismas posibilidades de ser identificados. Cabría plantear la hipótesis del beneficio indirecto del disfraz utilizado por otro, cuando el que está disfrazado es un conocido del lugar donde se comete el hecho, y su acompañante un forastero, En este excepcional supuesto podría alcanzarle la agravación.

3) Que tenga tanto la finalidad de facilitar la ejecución, como ocultar la identidad. En este supuesto, por el beneficio que le supondría por el primer aspecto, debería comunicarse la agravación.

B) Que el empleo de disfraz no forme parte del proyecto criminal, y el que no utiliza disfraz, ignore que se está utilizando por otro copartícipe. Sería el caso del que esperando a cierta distancia del lugar del delito, no pudo percatarse, que uno de los ejecutores sacaba del bolsillo, cualquier capucha y se la colocaba, por su iniciativa y en beneficio propio. Las agravantes, además de cumplirse en su aspecto objetivo, el sujeto, han de tener conciencia de la concurrencia de las mismas. A nadie puede imputarse o reprocharse algo que no conoce, ni podía conocer, ni esperar que se produjera.”

### **3.7.- Continuidad delictiva: no se aprecia**

La doctrina de la Sala II ha excluido de manera reiterada la aplicación del delito continuado en los casos de pluralidad de robos con violencia.

Así lo recuerda la STS 898/2012, de 15-11, dado que su exclusión viene determinada por el apartado tercero del art. 74 del CP. Si establece el precepto que “quedan exceptuados de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos se

atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.”

El delito de robo con violencia o intimidación lesiona tanto el patrimonio como la libertad de las personas, por lo que no es posible apreciar la continuidad delictiva.

Del mismo modo, tampoco cabe apreciar continuidad delictiva entre robo con violencia y robo con fuerza en las cosas o hurto ( STS 97/2010, 10 de febrero, confirmando la tesis proclamada, entre otras muchas, en las SSTS 782/1998, 5 de junio; 1677/1999, 24 de noviembre; 78/2000, 31 de enero; 1564/2002, 7 de octubre y 1572/2003, 25 de noviembre).

### **3.8.- Compatibilidad robo con violencia y uso de armas del art. 242.3 y lesiones del art. 148.1.**

La aplicación simultánea del subtipo agravado del art. 242.3 y del art. 148.1 por utilización del arma no vulnera el principio del non bis in idem. Así lo ha entendido la jurisprudencia entre otras, en sentencias 213/2000, de 18-2,y 2044/2002, de 3-12. La STS 213/2000, de 18-2, dice “.....Del contenido de ambos tipos penales no resulta un injusto unitario que ha sido contemplado dos veces. En el robo la agravación se integra por la exhibición, en tanto que las lesiones requieren la causación de una lesión cuyo resultado, por el medio empleado, pudo ser mayor que el integrado en el tipo básico. Son en definitiva dos acciones distintas que se integran en las respectivas agravaciones, una la exhibición y otra el empleo vulnerante....”

### **3.9.- Tipo atenuado de robo con violencia o intimidación. Criterios jurisprudenciales.**

El art. 242.4 establece: “ *En atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo.*”

Como señala el ATS 237/2005, de 20-1, la doctrina de la Sala II ha establecido los criterios objetivos a seguir para dilucidar si ha de aplicarse o no este art. 242.3:

1º. "Menor entidad de la violencia o intimidación", criterio principal, sin duda alguna, como se deduce de la expresión "además" que encabeza la referencia al otro criterio, y que, por otro lado, tiene una mayor concreción y hace referencia, de los dos bienes jurídicos protegidos en esta clase de robos (personas y patrimonio), al más relevante de ellos: la libertad e integridad de la persona.

2º. "Además las restantes circunstancias del hecho", elemento de menor importancia que el primero, como ya se ha dicho, pero imprescindibles para la aplicación del precepto, de modo que la sola consideración de la entidad de la violencia o intimidación no permite aplicar la rebaja en grado aquí previsto. Hay que examinar las otras circunstancias del hecho, indeterminadas en la propia norma y, por tanto, de muy variada condición:

a) El lugar donde se roba: no es lo mismo hacerlo en la calle a un transeúnte que en un establecimiento comercial, y tampoco puede equipararse el robo en una pequeña tienda al que se comete contra una entidad bancaria.

b) Con relación al sujeto activo, habrá de considerarse si se trata de una persona o si hubo un grupo de coautores, así como, en su caso, la forma de actuación de ese grupo y si se hallaba más o menos organizado.

c) Asimismo podrá considerarse el número de las personas atracadas y su condición en orden a su situación económica o a las mayores o menores posibilidades de defenderse.

d) La experiencia nos dice que de todas estas "restantes circunstancias del hecho", la que con mayor frecuencia se nos presenta para valorar si se aplica o no esta norma jurídica, es el valor de lo sustraído, de modo que ha de excluirse esta aplicación cuando tal valor alcanza cierta cuantía que, desde luego, no cabe determinar en una cifra concreta, pues habrá de variar según esas otras circunstancias antes indicadas o cualesquiera otras que pudieran conferir al hecho mayor o menor antijuricidad.

Todos estos criterios habrán de tenerse en cuenta conjuntamente, a fin de poder valorar de modo global la gravedad objetiva de lo ocurrido, en sí mismo considerado, para determinar en definitiva si la pena básica a imponer (la del 242.1º ó la del 242.2) es proporcionada a esa gravedad o si ha de considerarse más adecuada la rebaja en un grado que prevé el 242.3.

Los criterios expuestos han sido mantenidos en la reciente STS 8/2014, de 22-1.

En cualquier caso, conviene recordar que su aplicación ha de ser excepcional. Y así lo ha proclamado la STS 1157/02, de 20-6, "la apreciación del subtipo ha de ser excepcional. La comparación con las penas del delito de robo con fuerza en las cosas, conduce a considerar por vía de principio ese carácter restrictivo y excepcional, pues por esa vía se permite el castigo inferior del robo violento o intimidatorio que el robo con fuerza, pese a la mayor gravedad de éste. Esa constatación, para salvar la coherencia del Código, requiere el uso prudente y cauto de esa facultad atenuatoria, sin hacer de la misma una utilización generalizada e indiscriminada, lo que introduciría elementos de descompensación y de desproporción en las penas que administra el Derecho Penal."

La compatibilidad de la agravante de uso de armas y el subtipo atenuado del art. 242.4 del CP ha sido admitida con cautela por la doctrina jurisprudencial y así se ha pronunciado la STS 207/2006, de 7-2 señalando que excepcionalmente y en casos muy concretos pudiera compatibilizarse con el subtipo agravado del apartado tercero del mismo artículo.

### **3.10.- Concepto de medio peligroso.**

La jurisprudencia de la Sala II ha establecido de modo constante, entre otras, en STS 1011/2012, de 12-12 que las pistolas de fogeo, detonadoras e incluso simuladas son instrumentos o medios aptos para ser subsumidos en el empleo o uso de las armas o medios peligrosos a que se refiere el tipo penal agravado cuando el Tribunal hace constar su posible peligrosidad, consistente por un lado en su empleo como medio contundente para vencer la resistencia e la víctima y por otro en su utilización a corta distancia.

Y añade que lo relevante es la susceptibilidad de éstos de aumentar o potenciar la capacidad agresiva del autor, incrementando el riesgo para el asaltado y por tanto disminuyendo su capacidad de defensa --STS 753/2004 de 11 de Junio, con citación de otras muchas.

Sobre la conceptualización de las pistolas detonadoras como instrumento peligroso, cabe citar las SSTS 1401/1999 de 8 de Febrero, 22 de Septiembre de 1998, 12 de Abril de 1999 y 22 de Abril de 1999, que aplican el Acuerdo del Pleno del TS de 21 de enero de 2000.

La STS de 27-5-2005 ha considerado como instrumento peligroso una maza, y la STS 887/2013, de 27-11, una pistola de metal simulada, de peso superior al kilo, dada su capacidad de contundir.

En todo caso, para determinar si un objeto puede ser catalogado como peligroso, resulta necesario recordar que como señala la STS 849/2009, de 13-7 es preciso que consten sus características de tamaño, peso o composición material.

### **3.11.- Robo con violencia sobrevenida/ concurso real delito de hurto-robo con fuerza-lesiones o amenazas sufridas por la víctima.**

La violencia que convierte una sustracción inicialmente constitutiva de hurto en un delito de robo es la que se emplea para lograr el apoderamiento y se produce en un momento anterior a la consumación.

Siguiendo la línea argumental de la STS de 24-1-2000, pueden diferenciarse tres supuestos:

En primer lugar, empleo de violencia o intimidación antes de la consumación del delito, siendo constante la doctrina jurisprudencial que entiende la consumación como disponibilidad de la cosa-illatio-disponibilidad que puede ser, momentánea o fugaz, y basta que sea potencial ( por todas, STS 349/2001, de 9-3).Convierte el delito de hurto o robo con fuerza precedente en delito de robo con violencia o intimidación.

El supuesto precedente se distingue de los dos siguientes: Empleo de violencia o intimidación cuando ya se ha consumado el delito, encaminada a lograr la huida e impedir la detención, y empleo de violencia o intimidación antes de la consumación, con abandono de los efectos sustraídos y encaminada a lograr la huida. En ambos, la violencia o intimidación así surgidas no modifican el precedente delito patrimonial y existe un concurso real entre el delito de robo o hurto precedente con otros tipos penales contra la integridad física o la libertad (amenazas, lesiones...)

### **3.12.- Robo y Lesiones. Concurso real. Teoría de la imputación objetiva.**

La STS nº 928/2013, de 5-12 examina la responsabilidad de los autores del robo en las lesiones que se produce la víctima en la huída. Se trata de un supuesto en el que la víctima resbala y cae cuando intentaba huir desde el balcón de la habitación en la que la habían encerrado las personas que se introdujeron en su casa violentamente.

Dice la sentencia “..... No cabe aquí considerar la ausencia de responsabilidad de los acusados en las lesiones que se produjo la referida mujer al resbalar y caer cuando intentaba huir de la habitación en la que le habían dejado las personas que se introdujeron violentamente en su domicilio "... descolgándose a través del balcón del dormitorio ... En efecto, no puede atribuirse a un mero "caso fortuito", como hacen los Jueces "a quibus" en el Séptimo de sus Fundamentos Jurídicos, la causación de tales lesiones, pues las mismas se conectan, en directa relación de causalidad, con la situación generada por los acusados. Así, el hecho de irrumpir, violentamente y armados, en el domicilio de la lesionada y de su pareja, el recluir a la mujer en el dormitorio de la vivienda y el disparar contra el otro morador, de forma que la víctima , al oír tales disparos, lógicamente se atemorizó e intentó la arriesgada huida a través del balcón que había en la habitación, lo que provocó su caída y la producción de importantes lesiones, ha de suponer la atribución de la responsabilidad de esas consecuencias lesivas a quienes originaron el riesgo idóneo para semejante resultado.

En este caso puede afirmarse, plenamente y de acuerdo con la teoría de la "imputación objetiva", que además de la referida vinculación causal entre la conducta de los acusados y el resultado producido, pues no se hubieran producido las lesiones de no haberse llevado a cabo aquella, la acción de los acusados " ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico".

Si estuviéramos ante el supuesto de que la mujer, encerrada en una habitación, sin más, hubiera intentado escapar y, como consecuencia de ello, se causase sus lesiones, podríamos abrigar quizá alguna duda acerca de la imputación de tales lesiones a los autores del encierro, pero no debemos olvidar aquí el dato trascendental de que se produjeron dos disparos en una habitación contigua, con lo que la percepción del peligro para quien podía con toda razón imaginar que, de haberse acabado con la vida del otro morador, la siguiente víctima mortal podría ser ella misma, era una consecuencia del todo lógica.

Esa acción, la de los disparos, es la que hace del todo peligrosa la situación de la mujer y provoca el desesperado intento de huida de ésta, aún con los riesgos que ello suponía y que se concretaron en la caída y la producción de las graves lesiones.

Por consiguiente, el resultado lesivo ha de resultar atribuido a aquellos que, con su conducta, provocaron la situación que lo genera, sin exageración alguna en la reacción de su víctima, que se limitó a encontrar una respuesta por completo proporcional y justificada ante semejante situación."

### **3.13.- Aplicabilidad de la agravante de abuso de confianza del art. 21.6 del CP en el delito de robo con fuerza y en el delito de robo con violencia.**

En un planteamiento general sobre la agravante de abuso de confianza, la STS nº 842/2005, de 28 de junio ha declarado que "el abuso de confianza exige, como circunstancia agravante, una relación especial subjetiva y anímica, entre el ofensor y la víctima, relación de confianza que ha de encontrar su razón o causa en una serie de circunstancias distintas, nacidas de diversas motivaciones, bien sean relaciones laborales, amistosas, convivencia de vecindad, razones familiares o cualquier otra, que genere una especial confianza en virtud de la cual se inhibe la sospecha o la desconfianza. La agravante requiere además que el autor se aproveche de las facilidades que para la comisión del delito implican los referidos vínculos, lo que significa una mayor posibilidad en la ejecución del mismo. Y esa confianza ultrajada se manifiesta como un plus de culpabilidad, al revelar una mayor perversión en la ejecución de unos actos constitutivos de unos delitos que no la llevan implícita, como sucede en los apreciados en este caso (robo con violencia y lesiones)".

La Sala II ha admitido la aplicabilidad de la agravante tanto en el delito de robo con fuerza en las cosas, entre otras en STS 986/2012, de 12/12 como en el delito de robo con violencia, entre otras, en STS 864/2009, de 13/7 y en la reciente STS 8/2014 de 22-1.

## **4.- DELITO DE HURTO/ROBO DE USO DE VEHICULOS**

### **4.1.- Conceptos de sustracción y utilización.**

El concepto de sustracción no plantea problemas. La jurisprudencia lo define de modo constante como extraer el vehículo de motor o ciclomotor de la esfera de disponibilidad del propietario de modo clandestino o subrepticio, aprovechando que el dueño no se apercibe de ello (por todas, STS 1210/04, 28-10).

La sustracción no es necesario que se realice poniendo en marcha el vehículo y circulando con el mismo. Integra también el tipo la sustracción que tiene lugar cuando se carga el vehículo en otro medio de transporte, como en un camión, o se traslada el vehículo sustraído con una grúa, y se extrae así del ámbito de disposición del propietario. Si el vehículo sustraído está cerrado, su apoderamiento del modo descrito

integra el supuesto de fuerza en las cosas descrito en el n° 3 del art. 238, al que se remite, como al resto de modalidades del art. 238 que resulten aplicables, como lo ha interpretado de modo constante la jurisprudencia, el apartado segundo del art. 244 del CP.

En cuanto al concepto de utilización, como señala la STS 1157/2002, de 20-6, incluye tanto a quienes lo conducen conociendo su sustracción previa como a quienes lo ocupan como simples pasajeros, aunque no hayan tomado parte en la sustracción.

#### **4.2.- Valor venal del vehículo o ciclomotor.**

El valor venal del vehículo o ciclomotor resulta determinante de la calificación jurídica. Ha de ser superior a 400 euros para constituir el delito del art. 244 del CP. En caso contrario la sustracción del mismo integra la falta del art 623.3 del CP. Y ello aun cuando concorra fuerza en las cosas. Únicamente resulta irrelevante a efectos de la calificación el valor venal cuando la sustracción ha tenido lugar con violencia o intimidación, pues en este supuesto, en todo caso, el apoderamiento del vehículo es delito.

#### **4.3.- Concursos hurto-robo de uso de vehículo / sustracción de bienes que se hallan en su interior. Examen de determinados supuestos.**

Se plantean a menudo en la práctica supuestos en los que el autor de la sustracción del vehículo se apodera tras dejar el mismo de los efectos que encuentra en su interior.

Surgen así dos calificaciones jurídicas distintas, según haya concurrido fuerza en la sustracción del vehículo o bien violencia o intimidación.

En el supuesto de sustracción del vehículo con fuerza, y posterior apoderamiento de los efectos encontrados en su interior, se aprecia un concurso real entre el delito de robo de uso del art. 244.1 y 2 y el delito o falta de hurto. Y ello por cuanto el ánimo de utilización temporal del vehículo tiene un tratamiento privilegiado respecto al ánimo de apropiación definitiva, que tiene repercusión en la pena.

En el caso de sustracción del vehículo con violencia o intimidación y ulterior apoderamiento de bienes de su interior, el delito de robo de uso con violencia absorbe el ulterior delito o la falta de hurto. Así lo expone la STS n° 1138/2001, de 14-6. Señala la citada sentencia "...En efecto impugna la parte recurrente su condena por una falta adicional de hurto referida a los objetos existentes en el vehículo, de los que se apoderaron con ánimo de apropiación definitiva después de abandonado el vehículo.

El criterio del Tribunal sentenciador sería correcto si nos encontrásemos ante un hurto de uso del art. 244.1 del Código Penal o un robo de uso con fuerza en las cosas del art. 244.2. En estos casos el legislador ha tomado en consideración la inexistencia de ánimo de apropiación en la sustracción del vehículo para otorgar a la conducta enjuiciada un trato punitivo diferenciado y privilegiado. En consecuencia si el ánimo de uso respecto del vehículo concurre con un ánimo de apropiación definitiva respecto de los objetos que en él se encuentran, deben ser sancionadas ambas conductas acumulativamente en concurso real (hurto o robo de uso del vehículo y hurto propio de los efectos que en él se encontraban y que son objeto de apoderamiento definitivo cuando se restituye, directa o indirectamente el vehículo).

Ahora bien ese trato diferenciado y privilegiado que el legislador otorga al hurto y robo con fuerza de vehículos cuando no existe ánimo de apropiación, no se extiende a los supuestos de robo con violencia o intimidación, en cuyo caso el ánimo de uso o de apropiación son indiferentes para el legislador:



desaparece la especificidad y en todo caso se sancionará el hecho como robo con violencia e intimidación en las personas del art. 242, tal y como establece el párrafo cuarto del art. 244.

En consecuencia, en estos supuestos el robo del vehículo absorbe el de los objetos que en él se encontrasen. De otro modo la ausencia de ánimo de apropiación definitiva (que el legislador considera punitivamente irrelevante en estos supuestos) actuaría en perjuicio del reo, pues determinaría una duplicidad sancionadora (robo del vehículo y hurto de los objetos que en él se encontrasen), cuando en el supuesto de robo del vehículo con ánimo de apropiación es claro que el hecho se sancionaría únicamente como un robo, incluyendo en el mismo tanto el vehículo como los objetos que en él se encontrasen”.

#### **4.4.- El apartado 3 del art. 244.**

Establece el citado apartado:” De no efectuarse la restitución en el plazo señalado, se castigará el hecho como hurto o robo en sus respectivos casos.”

La cuestión que puede plantear la interpretación del nº 3 del art. 244 es si este apartado contiene una mera remisión penológica, de modo que en caso de sobrepasar las 48 horas la utilización del vehículo, la pena se agrava y se impone la correspondiente a un delito de hurto o robo previstos, respectivamente, en los arts. 234 o 240 del CP. O por el contrario, ha de entenderse que el plazo de restitución es un elemento del tipo, de modo que excedido el mismo, cambia la naturaleza del delito, y convierte el delito de hurto o robo de uso de vehículos en delito de hurto o robo.

Las respuestas ofrecidas en las SAP de Madrid, Sección 17, nº 61/2003, de 30-1, SAP Zamora, Sección 1ª, n 61/2011, de 21-6 así como en la STS nº 1052/2009, de 28-10 apuntan a que el apartado tercero del art. 244 constituye un subtipo agravado, que opera por la superación del plazo de restitución fijado en el apartado primero. En apoyo de esta tesis, la STS nº 1052/2009 de 28 octubre antes citada, fundamenta la correcta aplicación del art. 244.3 en el supuesto enjuiciado en la existencia de una utilización, que califica de más duradera, y contrapone a la que denomina simple utilización, afirmando que es la que aparece expresamente tipificada como de mayor gravedad.

#### **4.5.- Robo de uso con violencia y detención ilegal. Concurso de delitos.**

Dos cuestiones interesantes plantea la STS nº 1489/99, de 22-10 que exponemos a continuación. El empleo de violencia o intimidación para lograr el apoderamiento del vehículo no ofrece dudas de que integra el subtipo agravado del nº 4 del art. 244 del CP. Supuesto distinto es el de la sustracción del vehículo cuando el autor emplea intimidación o violencia para obligar a su conductor a que lo traslade a otro lugar y surge así un posible concurso con un delito de detención ilegal.

El tipo no exige que el que sustrae el vehículo sea el conductor, por lo que obligar a otro mediante violencia o intimidación a conducirlo para trasladar al autor al lugar que éste determine integra un delito de robo de uso con violencia.

Si además la privación de libertad del conductor excede de la necesaria para la realización del delito de robo de uso, debe apreciarse un concurso de delitos con el delito de detención ilegal. Resulta plenamente aplicable la doctrina jurisprudencial recaída sobre el delito de robo con violencia y sus relaciones concursales con el delito de detención ilegal.

Dice la STS citada : "...Nuevamente debemos referir el pasaje del relato de hechos probados que soporta fácticamente la figura delictiva cuestionada. Se dice al respecto que:"A continuación, Miguel Ángel, a bordo del radiopatrulla citado, continuó su marcha hasta que, al llegar a la calle Alcalá lo abandonó y esgrimiendo el revólver citado, se introdujo en el taxi matrícula M-....-LW que conducía su propietario Mariano Merino Martín al que colocó un revólver en el costado obligándole a dirigirse a la Avenida L. hacia Tres Cantos y luego por Alcobendas y San Sebastián de los Reyes, trayecto que duró unos 40 minutos hasta que al llegar a la altura de los estudios de Antena 3, el acusado abandonó el vehículo dándose a la fuga" y en el fundamento jurídico primero apartado C) se justifica la calificación jurídica que el recurrente estima inadecuada en los siguientes términos:"el delito de detención ilegal solo exige la privación de la facultad deambulatoria, tal y como existió en el supuesto de autos ya que el acusado, con la amenaza continua que suponía el revólver colocado en el costado de Mariano Merino Martín, le obligó durante un período de tiempo dilatado, superior a los 40 minutos, según el testimonio de aquél, a circular por distintas calles y carreteras y a permanecer en el interior del vehículo sin permitirle abandonarlo...

Cuando el CP sanciona la conducta de la sustracción temporal de un vehículo de motor no lo hace con la exigencia de que quién realiza la sustracción sea al tiempo su conductor. De ahí que la solución adoptada por el Tribunal "a quo" además de acomodarse a parámetros de indiscutible ortodoxia al aplicar "a efectos punitivos el art. 77 del C. Pena , por cuanto, aún no existiendo entre ambas acciones un concurso ideal propiamente dicho -ya que objetivamente la detención ilegal no era necesaria para cometer el delito de robo de uso-, es indudable que estamos en presencia de un solo hecho constitutivo de dos delitos"

## **5.- EL PROYECTO DE LEY ORGANICA DE REFORMA DEL CODIGO PENAL**

El 20 de septiembre de 2013 ha sido aprobado por el Consejo de Ministros, para su remisión a las Cortes, el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El texto del Proyecto ha sido publicado el 4 de octubre de 2013 en el Boletín Oficial de las Cortes generales y está en trámite de dictamen de la Comisión de Justicia.

Las modificaciones más relevantes en relación a los delitos que son objeto del presente trabajo son las que se exponen a continuación.

En la Parte General, se modifica el artículo 74, que regula el delito continuado. Se añade que la pluralidad de acciones u omisiones sean cercanas temporalmente, con lo que se reduce su ámbito de aplicación, y se establece un nuevo régimen punitivo, estableciendo que será castigado con una pena superior a la pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto para la infracción más grave y que no exceda de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penara separadamente.

Se suprime además el delito masa, que queda englobado en el delito continuado, con la previsión de que si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas se impondrá motivadamente la pena superior en uno o dos grados.

En la Parte Especial, ciñéndome a los delitos que son objeto del presente trabajo, se modifican los arts. 234 y 235, se añade un art. 235 bis, y los arts. 237, 240, 241, 242, y 244 y se introduce el art. 242 bis.

En el art. 234, el primer apartado pasa a ser el número 1, eliminándose la referencia a la cuantía de lo sustraído superior a 400 euros, en concordancia con la supresión de la falta de hurto del actual art. 623.1 y el segundo se sustituye por uno nuevo, el número 2,

que introduce el delito leve de hurto, que queda definido como hecho de escasa gravedad, atendiendo al escaso valor de los bienes sustraídos y la situación económica de la víctima.

El segundo inciso de este apartado excluye de la escasa gravedad los casos en los que *el valor de los bienes es superior a 1000€ o cuando concorra alguna circunstancia de las recogidas en los artículos 235 ó 235 bis*, previsión que impedirá la aplicación del tipo atenuado a los delincuentes profesionales.

En el artículo 235 se añade al catálogo de agravantes específicas actuales un apartado tercero que incluye una agravación nueva cuando *se trata de conducciones del suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones o de otras cosas destinadas al servicio público, y se cause un grave quebranto de los mismos*.

La regulación específica de esta figura agravada viene determinada por el enorme problema generado por la sustracción de cable de cobre de las redes del servicio público e interés general, incluyendo tanto el servicio eléctrico como el de telecomunicaciones.

Se añade además un apartado 4, *Cuando se trate de productos agrarios o ganaderos, o de los instrumentos o medios que se utilizan para su obtención, siempre que el delito se cometa en explotaciones agrícolas o ganaderas y se cause un perjuicio grave a las mismas*.

La agravante del número 3 pasa a ser el apartado 5, referido a la *especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos o se causen perjuicios de especial consideración*.

En la circunstancia 6ª, se incluye, junto a su contenido actual, la consistente en el aprovechamiento de *la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito*". Se pretende así abarcar, como recoge la Exposición de Motivos, todas aquellas situaciones en que la víctima se encuentra en una situación de desvalimiento y el autor se aproveche de tal circunstancia, como sucede en aquellos supuestos de accidentes, catástrofes o calamidades públicas.

Se añade la circunstancia nº 7, *"cuando el autor actué con profesionalidad. Existe profesionalidad cuando el autor actúa con ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional"*. Según la Exposición de Motivos, pretende solucionar los problemas que plantea la delincuencia profesional.

Se modifica en la circunstancia nº 8 la edad de los menores que son utilizados para la comisión del delito, que pasa de 14 a 16 años.

Se introduce un nuevo artículo 235 bis, con dos subtipos agravados: el primero. *"cuando él mismo, u otro de los partícipes en el delito, porte armas u otro instrumento peligroso"*. Se valora la peligrosidad potencial de quien da inicio a la ejecución de un delito de hurto llevando consigo un arma o instrumento peligroso con la posibilidad de utilizarla en cualquier momento y, en consecuencia por la mayor antijuricidad del comportamiento penal desplegado.

El segundo “*cuando se trate de un miembro de una organización constituida para la comisión continuada de delitos contra la propiedad, y otro de sus integrantes participe en la comisión del delito*”. La Exposición de Motivos justifica esta nueva agravación en dar una respuesta a los problemas que plantea la reincidencia y la criminalidad organizada.

Con arreglo al número 2, la pena se impone en su mitad superior, cuando concurren las dos circunstancias del número 1 o cuando la regulada en el número 2º concorra con alguna de las circunstancias previstas en el Art. 235.

Se modifica el artículo 237, al que se da una nueva redacción:

*“Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas, sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren”*

Se incluye el empleo de fuerza para abandonar el lugar en el que se encuentran las cosas sustraídas, de modo que integran la figura del robo los supuestos en los que se produce la desactivación de los sistemas de alarma desde el interior del lugar, bien para huir o salir del lugar, y que con la redacción actual se calificaban como hurto (Consulta de la Fiscalía General del Estado 13/1997, de 14 de noviembre).

El artículo incluye en el tipo básico la posibilidad de que la violencia o intimidación recaiga sobre la víctima o sobre las personas que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren, como contempla el actual subtipo agravado del art. 242.3.

En el artículo 240 se añade un apartado segundo que impone la pena de dos a cinco años cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en los art. 235 o 235 bis.

En el artículo 241 se mantiene en el número 1 el subtipo agravado del *robo cometido en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias* añadiendo *fuera de las horas de apertura pero se suprime la referencia a las circunstancias previstas en el artículo 235, que pasan a integrar el apartado número 4, en el que se incluye además como circunstancia agravante cuando el hecho revista especial gravedad, atendiendo a la forma de comisión del delito o a los perjuicios ocasionados y en todo caso cuando concorra alguna de las circunstancias expresadas en los artículos 235 ó 235 bis.*

El artículo 242 mantiene su redacción actual en el apartado 1 y en el apartado 2 aumenta la pena del robo en casa habitada, añadiendo el edificio o local abierto al público o en cualquiera de sus dependencias, que se castiga con pena de prisión de tres años y seis meses a seis años.

El apartado 3 impone la pena en su mitad superior (de tres años y seis meses de prisión a cinco años para el tipo básico del apartado 1 y de 4 años y nueve meses de prisión a seis años para el agravado del apartado 2) *cuando concurren alguna de las circunstancias del artículo 235 bis* (porte de armas u otro instrumento peligroso o pertenencia a una organización delictiva constituida para la comisión continuada de

delitos contra la propiedad) *o cualquiera de los intervinientes en los hechos hiciere uso de armas o instrumentos peligrosos*, luego se castiga con la pena en su mitad superior no solo el uso del arma como en el Código Penal vigente, sino también el “porte”, equiparando ambos supuestos.

Se añade un nuevo artículo 242 bis que permite la imposición de una medida de libertad vigilada a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este capítulo.

En el artículo 244 se suprime en el apartado 1 la referencia al valor del vehículo, en consonancia con la supresión de la falta del art. 623.3 y se introduce un nuevo apartado 5 que permite la imposición junto a la pena de una medida de libertad vigilada.