



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo fin de grado

EL DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

Alumno: Jorge Regidor Jiménez

Mayo, 2019

Resumen

El objeto de este trabajo es realizar un análisis profundo de la estructura típica del delito de robo con fuerza en las cosas, teniendo como base las abundantes opiniones doctrinales y jurisprudencia que existe sobre este tema. Así, en este trabajo se analiza el bien jurídico protegido de este delito, el sujeto activo y pasivo, el objeto material, la conducta típica con sus distintas modalidades, los tipos agravados y cualificados, los elementos subjetivos del tipo y la consumación de este delito. Asimismo, a lo largo de la exposición se analizan casos específicos en los que existen dudas sobre si la conducta puede ser calificada como un robo con fuerza en las cosas.

Abstract

The purpose of this work is to carry out an in-depth analysis of the typical structure of the crime of theft with force in things, based on the abundant doctrinal opinions and jurisprudence that exists on this subject. Thus, this paper analyzes the protected legal asset of this crime, the active and passive subject, the material object, the typical behavior with its different modalities, the aggravated and qualified types, the subjective elements of the type and the consummation of this crime . Also, throughout the exhibition, specific cases are analyzed in which there are doubts about whether the behavior can be classified as a theft with force in things.

ÍNDICE

1. Introducción.....	2
2. Sujetos activo y pasivo. El Bien jurídico protegido.....	3
3. Objeto material.....	5
3.1 Cosa corporal.....	6
3.2 Cosa mueble.....	7
3.3 Cosa ajena.....	7
3.4 Cosa susceptible de apropiación.....	9
3.5 Cosa susceptible de valoración pecuniaria.....	10
4. Conducta típica: Modalidades de fuerza en las cosas (art. 238 CP).....	13
4.1 Escalamiento.....	18
4.2 Fractura externa.....	21
4.3 Fractura interna.....	27
4.4 Llave falsa.....	30
4.5 Inutilización de sistemas específicos de alarma o guardia.....	37
5. Tipos agravados y tipos cualificados de robo con fuerza en las cosas.....	38
6. Elementos subjetivos: Ánimo de lucro y dolo.....	44
7. Consumación.....	46
8. Conclusiones.....	48
9. Índice jurisprudencial.....	54
10. Bibliografía.....	55

1. INTRODUCCIÓN.

El actual Código Penal español (aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal) regula en su título XIII los *“Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”* y dentro de este título, el capítulo II recibe el siguiente nombre *“De los robos”*. Este capítulo II, que abarca desde el artículo 237 hasta el 242 del código Penal, regula los delitos de robo con fuerza en las cosas y de robo con violencia o intimidación.

El artículo 237 contiene la conducta típica de estos 2 tipos de robos así este artículo indica:

“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”

Esta definición del artículo 237 ha sido objeto de un importante análisis doctrinal que analizaremos en su epígrafe correspondiente.

Por otro lado, el artículo 238 se recogen las distintas modalidades de fuerza en las cosas , son las siguientes :

“1.º Escalamiento.

2.º Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana. (Fractura externa)

3.º Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo. (Fractura interna)

4.º Uso de llaves falsas.

5.º Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda.”

En relación con este artículo 238, el artículo 239 contiene la definición de lo que se considera llave falsa. Este artículo indica lo siguiente:

“Se considerarán llaves falsas:

1. Las ganzúas u otros instrumentos análogos.

2. Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal.

3. Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo.

A los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, los mandos o instrumentos de apertura a distancia y cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar.”

Sin embargo, aunque el propio Código Penal nos señala cuales son las modalidades de robo con fuerza en las cosas, como ya hemos mostrado; este no precisa de manera exacta en que consiste y las distintas variantes que pueden tener cada una de estas modalidades de robo con fuerza en las cosas, por lo que ha tenido que ser la doctrina y la jurisprudencia los que han tenido que realizar esta tarea.

El artículo 240.1 dispone la pena del tipo básico de robo con fuerza en las cosas: prisión de 1 a 3 años.

Este capítulo del Código Penal también recoge formas agravadas de robo con fuerza en las cosas. Así, el artículo 240.2 establece una pena mayor para el robo con fuerza en las cosas si concurriesen alguna de las circunstancias agravantes del artículo 235. Por otro lado, el artículo 241 contiene otra agravante del robo con fuerza en las cosas si éste es cometido en cosa habitada, en local abierto al público o en cualquiera de las dependencias de ambos recintos.

El último artículo de este capítulo, el 242, regula el robo con violencia o intimidación, pero como no forma parte de este trabajo no voy a analizarlo.

En este trabajo voy a analizar la estructura típica del delito de robo con fuerza en las cosas, es decir, no voy a analizar solo la conducta típica y los agravantes de este delito sino que también analizaré el bien jurídico protegido en el mismo, los sujetos activo y pasivo, el objeto material del delito, los elementos subjetivos del tipo y la consumación del mismo.

2. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

El delito de robo es un delito común por lo que para ser autor del mismo no será necesario ostentar ninguna cualidad, poseer ninguna característica específica ni ostentar ningún tipo de cargo específico, por lo tanto, podrá ser sujeto activo de este delito cualquier persona que sustraiga una cosa mueble ajena sin el consentimiento de la víctima y siempre que se den las circunstancias señaladas en el artículo 237 del Código Penal. Será sujeto pasivo de este delito la persona a la que pertenezcan las cosas sustraídas en el robo o, en su caso, la persona que ostente la posesión de dichas cosas en el momento del robo.

En lo que se refiere al bien jurídico protegido, tal y como señala Francisco Muñoz Conde en su manual “Derecho Penal : parte especial”¹, para saber cuál es el bien jurídico protegido en

¹ Muñoz Conde, F.(2017), “El Título XIII: delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Bien jurídico protegido: el concepto de patrimonio y su contenido. Disposiciones comunes. Clasificación. I. Delitos

los delitos del título XIII del Código Penal se debe partir de la rúbrica del mismo : “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico” ; sin embargo , tal y como nos sigue indicando Muñoz Conde : *“el orden socioeconómico más que un bien jurídico es una dimensión social más amplia de los intereses económicos que subyacen al concepto de patrimonio”* . Es importante señalar que en todos los delitos del título XIII del Código Penal (el hurto, el robo con fuerza en las cosas , el robo con violencia e intimidación....) el bien jurídico protegido es el mismo , salvo en algunas excepciones como el robo con violencia e intimidación en el que el bien jurídico protegido será tanto el patrimonio como la libertad personal del sujeto pasivo .

Por lo tanto, lo primero que habrá que determinar para conocer cuál es el bien jurídico protegido es el concepto de patrimonio a los efectos del título XIII del Código Penal. Así, Muñoz Conde define el patrimonio como *“un conjunto de derechos y obligaciones, referibles a cosas u otras entidades, que tienen un valor económico y que deben ser valorables en dinero.”* Por lo tanto , es necesario que el patrimonio afectado por el delito tenga un valor estimable en dinero . Sin embargo, Muñoz Conde con esto no quiere decir que las cosas desprovistas de un valor económico objetivo (cosas que tengan un valor afectivo, por ejemplo) no merezcan protección sino que en el ámbito penal el concepto de patrimonio no se expande a aquellos objetos que no tengan valor económico.

Además, esta concepción económica del patrimonio se refleja en muchos otros delitos del Código Penal que requieren la producción de un perjuicio patrimonial valorable en dinero para poder imponerse una pena. Por otro lado, este concepto económico de patrimonio no puede proteger posiciones patrimoniales ilegítimas o no reconocidas jurídicamente.

Sin embargo, este concepto de patrimonio no se caracteriza solo por el valor económico del bien objeto de la sustracción, sino que también por la existencia de una relación entre una persona y ese bien .Así, Muñoz Conde propone una concepción mixta jurídico-económica de patrimonio (esta es la posición adoptada por la mayoría de la doctrina) , según la cuál :

- Solo pueden ser objeto material de un delito contra el patrimonio bienes que tengan valor económico .
- Para que una persona pueda ser sujeto pasivo de un delito patrimonial no basta con que este tenga una relación meramente fáctica con la cosa , sino que es necesario que esta relación este protegida por el ordenamiento jurídico .

patrimoniales de enriquecimiento. A) De apoderamiento: Hurto. Robo. Robo con fuerza en las cosas”, Derecho penal : parte especial, Valencia , Tirant lo Blanch , p. 328-30

- Por perjuicio patrimonial se tiene que entender toda disminución , evaluable económicamente , del acervo patrimonial que , jurídicamente , corresponde a una persona.

Para el derecho penal, forman parte del patrimonio no solo los derechos reales sino también las obligaciones. También forma parte del patrimonio la posesión que es una relación fáctica que liga a una cosa con una persona. En lo que se refiere a las expectativas, es decir , al incremento patrimonial que se considera probable en el futuro , no pertenece al patrimonio en sentido jurídico-penal ; solo debe tenerse en cuenta a los efectos de la responsabilidad civil para la determinación del lucro cesante causado por el delito .

En el ámbito penal no tiene relevancia la distinción entre el patrimonio como “universitas iuris” , es decir , como el patrimonio en su totalidad y el patrimonio entendido solo en sus elementos integrantes ya que en derecho penal no existen delitos dirigidos contra la totalidad del patrimonio solo existen delitos dirigidos contra los elementos integrantes del mismo .

En definitiva, como bien nos señala Muñoz Conde “lo que se protege en el Título XIII del Libro II del Código penal es un conjunto de relaciones jurídicas que tienen un valor económico y que pueden ser comprendidas bajo el término amplio de patrimonio. Este concepto es ante todo un bien jurídico de carácter personal, sin perjuicio de que muchas de las relaciones que en él se protegen tengan también una incidencia en ámbitos socioeconómicos más amplios...”

Por último, resulta interesante traer a colación en este momento los postulados de Álvarez García , Vives Antón y González Cussac . Álvarez García defendía que en el delito de robo con fuerza en las cosas se lesionaba no solo el patrimonio del sujeto pasivo sino que, en algunos casos , también podía verse afectada la intimidad de este ; mientras tanto , Vives Antón y González Cussac señalaban que el principal bien jurídico protegido en el delito de robo con fuerza en las cosas es el patrimonio , con independencia de que en algunos casos se pueda ver afectada la intimidad del sujeto pasivo .

3.OBJETO MATERIAL

El objeto material del delito de robo son las cosas muebles ajenas, sin embargo, este término es necesario precisarlo. Así, Calderón señala que para que una cosa pueda ser objeto material del delito de robo es necesario que reúna estas características: corporal, mueble, ajena,

susceptible de apropiación y de apreciación pecuniaria². A continuación expondré la explicación que hace Calderón de cada una de estas características en la obra citada.

3.1 .COSA CORPORAL

Conforme a nuestro Código Penal, el objeto material de los delitos de hurto y robo es una cosa mueble. Ahora bien , tal y como señala la legislación civil no solo son cosas muebles las cosas corporales , es decir , las cosas que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos ; sino que también pueden ser cosas muebles las cosas incorpóreas , es decir , los derechos . Por lo tanto es necesario precisar si esa expresión de “cosa mueble” hace referencia únicamente a las cosas corporales o también a las incorpóreas.

Como la conducta típica del delito consiste en apoderarse de una cosa mediante su sustracción con el ánimo de convertirse en dueño y señor de la misma, es evidente que esta cosa no puede ser incorpórea. Así, por su propia naturaleza los derechos reales o personales no pueden ser sustraídos de una esfera de resguardo o custodia, y por lo tanto, no pueden ser objeto de un delito de robo o hurto aunque formen parte del patrimonio de la víctima a efectos penales. En definitiva, solo pueden ser objeto material del delito de robo las cosas corporales.

Sin embargo , parte de la doctrina señala que el concepto civil de cosa corporal no es aplicable en este caso ya que existen ciertas cosas que a pesar de tener un ser real y de poder ser percibidas por los sentidos , no se les puede considerar objeto material de estos delitos , ya que no pueden ser aprehendidas o desplazadas de un lugar a otro , como por ejemplo la luz , el calor , el frío , el sonido , la energía

A este respecto debemos recordar que el artículo 255 de nuestro Código Penal recoge un delito específico para los casos de sustracción ilícita de energía ajena.

Este artículo dice lo siguiente:

“Será castigado con la pena de multa de tres a doce meses el que cometiere defraudación utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de....”

Por ello la doctrina defiende que para que una cosa pueda ser objeto material de un delito de robo es necesario no solo que sea una cosa real y perceptible por los sentidos sino que también es necesario que ocupe un lugar en el espacio.

² Calderón G. O. (2011), Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI, Valparaíso (Chile), pp. 359 – 395. (Acceder a este artículo para conocer un análisis comparado del objeto materia del delito de robo en los derechos penales de Latino América y España).

Por último Calderón señala que la interpretación del término “cosa” no puede quedarse congelada en su sentido originario sino que debe ir evolucionando para adaptarse a las nuevas necesidades sociales.

3.2.COSA MUEBLE

El artículo 335 del Código civil señala lo siguiente : *"se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a la que estuviesen unidos"*. A su vez, el artículo 336 del Código Civil, a modo de aclaración, define los bienes muebles por analogía, así señala lo siguiente: *"tienen también la consideración de cosa mueble las rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectas a una persona o familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble; los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios"*.

Existe un debate doctrinal sobre si el concepto civil de cosa mueble es aplicable al ámbito penal, con respecto a este tema Calderón señala que *"el concepto civil de cosa mueble no es aplicable en esta materia. Para efectos del hurto y del robo, debe entenderse por cosa mueble cualquier objeto corporal que pueda moverse de un lugar a otro. Se trata, por ende, de un concepto más amplio que el civil."*. Aunque como ya he señalado esta solo es una posición doctrinal más de las muchas existentes.

3.3.COSA AJENA

El artículo 237 de nuestro Código Penal exige que la cosa objeto del robo sea una cosa mueble ajena, Es decir, solo puede ser sancionada la conducta de sustracción de un objeto con fuerza en las cosas como robo cuando este objeto sustraído no pertenezca al sujeto activo de la conducta. Así, si el que se apodera de la cosa (sujeto activo) es el propietario de la misma, arrebatándosela a su legítimo tenedor (sujeto pasivo) mediante fuerza en las cosas , no se estaría cometiendo un delito de robo con fuerza en las cosas del artículo 237 del Código Penal sino que estaríamos ante un delito de realización arbitraria del propio derecho tipificado en el artículo 455 del Código Penal .

Así el artículo 455.1 señala:

“El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.”

Por otro lado, para que la cosa sea ajena no es suficiente con que la misma no pertenezca al sujeto activo, sino que también es necesario que esta cosa pertenezca a otra persona. Así una de las características principales del robo consiste en la necesidad de que la conducta típica se lleve a cabo por el sujeto activo sin el consentimiento del sujeto pasivo (por lo que podemos presumir la necesidad de que la cosa objeto del robo pertenezca a una persona distinta del sujeto activo del delito).

No es necesario que el sujeto activo conozca la identidad de la persona dueña de la cosa que se apropia. Además no tiene relevancia el hecho de que la cosa apropiada pertenezca a una o varias personas, en uno otro caso no se habrá producido ningún concurso de delitos, únicamente se habrá cometido un solo delito de hurto o robo.

Este requisito de la ajenidad hace que existan cosas que no puedan considerarse como objeto material del delito de robo o hurto como las cosas que la naturaleza ha echo comunes a todos los hombres , las cuales no son susceptibles de dominio y nadie puede apropiárselas ; las res nullius , que son cosas que no pertenecen a nadie y que pueden ser adquiridas por ocupación ; y las res derelictae , que son cosas que han sido abandonadas por su dueño para que cualquier persona se las pueda apropiar .

Mención aparte merecen las cosas perdidas por su propietario, que no deben ser confundidas de las cosas abandonadas por el mismo. Las cosas perdidas si se consideran cosas ajenas pero sin embargo su apropiación no puede dar lugar al delito de robo sino que da lugar al delito de apropiación indebida del artículo 254 del Código Penal.

Este artículo señala lo siguiente:

“Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con una pena de...”

También son ajenos los bienes nacionales de uso público ya que son bienes cuyo uso corresponde a todos los habitantes de una nación, su dominio pertenece a la nación en si.

Un punto tema de discusión en la doctrina ha sido, con motivo de la ajenidad de la cosa objeto del delito de robo o hurto, es el relativo a la posibilidad de apreciar estos delitos cuando quién realiza la acción es un copropietario. La hipótesis que ha manejado la mayoría de la doctrina es la de un comunero que se apodera de la cosa común que esta en manos de otro comunero. Parte de la doctrina defiende que en tales casos no se puede apreciar un delito de robo o de hurto porque mientras que se mantiene una cosa proindiviso no se puede hablar de cosa ajena

en sentido estricto. Otra parte de la doctrina defiende que sí puede configurarse el delito puesto que en estos casos estaríamos ante unas cosas parcialmente ajenas.

La respuesta de los tribunales se ha inclinado hacia la falta de tipicidad penal de los actos de apoderamiento de bienes comunes en los delitos de hurto o robo. En este sentido la Sentencia de la AP de Jaén 683/2007 de 20 noviembre señalaba que *“si la sustracción tenía por objeto bienes gananciales y la sociedad que la forman no ha sido disuelta, ello implica que el denunciante y la denunciada se consideren como personas que ostentan una titularidad dominical conjunta sobre los bienes, y de ahí que no concurra el elemento de la ajeneidad que se exige para estar en presencia de la figura delictiva de hurto.”*

En similares términos la SAP Jaén 754/2010 de 19 abril *“absuelve al recurrente de la falta de hurto, por cuanto la propia denunciante en el acto del juicio oral declaró que el día de autos lo que su marido cogió del domicilio fueron las llaves del vehículo y se llevó el mismo, por lo que no concurrirían los elementos del tipo penal objeto de condena ya que faltaría el requisito de la ajeneidad -estamos hablando de bienes gananciales cuyo uso no se había atribuido aún judicialmente a alguno de los cónyuges-”*.

En nuestro Código Penal no existe una figura específica que sanciona esta conducta. En legislaciones extranjeras, es frecuente encontrar disposiciones que sí lo hagan, apreciándose dos posibilidades. En algunas, se ha optado por incluir tales comportamientos mediante la introducción de una frase en el correspondiente tipo penal de hurto o de robo, que señalan que la cosa objeto material del delito debe ser total o parcialmente ajena. Esto se manifiesta, entre otros, en los Códigos Penales argentino (artículo 162), costarricense (artículo 208), salvadoreño (artículo 207), guatemalteco (artículo 246), nicaragüense (artículo 263) y peruano (artículo 185). En otras, se ha preferido incorporar una figura específica que cubra estas hipótesis. Así ocurre, entre otros, en los Códigos Penales boliviano (artículo 327), brasileño (artículo 156), colombiano (artículo 242), panameño (artículo 182), uruguayo (artículo 342), venezolano (artículo 451) e italiano (artículo 627).

3.4.COSA SUSCEPTIBLE DE APROPIACIÓN

El artículo 237 del Código Penal no contempla ninguna exigencia explícita de que la cosa sustraída en el delito de robo tenga que ser susceptible de apropiación. Sin embargo, es evidente que es un requisito implícitamente exigido, ya que de lo contrario sería imposible que el sujeto activo pudiera realizar la conducta típica (apropriarse) .

La doctrina suele señalar que solo cumplen esta característica los objetos y los animales. No las personas ; los cadáveres tampoco son susceptibles de apropiación ni tampoco las partes del cuerpo de una persona viva.

Aunque es preciso matizar estas afirmaciones. Es cierto que los cadáveres no cumplen con este requisito de ser susceptibles de apropiación; sin embargo, pueden tener dicho carácter cuando entran a formar parte del comercio como puede ser, por ejemplo, con las momias en los museos. Lo mismo puede ocurrir con los órganos y fluidos del cuerpo, aunque en este último caso también podrí darse el delito de tráfico ilegal de órganos tipificado en el artículo 156bis de nuestro Código Penal.

En todo caso, el hecho de que un cadáver no pueda ser objeto material de un delito de hurto o robo no impide considerar que sí puedan serlo las ropas, joyas u otros objetos con los que se le haya revestido en la tumba. La circunstancia de que tales objetos se encuentren en la tumba no permite sostener que hayan sido abandonados para que cualquier persona se los pueda apropiar, sino que en este caso esos objetos se encuentran en una esfera de custodia dentro de la cual se quiere que permanezcan siempre. Estas últimas conclusiones no impiden la aplicación del delito de profanación de cadáver tipificado en el artículo 526 del Código Penal ya que la finalidad de este último delito no es proteger la propiedad, sino los sentimientos de piedad por los difuntos, especialmente los de sus familiares y sus seres queridos. En definitiva, podría darse un concurso de delitos entre el robo o hurto y el delito de profanación de cadáveres.

3.5.COSA SUSCEPTIBLE DE APRECIACIÓN PECUNIARIA

Tampoco se deduce explícitamente del artículo 237 del Código Penal que la cosa objeto material del delito de hurto o robo tenga que ser susceptible de apreciación pecuniaria, aunque es evidente que este requisito se exige implícitamente. En primer lugar, cuando en el epígrafe 2 hablé del bien jurídico protegido expuse que Muñoz Conde defendía que el bien jurídico protegido en el delito de robo era el patrimonio; sin embargo, Muñoz Conde no decía que estuviera protegido cualquier tipo de patrimonio sino que él señalaba que solo era susceptible de protección en el ámbito penal los patrimonios que tuvieran valor económico.

En segundo lugar, el artículo 234 del Código penal en sus apartados 1 y 2 establecen una pena distinta en atención al valor de la cosa sustraída(como ya mencionamos en la introducción), lo que también demuestra la exigencia implícita de este requisito. En lo que se refiere al robo, bien es cierto que ni en su modalidad con fuerza en las cosas ni en su otra

modalidad con violencia o intimidación, el legislador no atiende al valor de la cosa sustraída para determinar la pena aplicable; sin embargo, la conclusión debe ser la misma. Esto se debe a que en las dos modalidades de robo tiene que existir antijuricidad material del comportamiento, lo que exige una lesión de algunos bienes jurídicos, dentro de los cuales se encuentra la propiedad, la posesión y la mera tenencia, todas ellas entendidas como una relación patrimonial entre una persona y una cosa, que permite a su titular obtener un beneficio económico. En definitiva, Calderón coincide con Muñoz Conde en que, aunque la ley no lo diga expresamente, para que exista un robo, la cosa apropiada tiene que tener valor económico. Si la cosa apropiada no tuviera valor económico, solo interesaría a efectos penales el atentado contra otros bienes jurídicos que en el robo podrían verse afectados, como la inviolabilidad del domicilio, la intimidad, la vida, la salud... Dando lugar en estos casos a un delito distinto.

Hay que ser muy cuidadoso en esta materia, ya que, a veces, pueden existir objetos que carezcan de valor económico o éste es prácticamente inexistente para la mayoría de las personas, pero si lo tienen, además de cierto valor afectivo, dentro de determinados círculos de gente; por ejemplo, se puede pensar en el valor que tendrá un antiguo sello de correos usado para un grupo de filatelistas.

Otro punto interesante en relación con el valor pecuniario de la cosa apropiada es el caso de los documentos de pago. Dichos documentos tienen un soporte material de papel que, individualmente considerado, tiene un valor pecuniario mínimo (como por ejemplo los pagarés, los cheques...); sin embargo, se les considera como medios de pago cuyo valor económico está constituido por la cantidad de dinero que en ellos aparezca en el momento de la sustracción. Por ejemplo, si una persona hurta un cheque en que el mismo papel que supone el soporte material del cheque tiene un valor de 3 céntimos de euro, pero el cheque refleja una cantidad de 500€; esta persona va a ser sancionada por el artículo 234.1 del Código Penal (hurto en el que el valor de la cosa sustraída es superior a 400€) puesto que el valor de este cheque no está constituido únicamente por el valor del papel (3 céntimos) sino por la suma de este valor y el de la cantidad de dinero que refleje el cheque. Es decir, en el ejemplo, el cheque tendría un valor de 500,03€ (suma del valor del papel y de la cantidad de dinero que refleja el cheque).

Sin embargo, es muy importante tener en cuenta que este último ejemplo no es extrapolable a los casos en los que el sujeto activo sustraiga una tarjeta de crédito y realice extracciones de dinero sin consentimiento del titular de la tarjeta ya que en estos casos no se estaría

produciendo ni un hurto ni un robo sino que estaríamos ante una estafa impropia tipificada en el artículo 248.2.C del Código Penal. El artículo 248.2 expresa lo siguiente:

“También se consideran reos de estafa:

....

c) Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.”

Siguiendo el mismo razonamiento antes expresado, cuando se trate de documentos que permiten adquirir algún tipo de bien o servicio, el valor pecuniario del documento es el del bien o servicio a que da derecho. Esto ocurre, por ejemplo, con los billetes de avión.

Una cuestión controvertida es la de los billetes de lotería o de otros juegos de azar. La doctrina suele realizar una distinción, siempre partiendo de la premisa de que el billete de lotería fue sustraído antes de que se realizara el sorteo:

- Si el billete resulta premiado, el valor de la cosa sustraída estará constituido por el valor del premio.
- Si el billete no resulta premiado, el valor de la cosa sustraída se constituye por el precio de adquisición del billete.

Si el hurto o robo se realiza después de la realización del sorteo, conociendo el sujeto activo que el billete que está sustrayendo es el premiado, está claro que el valor de la cosa sustraída consiste en el valor del premio.

Sin embargo, Calderón se desmarca de esta posición doctrinal ya que, en su opinión, la solución del problema se hace depender del azar. Calderón afirma que no es coherente que el valor de la cosa hurtada o robada se determine por una circunstancia fortuita que pudiera ocurrir con posterioridad a la sustracción y de la cual puede depender el tipo penal aplicable (como en el caso del hurto). Así, para Calderón, si la conducta típica se realiza cuando aún no ha tenido lugar el sorteo, el valor de la cosa apropiada no puede ser otro que el precio de adquisición del billete puesto que en él también se incluye la expectativa del premio ; por lo tanto, el hecho de que el billete de lotería resulte definitivamente premiado solo podría tenerse en cuenta a efectos de la responsabilidad civil.

Por otro lado, el hecho de que la cosa sustraída sea susceptible de apreciación pecuniaria debe ser apreciado en el proceso, como cualquier otro elemento del delito. Esto se tendrá que llevar a cabo no solo en el caso del hurto (es estrictamente necesario para determinar el tipo penal aplicable ya que depende del valor económico de la cosa sustraída) sino también en los casos de robo (por las razones de antijuricidad material anteriormente expuestas).

Calderón señala que debe tenerse en cuenta que en nuestro sistema económico se atiende, por lo general, para valorar cualquier objeto a su valor mercado; por lo que, habrá que probar, dentro del proceso penal, el valor de mercado de la cosa o cosas sustraídas. En concreto, habrá que atender al valor que tenían esas cosas en el momento de la sustracción, no en el momento en que se celebre el proceso penal.

Habitualmente, cuando la cosa sustraída se encuentra a la venta en establecimientos comerciales (es lo más frecuente), su precio de venta suele coincidir, más o menos, con su valor de mercado. Sin embargo, no siempre tiene lugar esta correspondencia, ya que a veces se venden productos en establecimientos comerciales por un precio muy inferior a su precio de mercado o a la inversa (esto puede deberse a estrategias comerciales o a otras razones). En estos casos, esto puede provocar tal y como afirma Calderón que la determinación de la pena quede en manos de la víctima (obviamente, solo en aquellos delitos en que la pena depende del valor de la cosa sustraída); por ello, Calderón considera que no resulta aconsejable que el legislador establezca una norma absoluta en materia de hurto o robo que considere, como valor de la cosa sustraída, su precio de venta, tal y como sucede, en el párrafo 2 del artículo 365 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4.CONDUCTA TÍPICA: MODALIDADES DE FUERZA EN LAS COSAS (ART. 238 CP)

Ya dijimos en la introducción que la conducta típica del robo con fuerza en las cosas viene recogida en el artículo 237. Este artículo dispone:

“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.”

El concepto de robo con fuerza en las cosas es un concepto normativo, es decir, viene dado por el legislador. Esta definición de robo no se encuentra en nuestro Código Penal desde el año 1.995 sino que fue introducida con la Ley Orgánica 1/2015, de 1 de Marzo, de reforma del Código Penal. La definición anterior señalaba lo siguiente:

“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 al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas.”

Es evidente que esta definición era menos completa que la actual , en lo que se refiere al robo con fuerza en las cosas , la nueva redacción del año 2015 introdujo los supuestos en los que el autor del delito utiliza la fuerza en las cosas para abandonar el lugar donde ha sustraído la cosa objeto del robo (así antes del año 2015 , cuando el autor utilizaba la fuerza en las cosas solo para abandonar el lugar donde se encontraba la cosa mueble objeto de la sustracción la conducta solo se podía sancionar como un hurto ; sin embargo , en la actualidad estas conductas son sancionadas como robo con fuerza en las cosas) , en el ámbito del robo con violencia o intimidación también se introdujeron novedades pero no voy a determe a analizarlas puesto que el robo con violencia o intimidación no es el objeto de este trabajo.

De la nueva redacción del artículo 237 se puede deducir que la expresión “abandonar” hace referencia a aquellos supuestos en los que el autor del robo utiliza la fuerza en las cosas para huir del lugar donde estas se encuentran con el botín. Sin embargo, a este respecto, opino que resulta interesante traer a colación la reflexión que hace Benítez Ortúzar sobre este término. Así él señala que: *“el verbo típico “abandonar” en el nuevo delito de robo con fuerza en las cosas, implica actuar en un momento en el que el delito aún se está realizando, es decir, con anterioridad a la consumación del delito, por lo que no siempre se identificará con la huida del lugar en el que se encontraba la cosa. Si la huida en la que se emplea la fuerza típica del artículo 238 CP la emprende el autor tras la disposición de la cosa objeto de apoderamiento, no puede afirmarse que es abarcada por la conducta típica que exige que la consumación del delito aún no se haya agotado. De otra parte, sí integrará la conducta típica cuando la fuerza concorra cuando el autor emprenda la huida habiendo tomado la posesión de la cosa pero sin haber conseguido aún la plena disponibilidad de la misma”*³

Lo que quiere decir Benítez Ortúzar es que, partiendo de la idea de que el delito de robo se consuma cuando el autor del mismo obtiene la plena disponibilidad de la cosa sustraída, si la fuerza en las cosas se ejerce tras obtener dicha disponibilidad la conducta no puede ser sancionada como robo con fuerza en las cosas puesto que la fuerza en las cosas debe ejercerse antes de que se consume el delito, es decir, antes de que el sujeto activo obtenga la plena disponibilidad de la cosa. Así, si el autor del delito ejerce la fuerza en las cosas una vez tomada la posesión de la cosa pero antes de obtener la plena disponibilidad de la misma, la conducta será sancionada como robo con fuerza en las cosas.

³ Benítez Ortúzar (2016), “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (III)”, Sistema de derecho penal español. parte especial, Madrid, Dykinson S.L., p.445

Queda claro que la cosa objeto de la sustracción debe de encontrarse en un lugar cerrado , por lo tanto va a quedar fuera del tipo toda clase de fuerza que no vaya dirigido a acceder o abandonar un lugar cerrado donde se encuentre una cosa mueble ajena. Esta exigencia de que el robo con fuerza en las cosas solo pueda realizarse en lugares cerrados facilita mucho su distinción con el hurto y evita que se extienda demasiado el ámbito de aplicación del robo con fuerza en las cosas en detrimento del hurto.

Es muy importante tener en cuenta que tal y como afirma Benítez Ortúzar *“queda fuera del tipo de robo con fuerza en las cosas la fuerza que se ejerce sobre la propia cosa, en tanto que la misma no se ejerce “para acceder a la cosa”, sino que una vez que se ha accedido a ella, la fuerza se ejerce “sobre la cosa”.*”⁴

Benítez Ortúzar continuaba señalando que la nueva agravante del artículo 234.3 del Código Penal confirmaba su teoría puesto que este artículo califica como hurto la sustracción de objetos en la que se elimina, neutraliza o inutiliza los dispositivos de alarma o seguridad instalados en los objetos sustraídos. De esta manera, cuando los dispositivos de alarma o seguridad se encuentran en un recipiente dentro del cual se encuentra el objeto que se pretende sustraer, la conducta será calificada como robo con fuerza en las cosas.

Por otra parte, es necesario que esta fuerza en las cosas tengan por objetivo acceder o abandonar este lugar cerrado donde están las cosas, es decir, debe existir una relación de causalidad. Si esta relación de causalidad no existe la conducta solo puede ser sancionada como un hurto. Así lo confirma el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de abril de 1999 en la que afirmaba lo siguiente: *“En definitiva, lo relevante es que la fuerza tenga un sentido instrumental, es decir, fuerza que sirve para acceder a la cosa”.*

Con todo lo dicho en este epígrafe podemos decir que la conducta típica del delito de robo con fuerza en las cosas consiste en apoderarse de cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde se encuentren estas. Sin embargo una de las principales cuestiones que suscita este delito es en que consiste esa “fuerza en las cosas”, por ello vamos a dedicar la parte final de este epígrafe a analizar las distintas modalidades de fuerza en las cosas.

Aclarar y precisar esa noción de fuerza en las cosas es no solo necesario para determinar la conducta típica del delito de robo con fuerza en las cosas sino que también es necesario para

⁴ Benítez Ortúzar, “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (III)”, p.443

distinguir que supuestos deben estar sancionados por este delito y cuáles deben ser sancionados por el delito de hurto (regulado en los artículos 234 a 237 del Código Penal).

El artículo 234 define este delito de hurto de la siguiente manera:

“El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena...”

Como se puede apreciar la conducta típica de este delito se asemeja mucho a la del robo con fuerza en las cosas ya que en ambos casos esta consiste en apoderarse, con ánimo de lucro, de una cosa mueble ajena sin contar con el consentimiento de su dueño; además, en estos dos delitos tienen otros elementos comunes como el bien jurídico protegido, los sujetos activo y pasivo, el objeto material, el ánimo de lucro y la falta de consentimiento de la víctima. Por otro lado, la regulación del robo en el Código Penal esta justo después de la regulación del hurto; además, el tipo básico del robo con fuerza en las cosas y los tipos agravados del hurto tienen la misma pena de prisión (pena de 1 a 3 años).

La principal diferencia entre estos dos delitos consiste en los medios empleados para llevar a cabo el apoderamiento de la cosa, ya que, mientras que en el robo con fuerza en las cosas es necesario que el sujeto activo utilice fuerza en las cosas para llevar a cabo la sustracción; en el hurto, el sujeto activo aprovecha un descuido de la víctima o utiliza su habilidad para hurtar (siempre que el uso de esta habilidad no suponga la concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 238 puesto que en este caso estaríamos ante un robo con fuerza en las cosas), es decir, el delito de hurto abarca todas aquellas sustracciones de cosas ajenas en las que no se emplee fuerza en las cosas o violencia o intimidación para poder llevar a cabo la sustracción, además, el hurto también abarca a todos aquellos supuestos en los que la fuerza en las cosas, la violencia o intimidación ejercidas no son suficientes como para que se pueda considerar el supuesto como un robo. Por ello es tan importante precisar el contenido y el alcance de la expresión “fuerza en las cosas” puesto que hay muchos casos conflictivos en los que no se sabe si calificar la conducta como hurto o como robo con fuerza en las cosas.

Con respecto a este tema MATA Y MARTÍN indica que el hurto constituye *“el delito base sobre el que mediando violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas aparece el robo”*⁵. Por lo tanto para Mata y Martín toda sustracción de una cosa mueble ajena tiene que ser considerada como un hurto (puesto que este es el delito base) salvo que concurra

⁵ Mata y Martín, R.M. (2010) “Título XIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Capítulo II. De los robos”, en Gómez Tomillo, M., *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Lex nova, pp. 922-23

violencia, intimidación o fuerza en las cosas, en cuyo caso, será un robo. En definitiva, el robo es un hurto agravado.

Sin embargo, existen algunas opiniones discrepantes con esta posición, entre ellas destaca la de Álvarez García que considera el delito de robo con fuerza en las cosas como un delito autónomo del hurto y, por lo tanto, el robo no puede ser considerado un hurto agravado . García defiende que las razones expuestas hasta ahora no son suficientes para sostener esa supuesta relación entre el delito de hurto y el del robo con fuerza en las cosas, añadiendo que *“las modalidades de ataque en hurto y robo son radicalmente distintas”*⁶.

Por otro lado este autor añade que el fundamento de la mayor agravación del robo con fuerza en las cosas sobre el hurto se encuentra en que el ataque del sujeto activo al sujeto pasivo puede implicar a su vez un ataque a la intimidad del mismo.

Frente a esta última posición Vives Antón y González Cussac entienden que *“aunque en el delito de robo con fuerza en las cosas pueda quedar comprometida la intimidad del propietario, se trata de un delito esencialmente patrimonial”*⁷. Esta última precisión también supone una de las principales diferencias entre el robo con fuerza en las cosas y el robo con violencia o intimidación puesto que este último delito es pluriofensivo ya que en el mismo se lesiona tanto la propiedad como la libertad personal.

Por último , también es conveniente mencionar que otra diferencia importante entre el hurto y el robo con fuerza en las cosas es que el robo con fuerza en las cosas no establece ninguna diferencia en la pena del sujeto activo del delito en atención al valor de la cosa objeto de la sustracción (la pena del tipo básico de robo con fuerza en las cosas viene recogida en el artículo 240.1 del Código Penal y consiste en una pena de prisión de 1 a 3 años) ; mientras tanto , en el hurto , el artículo 134 del Código Penal establece una pena de prisión de 6 a 18 meses si el valor de la cosa sustraída es superior a 400 € , y establece una pena de multa de 1 a 3 meses si el valor de la cosa sustraída es inferior a 400€(siempre que no concurran ninguna de las circunstancias agravantes del artículo 235 de este mismo código) .

En lo que resta de este epígrafe voy a dedicarme a analizar el artículo 238 del Código penal, es decir, voy a analizar las distintas modalidades de robo con fuerza en las cosas.

Es importante mencionar que el delito de robo con fuerza en las cosas es un delito de medios determinados, es decir, los únicos medios comisivos de este delito son los que expresamente señala el legislador. En este caso, los únicos medios comisivos del delito de robo con fuerza

⁶ Álvarez García , F.J.(2011), “Robo con fuerza en las cosas” *Derecho Penal Español . Parte especial(I)*, Valencia, Tirant lo Blanch , p.114

⁷ Vives Antón T.S., González Cussac J.L. (2010), “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II)”, *Derecho penal . Parte especial* , Valencia , Tirant lo Blanch , p.393.

en las cosas son los recogidos en el artículo 238 del Código Penal; de esta manera, cualquier otro medio para cometer el delito que pudiera ser considerado como fuerza en las cosas no permitirá que los hechos sean calificados como robo ya que deberán ser calificados como hurto.

4.1.ESCALAMIENTO

Esta modalidad de robo con fuerza en las cosas está recogida en el artículo 238.1 del Código Penal. Esta modalidad ha sido recogida en todos los Códigos Penales españoles desde el Código Penal de 1848, sin embargo, solo el Código Penal de 1848 (y su versión de 1850) incluyen una definición de escalamiento. Estos códigos señalaban que *“hay escalamiento cuando se entra por una vía que no sea destinada al efecto”*. Con el Código Penal de 1870 desaparece esta definición y continua en esta situación hasta la actualidad.

Tradicionalmente, el Tribunal Supremo seguía esta definición dada por el Código Penal de 1848 como se puede ver en algunas sentencias como la del 27 de septiembre de 1982 ; sin embargo esta interpretación ha ido evolucionado con el tiempo ya que esta interpretación llevaba a calificar como robo con fuerza en las cosas por escalamiento, por ejemplo, supuestos en los que el autor del delito entraba en una vivienda por una ventana abierta situada a ras de suelo o solo saltaba un muro de un metro para acceder al lugar del robo.

La evolución jurisprudencial se ha puesto de manifiesto en algunas sentencias del Tribunal Supremo como la número 2632/1999 de 20 de abril que calificó como hurto un supuesto en el que el sujeto activo entró a una vivienda a través de una ventana abierta situada en la planta baja, o en la sentencia 97/1999 de 18 de enero en la que también se sancionó como hurto porque el sujeto activo accedió al domicilio a través de una ventana abierta situada *“a nivel de calle”*.

Siguiendo en esta misma línea la sentencia del Tribunal Supremo 3452/2002 de 16 de mayo señala que *“el escalamiento implica una acción o conducta equiparada en la tipología del artículo 238 a la fuerza, significando el despliegue de una energía similar. El acceso al lugar de los hechos a través de una vía no destinada a efecto por su dueño debe implicar, pues, un esfuerzo físico de cierta significación, necesario para quebrantar la defensa de la propiedad desplegada por el titular del inmueble de que se trate, pues si no fuese así podría suscitarse la existencia del tipo del artículo 234 CP”*.

En este sentido también podemos destacar la Sentencia del Tribunal Supremo nº 595/2016 de 6 de Julio que afirma que: *“Con respecto a lo que afirma el recurrente en el sentido de que el*

acusado accedió a la vivienda por una ventana situada a 1,50 metros del suelo y por ello no cometió un delito de robo, debemos decir, que ello no se ajusta a lo recogido en los hechos probados (y en los fundamentos de derecho de la sentencia), donde se dice que la ventana distaba unos 3,50 metros de la calle.

La consideración que da la sentencia del acceso y huida de la vivienda por la citada vía es acorde con la actual doctrina jurisprudencial que, en cierta manera, ha abandonado la interpretación extensiva del concepto de escalamiento como acceso por vía insólita o desacostumbrada, interpretación que se encontraba enraizada en la definición legal histórica pero que carece del suficiente soporte legal para que pueda seguir siendo mantenida en la interpretación del vigente Código Penal (EDL 1995/16398). Actualmente se restringe el concepto de escalamiento a aquellos supuestos, más acordes con los principios de legalidad y proporcionalidad, en los que la entrada o la salida por lugar no destinado al efecto haya exigido "una destreza o un esfuerzo de cierta importancia, destreza o esfuerzo presentes en la noción estricta de escalamiento" (trepar o ascender a un lugar determinado), que es el punto de referencia legal del que dispone el intérprete. Y el hecho de tener que salvar esa altura (unos tres metros y medio) supone una especial "energía criminal", suficiente para ser equiparable a una fuerza física en sentido estricto. Véase la STS 143/2001, de 7 de febrero de 2001".

Como podemos ver, en la actualidad, el Tribunal Supremo señala que para que exista escalamiento lo relevante no es que el sujeto activo acceda o abandone el lugar donde se encuentra el objeto que quiere sustraer por una vía no destinada a ese efecto, sino que lo verdaderamente relevante para considerar que existe escalamiento es que la entrada o salida de dicho lugar suponga para el autor del delito ejercer "un esfuerzo físico de cierta significación". Por ello, los casos que hemos mencionado antes, en los que el autor del delito entraba a un domicilio por una ventana abierta que estaba en la planta baja, nunca podrán ser considerados como robo con fuerza en las cosas por escalamiento porque en los mismos el sujeto activo solo ejerce un esfuerzo físico mínimo para acceder al domicilio.

Por lo tanto, para que podamos hablar de escalamiento deben existir barreras o defensas para evitar la sustracción, y solo cuando estas barreras o defensas sean superadas por el autor (ya sea al acceder o abandonar el lugar donde se encuentre el objeto que pretende sustraer) mediante el uso de un esfuerzo físico de cierta significación o una destreza se podrá hablar de escalamiento. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo consideró, en su sentencia 15577/1993 de 25 de marzo, que abatir parcialmente una valla metálica para sustraer unas aves rapaces es hurto puesto que el trabajo que el trabajo de bajar un valla metálica no supone el esfuerzo o

destreza que supone el escalamiento. Otras veces sí se ha considerado que existe escalamiento en casos de saltar vallas (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 4777/2001 de 2 de mayo), trepar muros (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 1271/1999 de 12 de febrero) o entrar por un tubo de desagüe (Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 5200/1999 de 13 de diciembre).

Este nuevo criterio jurisprudencial se puede apreciar en muchas otras sentencias, entre las que podemos destacar la sentencia del Tribunal Supremo 3089/2002 de 30 de abril o la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 9710/2013 de 24 de julio. Concretamente, en esta última sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona se manifiesta claramente el abandono por parte de la jurisprudencia de la interpretación tan amplia que se hacía del escalamiento en un primer momento. Esta sentencia dice lo siguiente: *“Efectivamente, la actual jurisprudencia, más ajustada a la tipicidad propia del delito de robo con fuerza en las cosas, ha abandonado la anterior formulación que equiparaba el escalamiento con el acceso por vía no destinada al efecto, sin mayores precisiones o especificaciones, y exige que ello requiera una destreza o un esfuerzo físico de alguna importancia, destreza y esfuerzo presentes en la noción estricta de escalamiento, en cuanto significa trepar, ascender, escalar, en definitiva, una energía criminal comparable a la que caracteriza la fuerza en las cosas”*.

Con todas estas sentencias y muchas otras se ha puesto en evidencia la evolución jurisprudencial que ha sufrido la interpretación del término escalamiento en el ámbito penal desde los años 80 hasta la actualidad pasando de una interpretación extensiva del escalamiento, que era considerado como toda entrada por una vía no destinada al efecto, a una interpretación más restrictiva que considera que solo existe escalamiento cuando se entra o sale por una vía no destinada al efecto, siempre y cuando, ello implique para el sujeto activo del delito el ejercicio de un esfuerzo físico de cierta significación o la utilización de una determinada destreza(como explicaré en el párrafo siguiente).

De esta última sentencia mencionada de la Audiencia Provincial de Barcelona, también podemos deducir que el escalamiento no tiene porque suponer necesariamente un esfuerzo físico al autor del delito sino que este también puede utilizar “una destreza” para acceder o abandonar el lugar donde se halle el objeto que pretende sustraer. En relación con esto último, Núñez Castaño señala: *“El acceso al lugar debe interpretarse como acceso personal ilícito, lo que excluye aquellos supuestos en que el sujeto no accediera personalmente al lugar donde se encuentran las cosas”*⁸ . Núñez Castaño menciona como un ejemplo para confirmar su

⁸ Núñez Castaño, E. (2015), “Delitos patrimoniales de enriquecimiento mediante apoderamiento (II): Robo”, *Nociones fundamentales de derecho penal: Parte especial*, Madrid, Tecnos, p.64

afirmación la sentencia del Tribunal Supremo 2499/1999 de 15 de abril en la que no se consideró escalamiento la sustracción de prendas de ropa con una larga vara y un gancho desde el exterior de la tienda.

El criterio jurisprudencial actual también ha sido compartido por la mayoría de la doctrina, podemos destacar a Vázquez Iruzubieta que señala que *“no todo escalamiento se puede considerar como fuerza, sino sólo el que revista una especial gravedad e implique algún esfuerzo o destreza del agente para entrar al lugar donde se encuentra la cosa. Así, si se penetra por una ventana que está a escasa distancia del suelo se cometería hurto y no robo”*⁹

Es importante recordar que tras la reforma del Código Penal que se llevó a cabo en el año 2015 se modificó el artículo 237 para introducir en el tipo los supuestos en los que el sujeto activo utilizaba la fuerza en las cosas para abandonar el lugar donde se encontraban éstas, por lo que ahora no se sanciona solo el escalamiento de entrada (utilizar el escalamiento para acceder al lugar donde se encuentra la cosa) sino que también se sanciona el escalamiento de salida (utilizar el escalamiento para abandonar el lugar una vez que se haya sustraído la cosa). Así, con anterioridad a la reforma no existía escalamiento cuando el sujeto, tras haber entrado por una puerta abierta, se lleva los objetos sustraídos saliendo por una ventana del primer piso (Sentencia del Tribunal Supremo 6434/1999 de 18 de octubre), o cuando el sujeto activo entra a un bar, se queda oculto en su interior hasta el cierre del local y, tras sustraer el dinero, se escapa por un ventanal desde el que asciende al tejado y salta a un garaje contiguo (Sentencia del Tribunal Supremo 2680/1999 de 22 de abril). Tras esta última reforma, todos estos supuestos, que en su momento fueron sancionados como hurto, ahora se sancionarían como robo con fuerza en las cosas.

En conclusión, con todo lo expuesto en este sub-epígrafe, podríamos definir el escalamiento como la entrada o salida del lugar donde se encuentren el objeto que se pretende sustraer a través de una vía no destinada a ese efecto por su dueño, siempre y cuando, ello implique al sujeto activo un esfuerzo físico de cierta importancia o el uso de una destreza, mediante los cuales se superen las barreras de defensa interpuestas por el propietario.

4.2.FRACTURA EXTERNA

⁹ Vázquez Iruzubieta, C. (2010), “Comentario al artículo 238 del Código Penal”, *Comentarios al Código Penal. Libro II. Delitos y sus penas. Título XIII. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo II. De los robos*, pp. 2-3.

Esta segunda modalidad de fuerza en las cosas se encuentra recogida en el apartado 2 del artículo 238 del Código Penal que califica como fuerza en las cosas el *“Rompimiento de pared, techo, o suelo, o fractura de puerta o ventana”*.

Para precisar estos términos de “rompimiento” y “fractura” podemos valernos de las definiciones dadas por Benítez Ortúzar que dice lo siguiente: *“El “rompimiento”, supone hacer agujeros estructurales que delimitan el espacio cerrado en el cual se encuentra la cosa, es decir, en la estructura (suelo, techo o pared) que delimita lo que está al alcance del sujeto y lo que no está. En cuanto a la “fractura” de puerta o ventana, ha de entenderse romper o quebrantar con esfuerzo el mecanismo de cierre de puertas o ventanas.”*¹⁰

Podemos decir que esta definición de “fractura” es acertada basándonos en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 143/2001 de 7 de Febrero que dice lo siguiente: *“ el empleo de utensilios que actúan a modo de palanca para multiplicar la eficacia del esfuerzo humano, facilitando así la superación del mecanismo de cierre de una puerta o ventana, integra claramente la fuerza típica prevenida en el tipo, pues en definitiva se trata de un supuesto de aplicación de fuerza para violentar el funcionamiento ordinario del sistema de cerramiento, aun cuando no se ocasionen defectos definitivos”*. Así en esta sentencia el Tribunal Supremo coincide con Benítez Ortúzar en la necesidad de que haya un esfuerzo humano destinado a superar el mecanismo de cierre de una puerta o ventana para considerar que existe una “fractura” a efectos del delito de robo con fuerza en las cosas.

En ambos medios típicos, tanto en el “rompimiento” como en la “fractura”, se exige el empleo de una fuerza física o material, por débil que sea la cual sirve como medio para superar los elementos externos interpuestos por el propietario para evitar el acceso al lugar donde se halla la cosa para así evitar su sustracción. Por lo tanto va a quedar excluida de esta modalidad de fuerza en las cosas toda fractura o rompimiento que no tenga dicha finalidad, como puede ser el caso, por ejemplo, en el que un sujeto sustrae la verja de una ventana o puerta debido a que en este tipo de supuestos la fuerza no es ejercida sobre los elementos externos que protegen la cosa, sino que se está ejerciendo la fuerza sobre la propia cosa que se pretende sustraer. Así lo ha ido estableciendo la jurisprudencia en algunas de sus sentencias como en la sentencia del Tribunal Supremo 11318/1991 de 22 de julio, en la que el Tribunal Supremo califica como hurto la sustracción de 4 puertas al considerar que sólo existe una fuerza apta para que la conducta sea calificada como robo cuando *“se quebrantan las protecciones de cierre y guarda que el propietario adoptó para defender su propiedad pero*

¹⁰ Benítez Ortúzar, “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (III)”, p449

no cuando es el mismo objeto protector (las puertas en este caso) lo único que se violenta y sustrae, sin intención posterior de acceder al contenido del bien que con tales objetos tratan de protegerse”.

Este criterio no solo ha sido seguido por la jurisprudencia sino que ha sido compartido por autores como Fernández García, quien considera que *“la fuerza ha de recaer sobre los elementos que desempeñan una función defensiva de otros bienes, por lo que no es robo la sustracción de aquellos, por ejemplo, la puerta de entrada, la verja de la ventana, o los cables del radiocassette”*¹¹

Por otro lado, es obvio que la cosa que se pretende sustraer debe de encontrarse en un lugar cerrado, si bien éste lugar no tiene que ser necesariamente un inmueble ya que es posible aplicar esta modalidad de robo con fuerza en las cosas cuando se accede a algunos bienes muebles como ocurrir con un vehículo. En estos casos se aplicará el robo con fuerza en las cosas en su modalidad de fractura exterior cuando se rompe la ventana o se fuerza la cerradura del vehículo para acceder a alguna cosa que se encuentra dentro del mismo. Cuando lo que se pretende es sustraer el propio vehículo, el hecho será constitutivo de hurto, pudiendo aplicarse la agravante del artículo 234.3 del Código Penal si la fuerza utilizada para acceder al vehículo consiste en neutralizar, inutilizar o eliminar un dispositivo de seguridad instalado en el vehículo; el fundamento de la calificación de los hechos como hurto en este caso ya lo hemos mencionado en el párrafo anterior: si la fuerza se ejerce sobre la propia cosa que se pretende sustraer y no sobre los elementos externos que protegen la misma, no estamos ante un supuesto de fractura externa y por lo tanto solo pueden calificarse los hechos como hurto (esta es la postura que defiende la doctrina mayoritaria y en este grupo podemos encontrar autores como Álvarez García, Blanco Lozano, Mata y Martín, Fernández Rodríguez y Benítez Ortúzar).

Siguiendo con este mismo razonamiento, el supuesto en el que se rompe la pared, techo o suelo o se fractura la puerta o ventana, del inmueble donde se encuentra el vehículo que se pretende sustraer solo puede ser calificado como robo con fuerza en las cosas por fractura externa (porque la fuerza se ha ejercido sobre los elementos externos que protegen la cosa que se pretende sustraer).

Por otro lado, existen autores que afirman que el Tribunal Supremo ha extendido en exceso el concepto de fractura; así, el Tribunal Supremo considera que existe fractura cuando el sujeto simplemente desmonta los cristales de la ventana sin llegar a producir fractura alguna. Entre

¹¹ Fernández García, E. M. (2004), “El robo con fuerza en las cosas”, *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p.9

estos autores se puede destacar a González Cussac y Vives Antón que entienden que esta jurisprudencia relativa al concepto de fractura “*representa una extensión analógica de la idea de fractura que, al ampliar el ámbito del robo con fuerza en las cosas en detrimento del hurto, opera en contra del reo e infringe, por consiguiente, el artículo 25.1 de la Constitución (principio de legalidad)*”¹²

Por su parte, el TS defiende su doctrina a través de argumentos como los expuestos en la sentencia 11653/1987 de 1 de julio en la cual señala lo siguiente “*rompimiento o fractura es equivalente a quebrantar o forzar una cosa con esfuerzo, sin que lo cuantitativo de éste resulte trascendente, ya que lo relevante para la calificación de robo es que con mayor o menor dificultad se vulnere y convierta en inocuo el signo defensivo de la propiedad, sin ser necesario consignar la solidez del obstáculo, con tal de que exista*”. Esta doctrina jurisprudencial también podemos encontrarla en sentencias como la STS 10404/1988 de 22 de enero, en la SAP de Castellón 844/2011 de 15 de julio, la SAP de Asturias 3193/2005 de 24 de noviembre o la SAP de Madrid 15932/2004 de 14 de diciembre.

Por lo tanto, el Tribunal Supremo entiende que lo relevante para diferenciar en este tipo de casos si la conducta debe ser sancionada como robo o como hurto, no es que el sujeto activo ejerza sobre el cristal de la ventana una fuerza física suficiente como para provocar una fractura en éste, sino que lo verdaderamente importante es que el sujeto activo ejerza una fuerza para lograr vulnerar el medio de defensa opuesto por el propietario (en este caso ese medio de defensa sería la ventana), siendo indiferente la intensidad de esa fuerza que se ejerce. Por lo tanto, cuando el sujeto activo desmonta el cristal de la ventana, la jurisprudencia entiende que ya se está ejerciendo fuerza física, por débil que sea, sobre el medio de defensa previsto por el propietario.

Como ya comente anteriormente, algunos autores están en contra de esta jurisprudencia, en este grupo podemos destacar dos autores:

En primer lugar, Fernández Rodríguez está en contra de esta interpretación que realiza el TS del término “fractura”. Esta autora considera que para que exista una “fractura externa” que permita calificar la conducta como robo es necesario que se produzca un rompimiento efectivo del cristal de la ventana, no bastando con que se vulnere el medio de defensa opuesto por el propietario¹³.

En segundo lugar, De Vicente Martínez, también está en contra de esta interpretación que hace el Tribunal Supremo del término “fractura”. Para esta autora, para que se pueda apreciar

¹² Vives Antón, González Cussac, “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II)”, p.395.

¹³ Fernández Rodríguez, M.D. (1997) , *El robo con fractura exterior*, Barcelona, PPU, S.A., pp.92-95

una fractura en el sentido exigido en los artículos 237 y 238 del Código Penal, debe concurrir un esfuerzo físico, por débil que sea, y una “*rotura material*” del medio o elemento que protege la cosa, por lo que quedan excluidos del delito de robo con fuerza en las cosas por fractura externa los supuestos en los que el sujeto activo desmonta cristales o puertas para acceder o abandonar el lugar donde se encuentra la cosa que se pretende sustraer, sin producir ningún daño en dicha puerta o cristal¹⁴.

No obstante, no todos los autores están en contra de este criterio establecido por el TS, por ejemplo, Mata y Martín y Fernández García, están a favor de esta interpretación de la modalidad de fractura externa; en este sentido, Fernández García señala que “*la “fractura” consiste en la realización de un esfuerzo materia o físico con el fin de eliminar o sortear los elementos, instrumentos, cerramientos o las medidas de seguridad físicas dispuestas por el propietario para proteger los bienes. No es necesario que se causen daños, y cabe estimarla en supuestos de desmontaje sin fractura, por ejemplo de los cristales de las ventanas.*”¹⁵

En conclusión, pese a la intensa discusión doctrinal sobre la calificación de los supuestos de desmontaje de ventanas como hurto o robo, estos supuestos son castigados como robo con fuerza en las cosas tal y como ha señalado el TS poniendo fin al debate.

En otro orden de cosas y para poner fin a este epígrafe voy a analizar los supuestos en los que el supuesto activo desmonta el vallado perimetral de una obra o finca, desatando el alambre que unía las vallas metálicas, para poder acceder o abandonar dicha obra o finca, con el objetivo de sustraer objetos que se encuentren en estos lugares. Esta conducta, en un principio, podría ser calificada como un robo con fuerza en las cosas en la modalidad de fractura externa; sin embargo, se discute si en estos supuestos el simple hecho de desatar el alambre que une unas vallas metálicas, que están a ras de suelo, puede ser suficiente para considerar la conducta como robo con fuerza en las cosas o, en cambio, la conducta debe ser calificada como hurto.

Es importante tener en cuenta que este supuesto es distinto de aquel en el que el sujeto activo corta la cerca del alambre de espino puesta por el propietario para evitar que sus animales escapen. Tal y como indica Mata y Martín, la fuerza en las cosas debe ejercerse sobre elementos que cumplan una función defensiva respecto de los objetos que se pretenden sustraer, por lo que quedan excluidos del ámbito de aplicación del robo los casos en los que la

¹⁴ De Vicente Martínez, R. (1999), *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Valencia, Tirant lo Blanch, p.57

¹⁵ Fernández García, E. M. (2004), “El robo con fuerza en las cosas, pp.12

fuerza en las cosas se ejerce sobre elementos que no tienen por finalidad asegurar los bienes que se pretenden sustraer¹⁶.

Por lo tanto, siguiendo este razonamiento, el supuesto en el que se corta la cerca que únicamente tenía la función evitar que los animales escapen, debe ser calificado como hurto; mientras tanto, en el caso que estamos analizando, el vallado perimetral sí tiene una función defensiva con respecto a los bienes que se pretenden sustraer, por lo que estamos ante un caso distinto que podría ser calificado como robo con fuerza en las cosas.

La jurisprudencia ha considerado estas conductas como hurtos, entendiendo que el hecho de desatar un alambre que une unas vallas metálicas, que están situadas a ras de suelo, es insuficiente para calificar la conducta como robo con fuerza, ya que esa acción de desatar no entraña una dificultad o complejidad suficiente como para considerar que existe fuerza en las cosas. Esta doctrina jurisprudencial se puede apreciar en la SAP de Valencia 4777/2013 de 18 de noviembre en la cual se señala que *“tras desmontar el vallado perimetral, en realidad se trataba de vallas metálicas, habituales en las obras, atadas entre sí por un alambre, lo que implica que lo que hicieron simplemente fue desatar el alambre que unía las vallas (y que no consta si después volvieron o no a atar). Es realmente difícil entender que ello constituye la fractura o el rompimiento del art. 238.2, respetando el principio de legalidad. No es descartable que ello fuera una operación extraordinariamente fácil y simple (del mismo modo que la Sala II del TS indica que no es escalamiento saltar un muro de un metro –STS 1615 de 5.11- o entrar por una ventana a un metro y medio del suelo – STS 433/2001 de 23.5), como indican las máximas de experiencia (no es infrecuente que sea prácticamente una operación diaria en determinados solares, operación que efectúan en ocasiones los dueños de animales para su recreo, etc) incompatible con las exigencias típicas”*.

Como se puede apreciar en esta sentencia, el tribunal equipara el escalamiento a la fractura externa, en el sentido de que, si no puede considerarse escalamiento el acceso a un lugar cerrado por una ventana situada a ras de suelo (ya que ello no implica un esfuerzo físico o destreza de cierta importancia), tampoco puede considerarse que existe fractura externa cuando se desmonta un vallado perimetral desatando el alambre que une las vallas metálicas, dado que ello es una *“operación extraordinariamente fácil y simple”*, y por lo tanto, es incompatible con las exigencias del artículo 238 del Código Penal. En resumen, el tribunal afirma que para que exista fuerza en las cosas la conducta que constituya esa fuerza tiene que tener cierta complejidad o suponer un esfuerzo físico de cierta importancia.

¹⁶ Mata y Martín, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, pp. 249-251

Por lo tanto, podemos entender, por ejemplo, que el caso anteriormente expuesto de desmontar un ventana debe ser calificado como un robo con fuerza en las cosas porque la actividad de desmontaje no es una *“operación extraordinariamente fácil y simple”* sino que es una conducta que requiere cierta dificultad. Sin embargo, no podemos entender que este último razonamiento sea una regla general aplicable a todos los supuestos de robo con fuerza en las cosas por fractura externa ya que podemos encontrarnos con supuestos en los que, por ejemplo, el sujeto rompe una ventana con una barra de hierro para acceder o abandonar una vivienda; en estos casos, la conducta no es una operación que entrañe dificultad pero no por ello puede ser calificada como hurto debido a que en estos casos se está ejerciendo un esfuerzo físico de cierta importancia.

Por lo expuesto en el último párrafo yo opino que el ámbito del delito de robo con fuerza en las cosas no es un espacio en el que se puedan establecer reglas generales ya que existen tantas formas de llevar a cabo la conducta típica de este delito que la única solución que veo más favorable para un correcto tratamiento del mismo es el análisis caso por caso. Así, una vez tenidas en cuenta todas las circunstancias de ese caso específico, se podrá calificar la conducta como hurto o robo debido a que, como ya dije anteriormente, a veces la línea que separa ambos delitos es muy fina.

4.3.FRACTURA INTERNA

Esta modalidad de robo con fuerza en las cosas se encuentra en el artículo 238.3 del Código Penal que la define de la siguiente manera:

“Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo.”

En esta modalidad de fuerza en las cosas, la fuerza física no se emplea sobre las protecciones exteriores del lugar donde se encuentra la cosa, sino que se está ejerciendo sobre un bien mueble cerrado que contiene en su interior la cosa que se pretende sustraer.

En primer lugar, este tipo penal habla de *“Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras...”*, por lo que este tipo penal abarca no solo al rompimiento de dichos bienes muebles (armarios, arcas...) para conseguir lo que se encuentra en su interior, sino que también abarca la apertura de los mismos sin llegar a romperlos forzando sus cerraduras. En este sentido podemos mencionar la STS 2836/2009 de 30 de abril que expone lo siguiente: *“la afirmación en los hechos*

probados: “después de apalancar la puerta de doble hoja del armario, en la que produjo daños mínimos que no ha sido preciso reparar” cabe subsumirla bajo la referencia legal del empleo de fuerza en las cosas al haber realizado el hecho fracturando armarios o mediante forzamiento de sus cerraduras (art.238.3º del Código Penal) para acceder al interior del mismo, eliminando y dañando los obstáculos físicos que había puesto el propietario para evitar la sustracción”.

También es importante tener en cuenta que tanto en la fractura como en el forzamiento, el bien mueble que se fractura o fuerza debe de estar correctamente cerrado o sellado, de modo que sea necesario el empleo de fuerza física, por débil que sea, para lograr el apoderamiento de la cosa que se encuentra en su interior, ya que de lo contrario estaríamos ante un hurto.

En segundo lugar, el artículo 238.3 habla del *“descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido”*. En lo que se refiere a este tipo de fractura interna tendremos que atender a 4 puntos señalados por Benítez Ortúzar¹⁷. Son los siguientes:

- La “clave”, a los efectos de este delito, puede ser de cualquier naturaleza (números, sonidos...)
- Esta clave puede conocerla el sujeto activo en el momento de la comisión de los hechos o con anterioridad a los mismos.
- Aunque el artículo habla únicamente del descubrimiento de la clave, para que se consume el delito es necesario que esa clave sea utilizada para abrir (o al menos intentar abrir) el bien mueble que contiene el objeto que se pretende obtener; por lo que, el simple descubrimiento de la clave no es constitutivo de delito. Este razonamiento es apoyado por muchos autores entre los que podemos destacar a González Rus o a Mata y Martín.
- Este descubrimiento de la clave debe de obtenerse por un medio ilícito, por lo que se excluyen del tipo aquellos supuestos en los que las claves llegan al sujeto activo de forma lícita. En este último caso, si el sujeto activo utiliza dicha contraseña para abrir el bien mueble y sustraer la cosa que se encuentra en su interior, la conducta debe ser calificada como hurto.

En conclusión, del artículo 238.3 se puede deducir que hay tres tipos de fractura interna: la fractura de bienes muebles, el forzamiento de los mismos o la utilización de sus claves para abrirlos. Todas estas conductas tienen que tener el mismo objetivo: sustraer el objeto que se encuentra en el interior de este bien mueble.

¹⁷ Benítez Ortúzar (2016), “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (III)”, p.451

Por otro lado, el artículo 238.3 señala que estas conductas podrán realizarse “*en el lugar del robo o fuera del mismo*”. De este modo resultará indiferente que la fractura sea realizada en el lugar donde se encuentra la cosa mueble o fuera del mismo, así este tipo penal se aplicará también a aquellos supuestos en los que el sujeto activo se lleva el bien mueble en cuyo interior se encuentra la cosa que pretende sustraer para así poder realizar la fractura en un lugar seguro. Esto ha sido criticado por parte de la doctrina que opina que esta precisión convierte en robo lo que era hurto, por un acto posterior cuando la sustracción ya ha sido consumada sin fuerza (en este grupo podemos encontrar autores como Quintero Olivares). Además, en estos casos se plantea la cuestión de cuando se consuma el delito, pero esa cuestión no la voy a tratar ahora sino que la trataré en su epígrafe correspondiente.

En otro orden de cosas, no habrá robo con fuerza en las cosas en los casos en los que la fractura o rompimiento de un bien mueble sea la forma natural de apertura del mismo como puede ocurrir en el caso de las huchas de barro, por ejemplo.

En todo caso, la fractura interna requiere también un esfuerzo por el autor encaminado a eliminar los elementos de protección de la cosa que quiere sustraer, por lo que debemos de entender que el objeto cerrado o sellado debe requerir un cierto esfuerzo para su apertura. La exigencia de este requisito se puede apreciar en algunas sentencias como la SAP de Guipúzcoa 328/2011 de 11 de julio en la que se manifiesta lo siguiente: “*ésta implica la existencia de todo esfuerzo material y físico empleado sobre los elementos o instrumentos de seguridad o cerramiento colocados por su propietario para proteger sus bienes. En otras palabras, la mecánica delictiva de estas infracciones supone la utilización del esfuerzo humano, directamente o ayudado por otros medios técnicos para vulnerar dolosamente la protección que el propietario adopta en la defensa de su patrimonio, siendo que éste, se contenga en armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, en una definición del objeto –continente- de la depreciación en la que no encajaría la bolsa de plástico, abierta en su parte superior, sobre la cual el acusado realizó la acción típica*”. Así se puede ver como, por ejemplo, en esta sentencia se considera que la apertura de una bolsa de plástico no supone un esfuerzo físico suficiente como para que la conducta sea calificada como robo con fuerza en las cosas por fractura interna.

Por último, considero conveniente analizar brevemente las diferencias entre esta modalidad de fuerza en las cosas del artículo 238.3 y el hurto agravado recogido en el artículo 234.3. Este artículo 234.3 señala lo siguiente:

“Las penas establecidas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando en la comisión del hecho se hubieran neutralizado, eliminado o inutilizado, por cualquier medio, los dispositivos de alarma o seguridad instalados en las cosas sustraídas.”

De la lectura de ambos artículos podemos deducir que es importante diferenciar los casos en los que el sujeto activo fractura o fuerza objetos cerrados para poder sustraer la cosa que se encuentra en su interior (supuestos que serán calificados de robos con fuerza en las cosas) , y aquellos otros casos en los que el autor solo elimina los dispositivos de alarma que están instalados en la propia cosa que se quiere sustraer (estos supuestos serán calificados como hurtos agravados). La principal diferencia entre estos dos tipos penales consiste, como bien dice Mata y Martín, en que en el hurto agravado no existe la *“relación continente-contenido”* que es completamente necesaria en el artículo 238.3, es decir, en estos casos de hurtos agravados la fuerza no se ejerce sobre un bien mueble dentro del cual se encuentra la cosa que se pretende sustraer sino que la fuerza se ejerce sobre la misma cosa (en concreto, sobre los mecanismos de seguridad instalados en ella)¹⁸.

Es interesante mencionar que tras la aparición de este tipo agravado de hurto en el año 2015 se puso fin a un intenso debate doctrinal y jurisprudencial entre los defensores de calificar estos supuestos (en los que se desactivan sistemas de seguridad instalados en la cosa que se pretende sustraer) como robo con fuerza en las cosas por fractura interna (considerando que se al eliminar el sistema de seguridad se están vulnerando los medios opuestos por el propietario para evitar la sustracción) y entre aquellos que consideraban que estos casos se debían calificar como hurto (que defendían los mismos argumentos que Mata y Martín).

Además esta discusión también produjo una evolución jurisprudencial: en los años 80 estos casos eran calificados como robo con fuerza en las cosas (STS 14504/1987 de 23 de noviembre) hasta que ya, a principios de este siglo, estos casos se empezaron a calificar como hurto (SAP de Madrid número 9721/2008 de 19 de junio, por ejemplo). Como ya he dicho, a este debate se puso fin en el año 2015 con la reforma del Código Penal y la aparición del hurto agravado del artículo 234.3.

4.4.LLAVE FALSA

Esta modalidad de fuerza en las cosas viene recogida en el apartado 4º del artículo 238 CP que señala que se considera fuerza en las cosas el *“uso de llaves falsas”*. El concepto de llave falsa viene recogido en el artículo 239, este artículo dispone lo siguiente:

¹⁸ Mata y Martín, El delito de robo con fuerza en las cosas, pp. 290-292.

“Se considerarán llaves falsas:

- 1. Las ganzúas u otros instrumentos análogos.*
- 2. Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal.*
- 3. Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo.*

A los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, los mandos o instrumentos de apertura a distancia y cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar.”

De este artículo podemos deducir que el concepto de llave falsa es un concepto eminentemente funcional, ya que será llave falsa cualquier medio o instrumento que sirva para abrir un cierre mecánico o eléctrico, siempre que dicho medio de apertura no sea el habitual, autorizado o dispuesto por el dueño o poseedor. El Tribunal Supremo ha definido la llave falsa en este sentido en su sentencia 3030/2005 de 12 de mayo, esta sentencia establece lo siguiente: *“El uso de llaves falsas no implica el desarrollo de una especial fuerza o presión para acceder al lugar donde se encuentran las cosas muebles ajenas, sino el empleo de un medio que permita dicho acceso sin causar daños o desperfectos. El concepto de llave falsa no se corresponde con el vulgar o usual, sino que es eminentemente funcional y conforme a la definición legal contenida en el art. 239.3º CP, se incluyen en aquél concepto cualesquiera otras (llaves) que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo”.*

Es importante tener en cuenta que el uso de la llave falsa debe permitir el acceso o el abandono del lugar donde se encuentra la cosa que se pretende sustraer sin causar ningún tipo de daño o desperfecto ya que, si esto sucede, no nos encontraríamos ante un supuesto de llave falsa sino que estaríamos ante un robo con fuerza en las cosas por fractura externa o interna.

La llave falsa puede utilizarse tanto sobre bienes muebles como inmuebles (para abrir puertas, armarios, ventanas, vehículos, cofres...)

No hay que olvidar que, tras la reforma del Código Penal del año 2015, la fuerza en las cosas puede usarse tanto para acceder como para abandonar el lugar donde se sustrae la cosa por lo que este delito también abarca los supuestos de uso de llave falsa para abandonar el lugar del robo.

Como ya hemos dicho, existen varios tipos de llaves falsas:

1º) Ganzúas u otros instrumentos análogos

Para establecer la definición de ganzúa podemos recurrir primeramente a la STS 1215/2000 de 18 de febrero que señala lo siguiente: *“El diccionario de la Real academia de la Lengua Española explica el sustantivo ganzúa en primer lugar como <<alambre fuerte y doblado por una parte, a modo de garfio, con que a falta de llave pueden correrse los pestillos de las cerraduras>> de forma que cualquier artificio que funcionalmente puede servir para dicha finalidad debe ser reconducido a la cualidad de instrumento análogo previsto por el legislador. En síntesis lo esencial es la posibilidad de liberar un mecanismo cerrado en un principio que preserva el depósito y libre disposición de los bienes muebles de que se trata sin que ello signifique la necesidad de la previa apertura de la caja o mueble donde dicho mecanismo esté alojado, mediante la utilización de un artilugio o instrumento que funcionalmente sea idóneo para ello, quebrantando de esta forma el dispositivo de seguridad establecido”*.

Por lo tanto, podemos definir ganzúa a los efectos del delito de robo con fuerza en las cosas como todo alambre o artilugio mecánico que moldeado convenientemente sirve para abrir una cerradura; por otro lado, podemos definir “instrumentos análogos” como cualquier otro artilugio que tenga la misma función que la ganzúa, no teniendo porque ser una llave en sentido gramatical y pudiendo ser, dicho instrumento análogo, de cualquier material. En definitiva, tienen que tratarse de cualquier tipo de instrumento que permita abrir, sin romper, una cerradura.

Teniendo en cuenta todo esto, es evidente que el concepto de ganzúa y de instrumento análogo es un concepto amplio como expresamente se ha mencionado en algunas sentencias (la SAP de Murcia 1077/2015 de 12 de mayo, por ejemplo).

2º) Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal.

En este caso nos encontramos ante un precepto muy amplio, ya que abarca todos aquellos casos en los que las llaves llegan al sujeto activo del delito de robo de cualquier forma ilícita o por la pérdida de las mismas. De esta manera, esta modalidad de llave falsa en realidad eleva a la categoría de “falsa” a la llave que en realidad es “auténtica” centrándose en la forma en la que esta llave llega al poder del autor del robo.

Es conveniente mencionar aquí que, a diferencia que en el apartado anterior en el que podía ser llave falsa cualquier instrumento que cumpliera la misma función que una ganzúa, en este apartado solo podrá ser llave falsa la llave “auténtica”. Si se utilizará cualquier otro artilugio distinto de esta llave tendríamos que acudir a un apartado distinto de este artículo 239 CP.

Además es muy importante tener en cuenta que aunque el artículo 239.2 solo habla del propietario de las llaves, también se va a aplicar este precepto en los casos en los que las llaves sean pérdidas o sustraídas a una persona distinta del propietario de las mismas (un arrendatario, por ejemplo).

Como ya he dicho este precepto es muy amplio, por lo que únicamente van a quedar excluidos del mismo los supuestos de uso autorizado de las llaves por una persona distinta del propietario, de obtención de las mismas por un medio que no constituya infracción penal y los casos en los que las llaves se encuentran en un lugar visible a disposición de cualquiera. Sin embargo estas exclusiones crean una gran discusión en la práctica.

El caso en el que las llaves llegan al autor del delito de robo por un medio que constituya infracción pena puede ser bastante complejo. En estos casos debe probarse primeramente que el acceso a las llaves no es legítimo. Así, cuando las llaves son sustraídas sin la voluntad de su dueño, el hecho previo al uso de la llave será constitutivo de un delito de hurto leve, por lo que se da el requisito exigido en el tipo (un ejemplo sería la SAP de Barcelona 15572/2011 de 22 de diciembre), lo mismo ocurre cuando las llaves se obtienen mediante un engaño constitutivo del delito de estafa o en el caso de la apropiación indebida. Sin embargo, estos casos de apropiación indebida son los más difíciles de determinar ya que solo se podrán calificar los hechos como robo con fuerza en las cosas cuando el hecho previo por el que se obtienen las llaves reúna las circunstancias típicas de la apropiación indebida.

Así, un caso que podemos destacar es el de la STS 3956/2010 de 16 de julio, en este caso el recepcionista de un hotel utilizó las llaves de la habitación de un cliente para acceder a la misma y sustraer bienes. En este caso, que podría ser calificado como un robo con fuerza en las cosas por uso de llave falsa, se plantea una duda muy importante: ¿Esta llave que recibe el recepcionista y que tiene la obligación de custodiarlas por su oficio, es verdaderamente obtenida por un medio que constituye infracción penal?

La jurisprudencia viene calificando estos supuestos (en los que una persona utiliza unas llaves que tiene en custodia, pero está las utiliza para sustraer bienes) como hurtos y no como robos, dado que los tribunales entienden que en estos casos el autor no obtiene la llave por un medio que constituya infracción penal, sino que esta llave se obtiene de forma lícita, teniendo el sujeto la obligación de custodiarla y pudiendo solo hacer los usos de la misma para los que ha sido autorizado. Por lo tanto, en esta clase de supuestos, ya que el sujeto está autorizado para el uso de la llave (aunque no para el uso que hizo) y como se considera que esta llave se ha obtenido de forma lícita, estos hechos no entrarían dentro del ámbito del artículo 239.2.

Hay muchos autores que están de acuerdo con este criterio jurisprudencial, entre los que podemos mencionar a Muñoz Cuesta, que considera que deben excluirse de *“las llaves legítimas pérdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal”* aquellos casos en los que el sujeto activo obtiene o posee en concepto de depósito las llaves y las usa para un uso distinto del autorizado por el propietario, por lo que quedan excluidas de esta modalidad de llaves falsas las que son utilizadas por el recepcionista de un hotel para acceder a la habitación de un cliente y sustraer bienes¹⁹.

En el mismo sentido, Fernández Rodríguez considera que nos encontramos con casos que deben ser calificados como hurtos con abuso de confianza, señalando que *“son casos en los que se abusa de la legítima disposición de la llave para, desviándola de su destino, apoderarse de bienes ajenos. Disposición que puede tener su origen en una relación laboral (porteros, empleados del hogar, vigilantes nocturnos, etc) o derivarse de una relación familiar o personal de confianza”*²⁰.

Asimismo, este criterio es compartido por Mata y Martín que considera necesario que la llave se obtenga por un acto previo y doloso de desposesión, de manera que *“el ingreso de la misma en el ámbito de actuación del sujeto suponga un incremento del desvalor de acción en relación a la mera utilización de una llave sin el consentimiento del titular”*. Por otro lado, este autor afirma que van a quedar excluidas *“las llaves retenidas indebidamente, encontradas o utilizadas ilegítimamente cuando provienen de un origen posesorio lícito”*²¹.

Caso distinto es el de la SAP de Jaén 204/2012 de 13 de febrero, en este caso un trabajador que fue despedido de una tienda, en vez de devolver las llaves de esta tienda una vez terminada la relación laboral, se quedó con ellas y las utilizó después para sustraer bienes de dicho local. En este caso, el tribunal consideró que, primeramente, nos encontramos claramente ante un delito de apropiación indebida de las llaves, por lo que cuando el trabajador utilizó las llaves para entrar en la tienda y sustraer objetos, cometió un delito de robo con fuerza en las cosas en la modalidad de llave falsa, ya que dicha llave había sido obtenida por un medio que constituye infracción penal. Lógicamente, el delito de robo absorbió al de apropiación indebida.

Otro caso que puede ser controvertido es aquél en el que la víctima se deja las llaves puestas en la cerradura de la puerta de su domicilio, de manera que el sujeto activo solo tiene que

¹⁹ Muñoz Cuesta, J. (1998), “Capítulo II. Robo con fuerza en las cosas”, *El hurto, el robo y el hurto y robo de uso de vehículos*, Navarra, Aranzadi, pp.108-109.

²⁰ Fernández Rodríguez, M. D. (2012), *Llaves falsas y delincuencia patrimonial*, p.154. Disponible online: <http://hdl.handle.net/10347/4235>

²¹ Mata y Martín, “Los modernos sistemas de seguridad en el apoderamiento patrimonial”, *Revista del poder judicial* número 49, p 334

girar la llave para acceder al domicilio y sustraer bienes. Este tipo de supuestos podrían ser calificados como robo con fuerza en las cosas, sin embargo, surge una duda importante: ¿Esta llave que el sujeto activo encuentra puesta en la puerta de la casa puede ser considerada como una llave pérdida por el propietario u obtenida por un medio que constituya infracción penal?

Fernández Rodríguez entiende que *“en aquellos supuestos en los que la llave no ha llegado a manos del delincuente por un acto suyo, anterior y doloso, la apropiación indebida de las cosas ajenas, será hurto pero no robo”*. Esta autora continua diciendo que en los casos en los que se dejan las llaves puestas las mismas *“están visiblemente en condiciones de ser utilizadas por cualquiera”*, y que, además, en estos supuestos *“no puede afirmarse que los objetos o el domicilio están cerrados; tampoco ha habido un acto previo de apoderamiento de la llave”*²². En resumen, esta autora defiende que en estos supuestos no puede afirmarse que las llaves han sido obtenidas por un medio que constituya infracción penal ni que el objeto o lugar, en el que se encuentra la cosa que se pretende sustraer, este cerrado (ella considera que dejar la puerta con las llaves puestas en la cerradura es lo mismo que dejar la puerta abierta); por lo que estos casos deben ser sancionados como hurtos y no como robos.

En este tipo de supuestos podemos ver también una clara evolución jurisprudencial que el Tribunal Supremo menciona expresamente en su sentencia 7956/1997 de 22 de diciembre, en la que se suscitó un caso igual al que estamos tratando. En esta sentencia el alto tribunal manifestó lo siguiente: *“En efecto, aunque una antigua doctrina de esta Sala entendió que la palabra “sustraídas”, utilizada en el artículo 510.2º del Código derogado, engloba cualquier acceso a la posesión de la llave legítima contra o sin la voluntad de su dueño, tal interpretación fue sustituida hace tiempo progresivamente –y de forma prácticamente constante a partir de las SS de 16-2-88 y 6-2-89- por un criterio más restrictivo y seguramente más respetuoso con el principio de legalidad, a cuyo tenor la palabra “sustraídas” se ha identificado con el desapoderamiento previo de las llaves de que se hace objeto a su dueño con una cierta carga, al menos, intencional o dolosa.*

Esta doctrina, que se inspiró en su día en el Proyecto de CP de 1.980 y en la Propuesta de Anteproyecto de 1.983, se ha visto definitivamente confirmada, en los términos que ya hemos visto, en el CP de 1.995”.

Por lo que podemos ver en esta sentencia, la jurisprudencia sobre el término “sustraídas” ha ido evolucionando con el tiempo desde una primera interpretación que lo consideraba como *“cualquier acceso a la posesión de la llave legítima contra o sin la voluntad de su dueño”*

²² Fernández Rodríguez, *Llaves falsas y delincuencia patrimonial*, p.151-152.

hasta la doctrina actual que considera que solo habrá una “sustracción” de las llaves cuando se produzca un acto previo de apoderamiento doloso de las mismas por parte del autor del delito. Por todo ello al principio los tribunales consideraban antes que estos casos se debían calificar como robo con fuerza en las cosas y, actualmente, consideran que deben calificarse como hurtos.

Por otro lado, podría pensarse que estas llaves que se dejan puestas en la cerradura son unas llaves perdidas por el propietario; sin embargo, tal y como indica Robles Planas, aunque ciertamente son unas llaves perdidas, *“por razones de político-criminales debe entenderse que, si se usan, sólo se comete un hurto, pues el propietario ha infringido sus deberes de autoprotección y el sujeto activo no ha desplegado la energía criminal que justifica la imposición de la pena del robo”*²³.

Es muy importante tener en cuenta que sería un caso completamente distinto aquel en el que el sujeto activo se encuentra las llaves puestas, pero en lugar de entrar directamente, las coge y se las guarda para entrar a sustraer bienes en otro momento. En este caso, el sujeto activo ha obtenido las llaves por medio de un acto de apoderamiento previo y doloso, por lo que en este caso las llaves han sido obtenidas por un medio que constituye infracción penal.

3º) Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo

Este precepto actúa como cláusula de cierre y en él se incluyen todos aquellos instrumentos que aunque no tengan cabida en los grupos anteriores cumplan la misma función, es decir, permitan el acceso o el abandono del lugar o recipiente en el que se encuentra la cosa que se pretende sustraer, siempre que esta conducta se realice sin el consentimiento del propietario. Así, la expresión “violentada por el reo” hace referencia a que la cerradura debe ser abierta (no rota, ya que sino no podemos aplicar la modalidad de llave falsa) contra la voluntad del propietario o poseedor de la cosa que se quiere sustraer. Esta interpretación ha sido aceptada tanto por autores como Vives Antón y González Cussac²⁴ como por la jurisprudencia (SAP de Murcia de 15 de mayo de 2015, por ejemplo).

El último párrafo de este precepto señala lo siguiente: *“A los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, los mandos o instrumentos de apertura a distancia y cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar.”* De este

²³ Robles Planas, R. (2011), “Delitos contra el patrimonio (I). El robo con fuerza en las cosas”, en Silva Sánchez, J.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Barcelona, Atelier Libros, S. A., pp.213-214.

²⁴ Vives Antón, González Cussac, “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II)”, p.400

párrafo podemos destacar que las tarjetas, los mandos de apertura a distancia y cualquier otro instrumento electrónico de eficacia similar, se exige, que se utilicen para acceder o abandonar un lugar cerrado, ya que de lo contrario estaríamos ante un delito de hurto.

Por último, es importante tener en cuenta que, la expresión “*cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar*” es una cláusula abierta que introdujo el legislador con la LO 5/2010, para que este precepto se adaptara a los continuos avances tecnológicos que van surgiendo en esta materia.

4.5.INUTILIZACIÓN DE SISTEMAS ESPECÍFICOS DE ALARMA O GUARDA

Esta modalidad de robo con fuerza en las cosas está recogida en el apartado 5º del artículo 238 CP; este precepto se refiere tanto a los casos en los que el sujeto activo deja inoperantes estos sistemas de alarma o guarda, incluyendo aquellos casos en que son destruidos del todo, como aquellos otros en los que se dejan inoperantes temporalmente. La inutilización de estos sistemas de seguridad debe tener el objetivo de poder acceder al lugar o recipiente donde se encuentra el objeto que se pretende sustraer, o abandonar dichos lugares (por ejemplo, puede darse el caso de que el autor acceda a un local sin utilizar la fuerza en las cosas y espere hasta que el local quede cerrado para poder inutilizar el sistema de alarma o guarda desde dentro, y finalmente, abandonar el lugar con la cosa que ha sustraído).

Es importante definir algunos conceptos. Sistema específico de alarma es todo artilugio técnico que mediante sonido, llamada o luz, este destinado a advertir de la inminencia o realidad de la sustracción. Sistema específico de guarda, será aquel que se ha instalado expresamente para proporcionar la custodia al acceso de la cosa (por ejemplo células fotovoltaicas, rayos...). Estos conceptos comprenden tanto los sistemas situados en vallas o elementos exteriores, en edificios, los que operan en puertas, vehículos, ventanas, cajas fuertes...

Es importante mencionar que el precepto habla de sistemas “específicos”, por lo que solo entrará dentro del ámbito del tipo la inutilización de sistemas que tengan exclusivamente finalidades de alarma o guarda. Así, no estaría sancionado por este precepto, la inutilización de una alarma de incendio, por ejemplo. Surge la duda sobre si considerar a los animales como sistema de guarda. Si realizamos una interpretación rigurosa parece que no es posible, ya que, por ejemplo, un perro guardián no podría ser considerado un “sistema” en sentido estricto. Encontramos diferencias en la doctrina en este sentido debido a que hay autores a

favor de esta interpretación rigurosa como González Rus, González Cussac y Vives Antón; y también hay autores en contra como Serrano Gómez y Serrano Maillo.

Con anterioridad al año 2015, existía discusión sobre como calificar los supuestos en los que el sistema de guarda o alarma estaba instalado en la propia cosa que se pretendía sustraer, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia (STS 4544/1999 de 25 de junio, por ejemplo) estaban de acuerdo en que estos casos debían calificarse como hurto ya que en ellos no se daba uno de los requisitos principales del robo con fuerza en las cosas: la fuerza en las cosas debe estar encaminada a acceder o abandonar el lugar o recipiente en cuyo interior se encuentra la cosa que se pretende sustraer. Así, consideraban que estos casos debían ser sancionados como hurtos porque la fuerza en las cosas no se ejerce sobre esos recipientes o lugares sino que se ejerce sobre la misma cosa que se pretende sustraer.

A esta discusión se puso fin en el año 2015 cuando, con la reforma del Código Penal, se introdujo el artículo 234.3 que sanciona estos supuestos como hurtos agravados. Por lo tanto, en los casos de inutilización de los sistemas de alarma o guarda es muy importante tener en cuenta donde están instalados dichos sistemas ya que el tipo penal aplicable será distinto dependiendo de si los sistemas están instalados en la propia cosa que se quiere sustraer (en este caso se aplica el 234.3) o si están instalados en los elementos externos que protegen dicha cosa (en este caso se aplica el 238.5).

Por último, hay que tener en cuenta que, a parte de los dos casos que acabo de mencionar, se excluyen del artículo 238.5 los siguientes supuestos:

- Los casos de descubrimiento de claves con las que se consigue desactivar el sistema de alarma o guarda, ya que en estos casos estamos ante uno de los tipos de fractura interior del artículo 238.3.
- Los casos en los que el sistema no es inutilizado, sino que simplemente son burlados por el sujeto activo para acceder o abandonar el lugar donde está la cosa que se quiere sustraer.

5. TIPOS AGRAVADOS Y TIPOS CUALIFICADOS DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

El Código Penal sanciona, con una pena de prisión de 2 a 5 años, el robo con fuerza en las cosas en dos situaciones:

- Cuando concurren alguna de las circunstancias del artículo 235 (artículo 240.2 CP).

- Cuando el robo sea cometido en casa habitada, local abierto al público o en cualquiera de las dependencias de ambos (artículo 241.1 CP).

En lo que se refiere al **artículo 240.2**, se trata de un tipo agravado del robo con fuerza en las cosas que solo se remite a las circunstancias agravantes del hurto recogidas en el artículo 235. Así, estas circunstancias podrán darse tanto en el hurto como en el robo con fuerza en las cosas y en ambos casos tendrán como consecuencia una agravación de la pena. Esta agravación pone de manifiesto esa naturaleza de hurto agravado que parte de la doctrina otorgaba al robo con fuerza en las cosas. Antes de proceder al análisis de estas circunstancias tenemos que tener en cuenta que dichas circunstancias tienen que ser abarcadas por el dolo, es decir, esa circunstancia debe ser conocida y querida por el autor del delito, y que, en caso de que concurran en mismo supuesto 2 o más circunstancias del art. 235, la pena se impondrá en su mitad superior tal y como indica el artículo 235.2 (es decir, se impondrá una pena de prisión de 3 años y 6 meses a 5 años).

A continuación vamos a analizar muy brevemente cada una de las circunstancias del artículo 235, ya que al ser tipos agravados del hurto, se trata de un tema que atañe más al hurto que al robo con fuerza en las cosas, y no hay que olvidar que este trabajo trata solo el robo con fuerza en las cosas.

1º) *“Cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.”*

Esta agravante abarcará no solo los objetos que han adquirido dicho valor mediante una declaración administrativa previa a su sustracción sino que también afectará a objetos que pese a no haber recibido esa calificación todavía, reúnen todos los requisitos necesarios para recibirla. Por lo tanto quedará al arbitrio judicial determinar, en cada caso concreto, si el objeto reúne esos requisitos, sin embargo, el juez no puede aplicar sus gustos o preferencias personales sino que tendrá que atender a los criterios que aparezcan como más objetivos. Esta doctrina jurisprudencial se pone de manifiesto en la STS 16764/1991 de 12 de noviembre.

2º) *“Cuando se trate de cosas de primera necesidad y se cause una situación de desabastecimiento.”*

Por cosas de primera necesidad, debe entenderse todos los bienes destinados a satisfacer necesidades básicas o primarias. Además, el tipo exige que la sustracción de estas cosas de primera necesidad cause una situación de desabastecimiento que sea perceptible tanto desde el punto de visto objetivo y subjetivo. Esto provoca que esta agravante se aplique muy poco en la práctica.

3º) *“Cuando se trate de conducciones, cableado, equipos o componentes de infraestructuras de suministro eléctrico, de hidrocarburos o de los servicios de telecomunicaciones, o de otras cosas destinadas a la prestación de servicios de interés general, y se cause un quebranto grave a los mismos.”*

En este subtipo 3º, se incluye tal y como dice Cano Cuenca²⁵, la circunstancia que antes se recogía en el subtipo 2º y que indicaba que se aplicaba el tipo agravado cuando se sustrajeran objetos destinados a un servicio público y se produjera un grave quebranto a los mismos; sin embargo puede considerarse que el subtipo 3º tiene una redacción más amplia y valorativa puesto que habla de servicios de “interés general” no solo de los “servicios públicos” de los que hablaba el antiguo subtipo 2º. Este subtipo suele aplicarse en los casos de sustracción de cable de cobre de las redes de servicio público e interés general.

4º) *“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”.*

Aunque estos supuestos podrían incluirse perfectamente en el subtipo 5º, el legislador ha optado por recoger expresamente el supuesto en el que la sustracción se realiza en el ámbito de explotaciones agrícolas y ganaderas. Se trata de explotaciones en las que difícilmente se pueden aplicar medidas eficaces de protección lo que aprovecha el sujeto activo para cometer el delito.

5º) *“Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeran perjuicios de especial consideración.”*

En lo que se refiere a la especial gravedad atendiendo al valor de los objetos sustraídos, la ley no establece ninguna cuantía a partir de la cual deba aplicarse imperativamente esta circunstancia, por lo que el legislador deja al libre arbitrio del juez o tribunal la fijación de este límite cuantitativo. Sin embargo, los tribunales para evitar que este sistema se convirtiera en un sistema arbitrario y para evitar dañar la seguridad jurídica, han establecido unas cuantías orientativas a partir de las cuales puede aplicarse este subtipo.

Actualmente, esa cuantía está fijada en 50.000€ ya que esta es la cuantía que establece el artículo 250.1.5 CP para aplicar un tipo agravado en la estafa. Esa cuantía no está prevista en

²⁵ Cano Cuenca A. (2015), “EL DELITO DE HURTO (ARTS. 234 Y SS. CP)”, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, p.701-702.

el Código Penal para el delito de hurto, pero la jurisprudencia considera que esa cuantía puede servir como criterio orientativo tanto para el hurto como para el robo con fuerza en las cosas. Esta doctrina jurisprudencial se manifiesta en la STS 808/2002 de 8 de febrero.

En lo que se refiere a los perjuicios de especial consideración, estos perjuicios no se refieren al valor económico de lo sustraído, aquí lo que se va a tener en cuenta son las circunstancias personales de la víctima, es decir, el perjuicio que sufre esta persona por la pérdida.

6º) *“Cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de sus circunstancias personales o de su situación de desamparo, o aprovechando 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.”*

Por grave situación económica se entiende que debe causarse al sujeto pasivo o su familia un grave problema económico y que el mismo sea conocido por el autor del delito. No es necesario que la víctima quede en una situación de extrema pobreza sino que basta que, como consecuencia de la sustracción, la víctima tenga dificultades para hacer frente a sus obligaciones económicas ordinarias.

Cuando el subtipo habla de abusar de circunstancias personales de la víctima se refiere a que se dé una situación de superioridad por parte del sujeto activo sobre el pasivo por alguna circunstancia de este último que cause un grave desequilibrio entre ambos, y por lo tanto otorgue una ventaja importante al autor del delito.

Este subtipo también abarca los supuestos en los que la sustracción se realiza aprovechando situaciones de catástrofe o calamidad pública, circunstancias que hacen que la acción delictiva sea más reprochable.

7º) *“ Cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo.”*

Este subtipo recoge expresamente, para los delitos de hurto y de robo, los supuestos de multirreincidencia que se regulan con carácter general, para todos los delitos, en el artículo 66.5º CP. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la multirreincidencia es de obligada apreciación por el tribunal en los casos de hurto y de robo, mientras que en el resto de los casos, es de apreciación potestativa.

8º) *“Cuando se utilice a menores de dieciséis años para la comisión del delito.”*

Con esta agravación, se castigan casos de autoría mediata en los que el sujeto activo utiliza a menores para cometer el delito. Sin embargo, hay que tener en cuenta que desde que en el año 2015, la edad del menor se subió de 14 a 16 años, nos encontramos ante un nuevo problema y es que tal y como indica la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, el menor que tenga más de 14 años es responsable penalmente por sus actos y por lo tanto podría pensarse que no ha sido instrumentalizado por un adulto para cometer el delito sino que solo ha colaborado con él. Este problema no ocurría anteriormente ya que los menores de 14 años no son responsables penalmente, tal y como señala la misma Ley Orgánica.

9º) *“Cuando el culpable o culpables participen en los hechos como miembros de una organización o grupo criminal que se dedicare a la comisión de delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza.”*

Para que se aplique este agravante es necesario que el sujeto activo sea miembro de una organización o grupo criminal, y que esta organización o grupo se dedique a la comisión de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, siempre que estos delitos sean de la misma naturaleza.

Es importante recordar que las organizaciones y los grupos criminales son definidos por el legislador en los artículos 570 bis y 570 ter del Código Penal, respectivamente.

En lo que se refiere al **artículo 241 CP**, se trata de un artículo que dota de cierta autonomía al robo con fuerza en las cosas cometido en casa habitada o en local abierto al público respecto del tipo básico de robo con fuerza en las cosas regulado en los artículos anteriores. Por lo tanto podemos afirmar, como bien dice Benítez Ortúzar²⁶, que el tipo del artículo 241 es un tipo cualificado del robo con fuerza en las cosas, que se da cuando el robo se comete en los lugares típicos anteriormente mencionados.

La definición de casa habitada viene recogida en el artículo 241.2, este artículo la define de esta manera: *“Se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar.”*. Es evidente, que este tipo se aplica también en los casos en los que, cuando se comete el robo, los moradores no se encuentren en la casa porque hayan salido de ella de forma ocasional (el ejemplo más claro sería cuando una familia se ha ido de vacaciones y el robo se comete en su ausencia); sin embargo, mayores problemas traen los casos en los que el

²⁶ Benítez Ortúzar, “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (III)”, p. 458

robo se comete en una “segunda residencia”. La mayoría de la doctrina entiende que no debería aplicarse el tipo cualificado en estos casos ya que el término “accidentalmente” se refiere a que los dueños de la vivienda no se encuentren en la misma de forma momentánea o casual, y por lo tanto no abarca los casos en los que los dueños no acuden a la vivienda en largos periodos de tiempo debido a que en estos casos no estamos hablando de una ausencia esporádica sino que se trata de una presencia esporádica. Del mismo modo, Quintero Olivares dice que los robos en segundas residencias no deben entrar en este tipo ya que *“la ausencia temporal no debe confundirse con la presencia esporádica”*²⁷.

Por otro lado, el Tribunal Supremo sí que aplica este tipo cualificado en los supuestos de robo en segundas residencias, ya que el fundamento de este artículo 241 no se encuentra solo en el ataque a los bienes ajenos, sino que también se encuentra en el ataque a la intimidad de los moradores, que pueden presentarse en la vivienda en cualquier momento. Esta doctrina jurisprudencial se encuentra recogida en la STS 995/2000 de 11 de febrero.

En el mismo sentido se manifiesta la STS de 21 de abril de 1989 que al señalar que *“por casa habitada ha de entenderse la destinada a la habitación aunque tan solo sea en fechas inciertas o indeterminadas...”* también nos permite deducir que el concepto de “casa habitada” no incluye solo a las viviendas en sentido estricto sino que también puede incluir las habitaciones de hotel, caravanas...

La entrada en casa habitada para cometer un robo, en principio, no dará lugar al allanamiento de morada ya que dicha entrada está expresamente recogida por el delito de robo.

En lo que se refiere al robo con fuerza en las cosas cometido en edificios o locales abiertos al público, la ley no recoge ninguna definición de estos lugares, a diferencia de lo que ocurre con la casa habitada. La jurisprudencia ha considerado que este tipo cualificado es aplicable a todos los edificios o locales, públicos o privados, con independencia de cuál sea su finalidad, y siendo indiferente que su titularidad corresponda a una persona física o jurídica.

Es muy importante conocer si el robo se produjo dentro de los horarios de apertura de ese local o si se produjo fuera de ellos ya que en este último caso el 2º párrafo del artículo 241.1 recoge una atenuante (se aplicará una pena de prisión de 1 a 5 años). Sin embargo, este atenuante no se aplicará si se da algunas de las circunstancias del artículo 241.4.

Esta atenuante fue introducida en 2015, antes estos supuestos no eran abarcados por el artículo 241 y se calificaban como un concurso delitos entre el tipo básico del delito de robo

²⁷ Quintero Olivares, G. (2011), “Título XIII. Delitos contra el patrimonio y el contra el orden socioeconómico. Capítulo II: De los robos”, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, pp.643-644.

con fuerza en las cosas (art. 240.1) y el delito de allanamiento de local abierto al público fuera de las horas de apertura (art. 203.1).

El artículo 241.3 CP establece que: *“Se consideran dependencias 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.”*. En definitiva se consideraran dependencias (en las que si se realiza el robo con fuerza en las cosas se aplicará el tipo cualificado) cualquier lugar cerrado, contiguo y en comunicación interior con el edificio, vivienda o local del que se trate.

El artículo 241.4 establece una agravante aplicable a todos los supuestos de este artículo: *“ Se impondrá una pena de dos a seis años de prisión cuando los hechos a que se refieren los apartados anteriores revistan especial gravedad, atendiendo a la forma de comisión del delito o a los perjuicios ocasionados y, en todo caso, cuando concurra alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 235.”*. Es importante mencionar que la gravedad y perjuicios de los que se hace mención aquí son distintos a los que se exigen en el artículo 235.5 ya que, mientras que en este artículo 235 esta gravedad y perjuicios se refieren a los que derivan directamente de la sustracción de la cosa mueble ajena, en el artículo 241.4 se refieren a la gravedad de la fuerza en las cosas ejercida o en los perjuicios que se ocasionan directamente por esta fuerza ejercida. En lo que respecta al resto de circunstancias del artículo 235, ya han sido analizadas previamente.

6. ELEMENTOS SUBJETIVOS: ÁNIMO DE LUCRO Y DOLO

De acuerdo con el diccionario de la RAE, la palabra “lucro” alude al provecho o ganancia que se saca de algo; mientras tanto, la palabra “ánimo” equivale a “motivación”, por lo tanto el ánimo de lucro puede ser entendido como la intención de obtener una ganancia o provecho de algo. El término “ánimo” no puede ser entendido como “intención” o “voluntad”, como indica el tercer vocablo de ese mismo diccionario ya que esto puede provocar una confusión entre el dolo y el ánimo de lucro.

El ánimo de lucro es un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo. Así gran parte de la doctrina afirma que el ánimo de lucro es un *“elemento subjetivo adicional”* al dolo.

Es por ello que en nuestro Código Penal, cuando en un tipo penal es necesaria la concurrencia del ánimo de lucro, el Código lo señala expresamente (como ocurre en el delito de robo); sin embargo, el código nunca exige expresamente que la conducta típica se realice de manera dolosa, al contrario, solo indica que conductas serán sancionadas aunque se realicen de forma

imprudente. Esta es una prueba más de que el dolo y el ánimo de lucro son dos elementos subjetivos del tipo distintos.

La definición que nos da el TS del ánimo de lucro no se aleja mucho de la de la RAE, el TS lo define como *"cualquier ventaja, utilidad, beneficio, rendimiento, que se proponga obtener el sujeto activo, de los bienes muebles cuyo apoderamiento o apropiación pretenda, incluso los meramente contemplativos o de ulterior beneficencia, no importando el modo de materialización de su propósito lucrativo..."* (STS 12029/1989 de 21 abril y 543/1996 de 31 de enero). Además, como se puede ver en esta sentencia, el beneficio que puede obtener el sujeto activo puede ser de cualquier tipo.

También es importante mencionar la STS de 10 marzo de 2000 en la que este tribunal señaló otro de los elementos principales del ánimo de lucro: el *animus rem sibi habendi*. El tribunal declaró lo siguiente: *"el ánimo de lucro se agota en el «ánimus rem sibi habendi», es decir, en el propósito de tener la cosa mueble para sí o, lo que es lo mismo, en la finalidad de desapoderar de la cosa, al sujeto pasivo en forma definitiva, incorporándola, al menos transitoriamente, a su propio ámbito de dominio."* Es decir, en el delito de robo el ánimo de lucro consiste en que el sujeto activo tiene que tener el objetivo de convertirse en dueño de la cosa que sustrae.

Por otro lado, en la STS 11357/1986 de 29 de enero, este tribunal declaró que el ánimo de lucro, al acompañar normalmente a todo delito de apropiación, se presume salvo prueba en contrario (es decir, se trata de una presunción *iuris tantum*); y además afirmó, que en esta clase de delitos no basta con que el autor tenga el ánimo de apropiarse de la cosa (*animus capiendi*), sino que para que se den todos los elementos del tipo es necesario que el sujeto activo también tenga el *"animus lucrandi faciendi gratia"*, este debe contemplarse desde una doble perspectiva: el delito debe recaer sobre cosas que tengan valor económico y, este móvil de la acción podrá cambiar el delito que se imputa (un ejemplo sería cuando el sujeto activo solo pretende con la sustracción hacerse pago de una deuda, en este caso no estaríamos ante un hurto o un robo solo estaríamos ante un delito de ejecución arbitraria de un derecho propio. El lucro perseguido puede ser para el sujeto activo o para un tercero (las STS 5413/2007 de 20 de julio y 6954/2006 de 13 de noviembre se pronuncian en este sentido).

Por último debemos señalar que la obtención del lucro produce el agotamiento de este elemento subjetivo, sin embargo, no es necesaria para la consumación.

En lo que se refiere al dolo, el delito de robo con fuerza en las cosas solo será sancionado cuando se cometa de forma dolosa ya que el Código Penal no ha previsto una modalidad imprudente de este delito (la imprudencia sigue un sistema de *numerus clausus* en nuestro

Código, de manera que sino se prevé una forma imprudente de comisión de un delito, la conducta es impune. El dolo, en el delito de robo con fuerza en las cosas, consistirá en el conocimiento por parte del sujeto activo de que la cosa que sustrae no le pertenece, es decir, es una cosa ajena; que se está convirtiendo en dueño de esa cosa sin la voluntad de su propietario; y que está realizando alguna de las modalidades típicas del robo con fuerza en las cosas recogidas en el artículo 238 del Código Penal.

Este delito se puede realizar por dolo directo o eventual.

7. CONSUMACIÓN

En lo que se refiere a la consumación de los delitos de hurto y de robo, existen varias teorías sobre cuando se produce ese hecho. Aquí voy a mencionar 4:

- Contrectatio: El delito se consuma cuando el sujeto activo toca la cosa que se pretende sustraer.
- Ablatio: El delito se consuma cuando se saca la cosa sustraída de la esfera de posesión de su dueño.
- Locupletatio: Se consuma no cuando esta se toma y se saca de la esfera de posesión de su dueño, sino cuando esta cosa se usa.
- Illactio: Se consuma en el primer momento en el que el sujeto activo tenga la disponibilidad de la cosa que ha sustraído.

En este trabajo yo me voy a centrar en la teoría de la illactio, ya que es la teoría mayormente aceptada por la doctrina y también por la jurisprudencia (STS 2934/2001 de 7 de abril, entre otras). Así, el TS afirma que *“la consumación del delito de robo se produce en cuanto el agente logra la disponibilidad, aunque no sea más que meramente potencial de los efectos sustraídos”* (STS 14114/1988 de 24 de junio).

Este concepto de disponibilidad se refiere a la posibilidad de disponer, o sea a la potencial capacidad de disponer de la cosa por el sujeto activo, que nace cuando sobre la cosa mueble es posible ejercitar cualquier acto de dominio material. De esta manera, es suficiente con que la disponibilidad recaiga sobre una parte de lo sustraído, además con que dure, fugazmente, por un breve instante; por otro lado, persiste aunque falte el agotamiento o aunque el autor sea sorprendido y además esta disponibilidad significa tener la cosa fuera del ámbito dominical de su propietario.

En definitiva, el delito de robo se consuma cuando el sujeto activo tiene la disponibilidad de la cosa sustraída aunque sea de manera momentánea, breve o fugazmente y aunque finalmente no se obtenga un lucro.

En este mismo sentido podemos destacar a Lascuraín Sánchez que realiza una interpretación similar de la disponibilidad de la cosa: “ *La disponibilidad de la cosa, puede entenderse concurrente cuando el autor después de la sustracción revisa los objetos, desechando aquello que no le interesa, igual cuando consigue alejarse del lugar de los hechos, aun cuando la distancia sea escasa, burlando la persecución que haya podido tener lugar, o consiguiendo eludir una posible, ya que en ese momento se produce el desplazamiento de la esfera de dominio del sujeto pasivo de la cosa mueble para entrar en la del autor*”²⁸.

En otro orden de cosas es muy importante tener en cuenta que “*En los supuestos de sustracciones en un local no se consigue la disponibilidad, ni se alcanza la consumación del delito, mientras el autor del apoderamiento no salga del local con las cosas sustraídas*” (STS de abril de 2001).

Una cuestión controvertida que ya mencione anteriormente es el caso de fuerza en las cosas por fractura interior en el que el sujeto activo desplaza el recipiente (que contiene la cosa que quiere sustraer) a un lugar seguro, y es allí donde lleva a cabo la fractura interna. En este caso el delito puede consumarse en dos momentos: Una vez que se lleva a cabo la fractura interna y su consigue la disponibilidad de la cosa sustraída o cuando el sujeto se lleva el recipiente sin fracturar. Según Benítez Ortúzar, esta última posibilidad es la interpretación más acorde con el sentido literal del precepto y considera que en ese momento ya se entiende realizada la fuerza en las cosas, por lo que la consumación se adelantaría a un momento previo al de tomar la cosa y la disponibilidad sobre ella²⁹.

En lo que se refiere a la tentativa, la STS de 2 de julio de 1990 (entre otras) señala las diferencias entre la tentativa acabada (a la que esta sentencia llama “frustración”) y la inacabada (a la se refieren en la sentencia como “tentativa”). Según esta sentencia (y muchas otras), habrá tentativa inacabada cuando el sujeto activo no consiga coger las cosas ajenas que pretende sustraer, y habrá tentativa acabada cuando se consigue la aprehensión de la cosa, pero no se obtiene, ni por un momento, la disponibilidad de la misma.

En este mismo sentido se manifiesta Vicente Martínez al afirma que “*habrá tentativa acabada o completa cuando hay un apoderamiento efectivo sin disponibilidad material de los*

²⁸ Lascuraín Sánchez, J.A. (2004) “Título XIII: Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico; Capítulo I: De los Hurtos” en Lascuraín Sánchez, J.A., Mendoza Buergo, B. Rodríguez Mourullo, G: *Código Penal*, Madrid: Thomson Civitas, p. 1305

²⁹ Benítez Ortúzar (2016), “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (III)”, p.452

objetos, es decir, cuando pese a la aprehensión de la cosa por el agente, el mismo es sorprendido in fraganti o perseguido inmediatamente después de realizado el hecho, sin solución de continuidad, hasta darle alcance, sin que en ningún momento pudiera disponer de lo sustraído.”³⁰

Por otro lado, podemos mencionar nuevamente al Tribunal Supremo que en su sentencia número 8699/1992 de 27 de noviembre señaló que “habrá tentativa inacabada cuando el sujeto activo no logra coger o asir las cosas muebles ajenas, a pesar de tender la conducta exteriormente a tal finalidad, siempre que se haya dado inicio a la ejecución material con todos o parte de los hechos que configuran el delito de robo”.

Por último, no podemos olvidarnos de los supuestos de tentativa inidónea en los que los actos del sujeto activo quedarían impunes, como por ejemplo, aquellos casos en los que el autor del delito sustrae una cartera o un cofre vacíos pensando que estarían llenos. En este sentido, podemos destacar a Queralt Jiménez que señala que en estos casos: *“La impunidad, a la vista de ausencia de peligro ex ante para el bien jurídico-penalmente protegido, parece la conclusión debida”*³¹.

8. Conclusiones

PRIMERO. El bien jurídico protegido en el delito de robo con fuerza en las cosas es el patrimonio. Muñiz Conde define este patrimonio como *“un conjunto de derechos y obligaciones, referibles a cosas u otras entidades, que tienen un valor económico y que deben ser valorables en dinero.”* Pero solo podrán formar parte de este patrimonio los bienes que tengan valor económico y siempre que exista una relación protegida por el ordenamiento jurídico entre esos bienes y el sujeto pasivo.

SEGUNDO. El objeto material de este delito son las cosas muebles ajenas. Por cosa mueble ajena debe entenderse que tiene que ser una cosa corporal (es decir, una cosa real, perceptible por los sentidos y que ocupe un lugar en el espacio), mueble (objeto que pueda moverse de un lugar a otro), ajena (que no pertenezca al sujeto activo y sea propiedad de otra persona), susceptible de apropiación (ya que sino es imposible la sustracción de la misma) y susceptible de apreciación pecuniaria (pues sino no se lesiona el bien jurídico del patrimonio, como ya hemos dicho antes, y entonces la conducta no puede dar lugar al delito de robo con fuerza en las cosas).

³⁰ De Vicente Martínez, R. (1999). “El delito de Robo con Fuerza en las cosas”, Valencia, Tirant Lo Blanch, p.32.

³¹ Queralt Jiménez, J. (2010), “Derecho Penal Español”, 6ª Edición, Barcelona, Atelier (Libros Jurídicos), p. 427.

TERCERO. La conducta típica de este delito consiste en sustraer una cosa mueble mediante la utilización de fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde se hallen estas. Los distintos tipos de fuerza en las cosas son los siguientes:

1. Escalamiento: Consiste en acceder o abandonar el lugar donde se halle la cosa que se pretende sustraer por una vía no destinada al efecto, siempre y cuando, ello implique para el sujeto activo del delito el ejercicio de un esfuerzo físico de cierta significación o la utilización de una determinada destreza.
2. Fractura externa: El Código Penal la define como “rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana. Se exige que el autor ejerza una fuerza física o material, por débil que sea, que este destinada a superar los medios externos opuestos por el propietario para evitar el acceso o abandono del lugar donde se haya la cosa. No se engloban en este grupo los supuestos en los que la fuerza se ejerce sobre la propia cosa que se pretende sustraer.
3. Fractura interna: El CP la define de esta manera “*“Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo.”*

Este precepto se refiere tanto al rompimiento de dichos bienes muebles como a la apertura de estos sin llegar a romperlos, solo forzando sus cerraduras; con respecto al descubrimiento de las claves, hay que decir que estas deben obtenerse de forma ilícita, y deben ser utilizadas por el sujeto activo para abrir el recipiente que contiene la cosa para lograr su sustracción.

4. Llave falsa: El concepto de llave falsa viene recogido en el artículo 239 del Código Penal, de este artículo podemos deducir que se trata de un concepto funcional, ya que se considerara llave falsa cualquier instrumento o medio que sirva para abrir un cierre mecánico o eléctrico, siempre que dicho medio de apertura no sea el habitualmente utilizado por el sujeto pasivo. Existen varios tipos de llave falsa:

- “*Ganzúas u otros instrumentos análogos*”: Ganzúa es todo alambre o artilugio mecánico que moldeado convenientemente sirve para abrir una cerradura por otro lado, podemos definir “instrumentos análogos” como cualquier otro artilugio que tenga la misma función que la ganzúa. Lo relevante es que permitan abrir una cerradura sin romperla.

- *“Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal”*: Este precepto es muy amplio, por lo que únicamente van a quedar excluidos del mismo los supuestos de uso autorizado de las llaves por una persona distinta del propietario, de obtención de las mismas por un medio que no constituya infracción penal y los casos en los que las llaves se encuentran en un lugar visible a disposición de cualquiera. Sin embargo, existen casos controvertidos como aquel en el que un recepcionista de un hotel entra en una habitación con una llave que tenía que custodiar y sustrae objetos o aquel en el que el propietario de una vivienda se deja las llaves puestas en la puerta y el autor solo tiene que girarlas para entrar y poder sustraer objetos.

Ambos casos han sido considerados por la jurisprudencia como hurto, en el caso del recepcionista, porque la llave la tenía de forma lícita, y en el caso de las llaves puestas, porque las mismas no han llegado al sujeto activo por un acto de apoderamiento previo y doloso.

- *“Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo”*: Este precepto actúa como cláusula de cierre y en él se incluyen todos aquellos instrumentos que aunque no tengan cabida en los grupos anteriores cumplan la misma función, es decir, permitan el acceso o el abandono del lugar o recipiente en el que se encuentra la cosa que se pretende sustraer, siempre que esta conducta se realice sin el consentimiento del propietario.

También serán consideradas llaves falsas *“las tarjetas, magnéticas o perforadas, los mandos o instrumentos de apertura a distancia y cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar”*.

5. Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda: Este precepto abarca tanto la ruptura definitiva como la inutilización temporal de estos sistemas.

El tipo habla de sistemas específicos, por lo que los sistemas que se inutilizan tienen que tener la finalidad exclusiva de alarma o de guarda.

Se excluyen de este precepto los supuestos en los que el sistema de seguridad está instalado en la propia cosa que se quiere sustraer, los casos en los que se desactivan estos sistemas mediante el descubrimiento de sus claves y aquellos en que el sistema no se inutiliza solo se burla por el sujeto activo.

CUARTO. Existe un tipo agravado de robo con fuerza en las cosas en el artículo 240.2 CP para cuando concurren alguna de las circunstancias del artículo 235. Estas son las siguientes:

1. *“Cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.”*: Abarca tanto a los objetos a los que se les haya atribuido esa característica mediante una declaración administrativa previa a la sustracción, como aquellos que sin contar con tal declaración reúnen los requisitos necesarios para ello.
2. *“Cuando se trate de cosas de primera necesidad y se cause una situación de desabastecimiento.”*: Por cosas de primera necesidad, debe entenderse todos los bienes destinados a satisfacer necesidades básicas o primarias. Además, el tipo exige que la sustracción de estas cosas de primera necesidad cause una situación de desabastecimiento que sea perceptible tanto desde el punto de vista objetivo y subjetivo.
3. *“Cuando se trate de conducciones, cableado, equipos o componentes de infraestructuras de suministro eléctrico, de hidrocarburos o de los servicios de telecomunicaciones, o de otras cosas destinadas a la prestación de servicios de interés general, y se cause un quebranto grave a los mismos.”*: Este subtipo suele aplicarse en los casos de sustracción de cable de cobre de las redes de servicio público e interés general.
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”*: Estas situaciones podrían incluirse en el subtipo 5º, pero el legislado decidió regularlas específicamente debido a la mayor dificultad para aplicar medidas eficaces de protección lo que es aprovechado por el sujeto activo para cometer el delito.
5. *“Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeran perjuicios de especial consideración.”*: En lo que se refiere a la especial gravedad atendiendo al valor de los objetos sustraídos, los tribunales han establecido que este valor de los objetos sustraídos a partir del cual se va a aplicar el agravante será de 50.000€.

En lo que se refiere a los perjuicios de especial consideración, debe atenderse a la situación personal de la víctima, es decir, el perjuicio que sufre esta persona por la pérdida.

6. *“Cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de sus circunstancias personales o de su situación de desamparo, o aprovechando 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.”*: Por grave situación económica se entiende que debe causarse al sujeto pasivo o su familia un grave problema económico y que el mismo sea conocido por el autor del delito. Cuando el subtipo habla de abusar de circunstancias personales de la víctima se refiere a que se dé una situación de superioridad por parte del sujeto activo sobre el pasivo por alguna circunstancia de este último que cause un grave desequilibrio entre ambos. Este subtipo también abarca los supuestos en los que la sustracción se realiza aprovechando situaciones de catástrofe o calamidad pública.
7. *“Cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo.”*: Se recoge expresamente los supuestos de multireincidencia que serán de obligatoria apreciación por los tribunales.
8. *“Cuando se utilice a menores de dieciséis años para la comisión del delito.”*: Con esta agravación, se castigan casos de autoría mediata en los que el sujeto activo utiliza a menores para cometer el delito.
9. *“Cuando el culpable o culpables participen en los hechos como miembros de una organización o grupo criminal que se dedicare a la comisión de delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza.”*: Es necesario que el sujeto activo sea miembro de la organización criminal y que esta se dedique a cometer delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

QUINTO. El artículo 241 recoge un tipo cualificado de robo con fuerza en las cosas cuando esta fuerza se utilice para acceder o abandonar una casa habitada, un local abierto al público o en cualquiera de sus dependencias.

El artículo 241.2 define casa habitada como “Se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar.”

Cuestión controvertida es la de las segundas residencias, mientras que parte de la doctrina defiende que no se debería aplicar este tipo a esos casos la jurisprudencia opina que sí.

En lo que se refiere a los locales abiertos al público, la ley no establece ninguna definición de los mismos. La jurisprudencia ha considerado que este tipo cualificado es aplicable a todos los edificios o locales, públicos o privados, con independencia de cuál sea su finalidad, y siendo indiferente que su titularidad corresponda a una persona física o jurídica. La pena será distinta si el robo se ha producido dentro de los horarios de apertura del local (pena de prisión de 2 a 5 años) o no (pena de prisión de 1 a 5 años).

El artículo 241.3 CP establece que: “Se consideran dependencias 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.”.

El artículo 241.4 establece una agravante (con una pena de prisión de 2 a 6 años) si los hechos revisten especial gravedad, en atención a la gravedad de la fuerza en las cosas ejercida y los perjuicios ocasionados por el empleo de esta fuerza.

SEXTO. El ánimo de lucro es un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo. El TS lo define como "cualquier ventaja, utilidad, beneficio, rendimiento, que se proponga obtener el sujeto activo, de los bienes muebles cuyo apoderamiento o apropiación pretenda, incluso los meramente contemplativos o de ulterior beneficencia, no importando el modo de materialización de su propósito lucrativo...".

Otro de los elementos importantes del ánimo de lucro es que el sujeto activo tiene que tener la intención de convertirse en dueño de la cosa que sustrae. El TS también afirma que este ánimo de lucro se presume, salvo prueba en contrario.

Por último debemos señalar que la obtención del lucro produce el agotamiento de este elemento subjetivo, sin embargo, no es necesaria para la consumación.

SÉPTIMO. El delito de robo con fuerza en las cosas solo se sanciona si se comete de forma dolosa. El dolo consistirá en el conocimiento por parte del sujeto activo de que la cosa que sustrae no le pertenece, es decir, es una cosa ajena; que se está convirtiendo en dueño de esa cosa sin la voluntad de su propietario; y que está realizando alguna de las modalidades típicas del robo con fuerza en las cosas recogidas en el artículo 238 del Código Penal. Cabe tanto el dolo directo como el eventual.

OCTAVO. Tal y como afirma el TS, la consumación de este delito se produce en el primer momento en el que el sujeto activo tenga la disponibilidad de la cosa sustraída, aunque esta disponibilidad sea breve y fugaz y aunque no se obtenga el lucro.

En lo que se refiere a la tentativa, el TS afirma que habrá tentativa inacabada cuando el sujeto activo no consiga coger las cosas ajenas que pretende sustraer, y habrá tentativa acabada cuando se consigue la aprehensión de la cosa, pero no se obtiene, ni por un momento, la disponibilidad de la misma.

9.ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

Setencias del Tribunal Supremo

- STS 1010/1982 de 27 de septiembre
- STS 11357/1986 de 29 de enero
- STS 11653/1987 de 1 de julio
- STS 14504/1987 de 23 de noviembre de 1987
- STS 10404/1988 de 22 de enero
- STS 14114/1988 de 24 de junio
- STS 12029/1989 de 21 abril
- STS 11318/1991 de 22 de julio
- STS 16764/1991 de 12 de noviembre
- STS 8699/1992 de 27 de noviembre
- STS 15577/1993 de 25 de marzo
- STS 543/1996 de 31 de enero
- STS 7956/1997 de 22 de diciembre
- STS 97/1999 de 18 de enero
- STS 2499/1999 de 15 de abril
- STS 2632/1999 de 20 de abril
- STS 2680/1999 de 22 de abril
- STS 4544/1999 de 25 de junio
- STS 6434/1999 de 18 de octubre
- STS 995/2000 de 11 de febrero
- STS 1215/2000 de 18 de febrero
- STS 143/2001 de 7 de Febrero

- STS 2934/2001 de 7 de abril
- STS 808/2002 de 8 de febrero
- STS 3089/2002 de 30 de abril
- STS 3452/2002 de 16 de mayo
- STS 3030/2005 de 12 de mayo
- STS 6954/2006 de 13 de noviembre
- STS 5413/2007 de 20 de julio
- STS 2836/2009 de 30 de abril
- STS 3956/2010 de 16 de julio
- STS 595/2016 de 6 de Julio

Sentencias de audiencias provinciales

- SAP de Barcelona 1271/1999 de 12 de febrero
- SAP de Alicante 5200/1999 de 13 de diciembre
- SAP de Barcelona 4777/2001 de 2 de mayo
- SAP de Madrid 15932/2004 de 14 de diciembre
- SAP de Asturias 3193/2005 de 24 de noviembre
- SAP de Jaén 683/2007 de 20 noviembre
- SAP de Madrid 9721/2008 de 19 de junio
- SAP de Jaén 754/2010 de 19 abril
- SAP de Guipúzcoa 328/2011 de 11 de julio
- SAP de Castellón 844/2011 de 15 de julio
- SAP de Barcelona 15572/2011 de 22 de diciembre
- SAP de Jaén 204/2012 de 13 de febrero
- SAP de Barcelona 9710/2013 de 24 de julio
- SAP de Valencia 4777/2013 de 18 de noviembre
- SAP de Murcia 1077/2015 de 12 de mayo

10.BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez García, F.J.(2011), “Robo con fuerza en las cosas” *Derecho Penal Español . Parte especial (I)*, Valencia, Tirant lo Blanch , p.114
- Benítez Ortúzar (2016), “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (III)”, *Sistema de derecho penal español. parte especial*, Madrid, Dykinson S.L
- Calderón G. O. (2011), Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI, Valparaíso(Chile) ,pp. 359 – 395. (Acceder a este artículo para conocer un análisis comparado del objeto materia del delito de robo en los derechos penales de Latino América y España).
- Cano Cuenca A. (2015), “EL DELITO DE HURTO (ARTS. 234 Y SS. CP)”, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, p.701-702.
- De Vicente Martínez, R. (1999).”El delito de Robo con Fuerza en las cosas”, Valencia, Tirant Lo Blanch, p.32.
- Fernández García, E. M. (2004), “El robo con fuerza en las cosas”, *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, Madrid, Consejo General del Poder.
- Fernández Rodríguez, M.D. (1997), *El robo con fractura exterior*, Barcelona, PPU, S.A.
- Fernández Rodríguez, M. D. (2012), Llaves falsas y delincuencia patrimonial, Disponible online: <http://hdl.handle.net/10347/4235>
- Lascuráin Sánchez, J.A. (2004) “Título XIII: Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico; Capítulo I: De los Hurtos” en Lascuráin Sánchez, J.A., Mendoza Buergo, B. Rodríguez Mourullo, G: *Código Penal*, Madrid: Thomson Civitas, p. 1305.
- Mata y Martín, R.M. (2010) “Título XIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Capítulo II. De los robos”, en Gómez Tomillo, M. , *Comentarios al Código Penal* , Madrid , Lex nova.
- Mata y Martín, “Los modernos sistemas de seguridad en el apoderamiento patrimonial”, *Revista del poder judicial número 49*, p 334.
- Muñoz Conde, F.(2017) , “El Título XIII: delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Bien jurídico protegido: el concepto de patrimonio y su contenido. Disposiciones comunes. Clasificación. I. Delitos patrimoniales de enriquecimiento. A) De apoderamiento: Hurto. Robo. Robo con fuerza en las cosas”, *Derecho penal: parte especial*, Valencia , Tirant lo Blanch , p. 328-30.

- Muñoz Cuesta, J. (1998), “Capítulo II. Robo con fuerza en las cosas”, *El hurto, el robo y el hurto y robo de uso de vehículos*, Navarra, Aranzadi.
- Núñez Castaño, E. (2015), “Delitos patrimoniales de enriquecimiento mediante apoderamiento (II): Robo”, *Nociones fundamentales de derecho penal: Parte especial*, Madrid, Tecnos, p.64.
- Queralt Jiménez, J. (2010), “Derecho Penal Español”, 6ª Edición, Barcelona, Atelier (Libros Jurídicos), p. 427.
- Quintero Olivares, G. (2011), “Título XIII. Delitos contra el patrimonio y el contra el orden socioeconómico. Capítulo II: De los robos”, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, pp.643-644.
- Robles Planas, R. (2011), “Delitos contra el patrimonio (I). El robo con fuerza en las cosas”, en Silva Sánchez, J.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Barcelona, Atelier Libros, S. A., pp.213-214.
- Vázquez Iruzubieta, C. (2010), “Comentario al artículo 238 del Código Penal”, *Comentarios al Código Penal. Libro II. Delitos y sus penas. Título XIII. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo II. De los robos*, pp. 2-3
- Vives Antón T.S., González Cussac J.L. (2010), “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II)”, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Legislación

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal.