



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

**CONSUMACIÓN Y FORMAS
IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN:
HURTO Y ROBO**

Alumna: ANDREA COBO MARTÍNEZ

JULIO/ 2014

SUMARIO:

PALABRAS CLAVE: Hurto, Robo, Consumación, Tentativa, Disponibilidad

Este trabajo de fin de grado trata sobre la consumación en los delitos de hurto y de robo y las formas imperfectas de ejecución del mismo.

En cuanto a la consumación, analizo el momento consumativo en el que tienen relevancia las siguientes teorías: “mera contrectatio o aprehensión” el delito se consuma cuando el sujeto toca la cosa, la “ablatio” no basta con cogerla, sino hay que sacarla de la esfera de control del dueño, la “locupletatio”, tomo la cosa, la saco del control del dueño y además la uso y finalmente la “illactio” en este caso, se consuma cuando tengo una disponibilidad mínima de la cosa. La teoría predominante de la doctrina es la teoría de la disponibilidad. Esta se basa en que se consuma el delito con la capacidad de disponer aunque sea fugaz y breve.

En lo que importa a la tentativa, existen supuestos donde es difícil diferenciar la tentativa acabada de la consumación en las diversas teorías, especialmente en los casos de fuga o de ocultación.

SUMMARY:

Palabras clave: Offence (Delito), Consummation (consumación), Attempt (tentativa) y Availability (Disponibilidad).

This end of degree work is about the consummation in the offences of theft and robbery and imperfect forms of execution.

As for the consummation, analyze the consumativo moment in which have relevance the following theories: "mere contrectatio or apprehension" crime is consummated when the subject is the thing, "ablatio" is not enough to catch it, but must be removed from the sphere of control of the owner, the "locupletatio", took the thing, extracted it of the control of the owner and also the use and finally the "illactio" in this case it when I have a minimum availability of the thing. The predominant theory of the doctrine is the theory of the availability. It is based on that used the crime with the ability to have even if it is brief and fleeting.

What matters to the attempt, there are cases where it is difficult to differentiate the finished attempt the consummation in different theories, especially in cases of flight or concealment.

ABREVIATURAS:

- AN: Audiencia Nacional
- AP: Audiencia Provincial
- CAP: Capítulo
- Coord.: Cordinador
- CP: Código Penal
- DIR: Director
- Ed: Edición
- EJ.: Ejemplo
- LO: Ley Orgánica
- RD: Real Decreto
- SS.:Siguientes
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
- TS: Tribunal Supremo
- TSJ: Tribunal Superior de Justicia

ÍNDICE:

1. <u>INTRODUCCIÓN</u>	p.5-6
2. <u>HURTO</u>	
2.1. CONSIDERACIONES GENERALES	pp.7
2.2. ELEMENTOS DEL TIPO	pp.7-12
2.3. CONSUMACIÓN	pp.12-17
2.3.1. TEORÍA DE LA DISPONIBILIDAD	
• TEORÍA DE LA ILLACTIO	
• TEORÍA DE LA LOCUPLETATIO	
2.3.2. OTRAS TEORÍAS MINORITARIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO:	
• TEORÍA DE LA MERA CONTRECTATIO	
• TEORÍA DE LA ABLATIO	
2.4. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN: TENTATIVA	pp.17-21
2.4.1. CASOS PROBLEMÁTICOS EN EL ÁMBITO DE LA TENTATIVA	
• FUGA	
• SUJETO ES PILLADO IN FRAGANTI	
• OCULTACIÓN	
• DESISTIMIENTO VOLUNTARIO	
3. <u>ROBO</u>	
3.1. CONSIDERACIONES GENERALES Y ELEMENTOS DEL TIPO	pp.21-23
3.2. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS	pp.23-29
3.2.1. CONSIDERACIONES GENERALES	
3.2.2. CONSUMACIÓN	
3.2.3. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN: TENTATIVA	
3.3. ROBO CON VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN	pp.29-34
3.3.1. CONSIDERACIONES GENERALES	
3.3.2. CONSUMACIÓN	
3.3.3. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN: TENTATIVA	
4. <u>CONCLUSIONES FINALES</u>	pp.34-36
5. <u>BIBLIOGRAFÍA</u>	pp.36-38
6. <u>LEGISLACIÓN</u>	p.38
7. <u>JURISPRUDENCIA CITADA</u>	pp.38-39

1. INTRODUCCIÓN:

Los delitos contra el patrimonio constituyen el mayor volumen de criminalidad. En concreto, suponen el ---de los procedimientos incoados (la mayoría robos con fuerza y con violencia o intimidación).

Son delitos públicos, es decir, una vez que comienza el procedimiento no cabe el perdón de la víctima, por lo que la tramitación continúa hasta el final aunque, como ha planteado la doctrina, en este ámbito, el Derecho debería ser más flexible convirtiendo quizás alguno de estos delitos en privados (aquellos en los que no media violencia), permitiendo por tanto que la renuncia de la víctima diera lugar al sobreseimiento de dicha causa, siempre y cuando la víctima fuese indemnizada. Otra parte de la doctrina se muestra reacia a esto, ya que ésta privatización puede traer a colación ciertos riesgos (ej.: pueden que se den amenazas para conseguir el perdón o la víctima exige una reparación muy alta a cambio de solicitar el sobreseimiento).

El Código Penal Anterior tenía un título denominado “Delitos contra la propiedad”, y su rúbrica era inadecuada debido a que la propiedad no es el único bien protegido (también tenemos la posesión, los derechos de crédito....). En definitiva, estábamos ante un Título con numerosas deficiencias que no contemplaba muchas de las relaciones patrimoniales obligacionales y económicas que conlleva una economía de mercado. Por dicho motivo, se venía proponiendo la creación de un título específico para los delitos socioeconómicos junto a los delitos patrimoniales.

Finalmente, el Código Penal de 1995 (siguiendo las pautas del Proyecto de 1992), se decantó por un tratamiento conjunto. Existen diversas clasificaciones de estos delitos. Una de ellas por ejemplo, sería la cclasificación de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico según el bien jurídico protegido:

Por un lado tendríamos los que atentan contra el patrimonio: encontramos el delito de Hurto, Robo, Robo y hurto de uso de vehículos, Usurpación, Daños y la Extorsión. Por otro lado, algunos mixtos, como el enriquecimiento patrimonial pero con afectación del orden socioeconómico. Así como, Defraudaciones, Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, Insolvencias punibles y Receptación.

La mayor parte de los delitos patrimoniales se construyen sobre la base de un enriquecimiento injusto del sujeto activo del delito. Dicho enriquecimiento injusto se debe

entender como un beneficio patrimonial para el sujeto activo del delito o para un tercero, que se obtiene de manera ilícita como consecuencia de una acción delictiva que se produce sobre el patrimonio del sujeto pasivo.

Como hemos observado los delitos de enriquecimiento pueden clasificarse en delitos de apoderamiento y delitos defraudatorios. En este trabajo voy a centrarme en los delitos de apoderamiento donde se obtienen cosas muebles ajenas en contra de la voluntad del propietario o poseedor. Éstos necesitan usualmente un desplazamiento físico de las cosas muebles ajenas pertenecientes al sujeto pasivo. Este desplazamiento lo lleva a cabo el autor mediante la acción material de “tomar” o “apoderarse”.

En el análisis de los temas propuestos, he elegido la consumación en el delito de Hurto y Robo y el análisis de las formas imperfectas de ejecución de los mismos. En este Trabajo examino el momento consumativo en el que tendrán relevancia diversas teorías tanto en el Delito de Hurto como en el de Robo. Dichas teorías son las siguientes: teoría de la “ablatio”, mera “contrectatio”, “illactio”, “locupletatio” y la teoría predominante tanto en el hurto como en el robo con fuerza en las cosas, que es la llamada teoría de la disponibilidad. Además, voy a examinar diversos supuestos que causan problemática en nuestro ordenamiento jurídico; tales como los supuestos de fuga o de persecución, el abandono de dichas cosas o simplemente el desistimiento en la acción.

Por otro lado, el delito de Robo con violencia e intimidación estará consumado cuando se produzca el apoderamiento en los términos de la disponibilidad, y además que éste haya tenido como causa la violencia o intimidación llevada a cabo sobre la víctima.

Estos supuestos, van a ser analizados en función de las teorías mencionadas así como de la teoría predominante, la cual como veremos es la teoría de la disponibilidad.

Para ello, he utilizado artículos de revistas, monografías, otros documentos, legislación, manuales realizados por la doctrina así como numerosa jurisprudencia al respecto.

Por otro lado, tenemos que mencionar que la Reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio ha afectado a los preceptos contenidos en el Título XIII, de modo que se modifican algunas figuras, se introducen nuevas y se eleva la pena de otras.

2. DELITO DE HURTO:

2.1. CONSIDERACIONES GENERALES.

En el primer Capítulo del Título XIII del Código Penal encontramos el delito de hurto. El delito de hurto es un delito con antecedentes legislativos históricos y con el que se han iniciado todos los delitos contra la propiedad en los diferentes códigos penales- con excepción del CP de 1822.

Su estructura es parecida a la que encontrábamos en nuestro primer Código Penal e idéntica a la del Código Penal de 1848 (art. 426). La diferencia radicaba en que se acudía a la determinación de la pena por el resultado, por tanto cuanto mayor era el valor económico de la cosa hurtada, mayor era la sanción. Esta forma de determinar la pena la encontramos hasta la reforma del Código Penal de 1983 en el que fue sustituido por el vigente, de modo que la pena se agrava a partir de la básica sólo si concurren agravaciones específicas. En este sistema estaba sobrevalorada la propiedad en relación a otros derechos individuales. Por ejemplo el Código Penal de 1944 castigaba sólo por el valor de la cosa hurtada hasta los doce años de presidio, y esto se agravaba por ejemplo, si nos encontrábamos en un lugar destinado al culto, o mediare abuso de confianza llegando hasta los 20 años de prisión. Por tanto quedaban la vida y propiedad al mismo nivel comparadas.

Nos encontrábamos que Derecho Penal Patrimonial español estaba al servicio de los propietarios y reprimía con violencia a las clases menores.

El sistema actual parte de un tipo básico, donde la pena no implica en principio de forma necesaria la entrada en prisión y encontramos supuestos agravados en los que puede ser alargada hasta tres años (supuestos como cosas de valor artístico, histórico, o de primera necesidad u originador de desabastecimiento), atendiendo al valor de la cosa hurtada y a las circunstancias personales de la víctima en cuestión.

2.2. ELEMENTOS DEL TIPO:

El artículo 234 CP establece: *“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 de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de los sustraído excede de 400 euros”*.¹

¹Véase la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm.281, de 24 de Noviembre).

El bien jurídico protegido en el delito de hurto sería para una parte de la doctrina, la propiedad. Aunque en el artículo 236 CP, se prevé un delito llamado “furtum possessionis”, que permite castigar al propietario que sustrajere la cosa mueble a quien la tenga legítimamente en su posesión. Por tanto, en estos supuestos estaríamos protegiendo la posesión legítima con respecto a su titular. Por todo ello, el bien jurídico protegido en el hurto no puede ser otro que la posesión aunque indirectamente se lesione el derecho de propiedad de alguien.

El delito de hurto, se puede cometer por cualquier sujeto salvo que sea el dueño de la cosa mueble ya que no estaríamos ante una sustracción de una cosa que es de su propiedad (salvo supuestos del artículo 236 CP).

La desposesión, según la doctrina mayoritaria, se debe situar en el momento, diferenciado del momento del apoderamiento, en que el dueño o custodio de la cosa deja de tenerla en el ámbito de protección dominical. Como establece Quintero Olivares “Cualquier otra interpretación del verbo tomar, que diera lugar a la consumación en un momento anterior, como pueden ser las teorías de la contrectatio, de la aprehensión o de la ablatio, o en un momento muy posterior, cual sería exigir que logre disfrutar de la cosa como si fuera dueño - llegar materialmente al lucro-, debe ser rechazada por ser, en ambos casos excesiva y contraria a los fines de protección que se persiguen.”²

Como sabemos, en el delito de hurto debe existir ausencia de fuerza en la acción, sin embargo siempre que no se produzca la existencia del delito con cualquier presión física en la ejecución del hecho delictivo, podemos encontrarnos ante este delito.

En cuanto al objeto de la acción son las cosas muebles, pero no todas las cosas muebles, sino aquellas que pueden ser aprehensibles y transportables. En el lenguaje tradicional, cosa es todo objeto del mundo externo, pero jurídicamente cosa mueble sería todo objeto que tiene valor económico y que es susceptible de apropiación. Las cosas fuera de comercio también pueden ser consideradas objeto de este delito. Además, se incluyen ciertos objetos que no tienen la condición de cosa mueble como los cheques firmados, los títulos

² Quintero Olivares, G. (2011), “Capítulo I: De los Hurtos” en Quintero Olivares, G. (Dir.) Morales Prats, F. (coord), *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, Valencia, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 618.

valores o los cheques firmados.³ Sin embargo, se excluyen otras cosas como los documentos o el fluido eléctrico.

Ahora bien, encontramos supuestos en los que la cosa es un objeto de ilícito comercio, como por ejemplo la droga. En este caso encontramos jurisprudencia que ha mantenido que son susceptibles de protegerse mediante los delitos de apoderamiento dichos objetos ilícitos.⁴

Según Llobet Anglí, “La frontera cuantitativa establecida por el legislador entre ambas infracciones está, pues, directamente vinculada a los conceptos de cuantía, valor o precio de lo sustraído”.⁵

Respecto al valor de los bienes que sean sustraídos a particulares, éste se calcula en base al precio de mercado en dicho momento de la sustracción, incluyéndose aquí el Impuesto sobre el Valor Añadido, pero a su vez se excluyen los costes de reparación, si éste fuese el caso en concreto.

Otro elemento del hurto, es que la cosa debe ser ajena, y que debe existir la ausencia de voluntad del dueño, ya que la voluntad de éste conlleva a la atipicidad de la conducta y no a la justificación.

No son cosas ajenas, las “nullius”, que no tienen dueño y que son susceptibles de apropiación por cualquier sujeto y tampoco las cosas abandonadas. Si nos encontramos ante una cosa perdida o que no sabemos quien es su dueño y nos apropiamos ilegalmente de la misma, estaríamos ante una apropiación indebida del art. 253 CP.

Por otro lado, en nuestro ordenamiento se plantean diversas cuestiones para determinar la ajenidad de una cosa cuando su propiedad no esté materializada es decir, cuya propiedad se encuentre en partes alícuotas o ideales, véase casos de copropietarios, coherederos, etc. El hurto necesita un desplazamiento posesorio, por tanto los casos que causen problemas serán

³ Por el contrario, algunos autores, consideran que el apoderamiento de los títulos-valores debe considerarse impune ya que dicha desaparición puede ser detectada fácilmente y dada de baja, por tanto sería tentativa inidónea. En este sentido, Queralt Jiménez, J. (2010), “Hurto: Tipo básico” en Queralt Jimenez, J. (2010) *Derecho Penal Español*, 6ª Edición, Barcelona, Atelier (Libros Jurídicos), p. 427.

⁴ En este sentido, el Tribunal Supremo en la sentencia del 15 de Octubre de 2008 castigó como robo con violencia en las personas al autor que mató a un traficante para tomar la droga que este portaba.

⁵ Este objeto material, lo establece Llobet Anglí, Mariona, en la *Sección primera del Capítulo 30*, en Lefebvre, F. (2011): *Memento Práctico Penal*, Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, p. 946.

los que el sujeto no posea la cosa previamente. En este tipo de casos, autores como García Arán proponen “que hay hurto si el sujeto se apodera del exceso respecto de la cuota propia”⁶. Aunque otros como Muñoz Conde, consideran “que existe hurto, “incluso si el copropietario se apodera sólo de la cuota que le corresponde antes de que se proceda a la división, pero perjudicando el valor económico del todo”⁷. En este supuesto, la ajenidad debe entenderse como falta de “legitimación” para disponer de las cosas en común sin el permiso de las demás partes.

Teniendo en cuenta el bien jurídico protegido, la consumación del delito de hurto se produce cuando se priva al titular del mismo, del contenido de su derecho de propiedad. Puede ser que el contenido de ese derecho no se encuentre en la misma persona, puesto que cabe la posibilidad de que la posesión o el usufructo corresponda a un sujeto y la nuda propiedad a otro; en este caso aunque la cosa se le arrebate al usufructuario, el afectado del bien jurídico protegido es el propietario que ha dejado de tener la cosa bajo su protección.

En cuanto al ámbito subjetivo de este delito, entendemos que tiene que existir un ánimo de lucro, pueden darse otros objetivos como la destrucción pero esto conllevaría a estar dentro de otro tipo. Según Quintero Olivares, “El lucro, por su parte, no debe identificarse con provecho económico, sino con la satisfacción que el autor del delito persiguiera alcanzar”.⁸

El ánimo de lucro se lleva a cabo para obtener una ventaja patrimonial con el apoderamiento de las cosas muebles ajenas. Dicha ventaja se interpreta de forma muy amplia. Primero, se discute si basta la existencia de ese ánimo o si se exige la intención de poseer la cosa sustraída como suya propia. Segundo, si ese ánimo es igual al propósito de enriquecimiento o ganancia económica, incluyendo otro tipo de provecho, de ventaja de satisfacción o utilidad. Para finalizar, esa ventaja puede ser tanto propia como ajena. Además de estos requisitos hay que añadir que la jurisprudencia establece que el ánimo de lucro se presume siempre salvo prueba en contrario.

⁶García Arán, M. (1998). *El delito de Hurto*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 115.

⁷Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho Penal (Parte Especial)*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 381.

⁸Quintero Olivares, G. (2011), “Capítulo I: De los Hurtos” en Quintero Olivares, G. (Director.) Morales Prats, F. (coordinador): *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, Valencia, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 621.

No obstante, los tribunales añaden a estos requisitos el de enriquecimiento injusto y lo entienden como un elemento que está compuesto por:

- La persecución de una ventaja patrimonial
- El desapoderamiento definitivo.

Con respecto al error, la defensa puede actuar aportando que no se conocía la ajenidad de la cosa al creer que estaba abandonada. Lo correcto es plantear un error de tipo (Véase la sentencia de la AP Madrid, Sentencia núm. 511/2007 de 16 julio).⁹

Además cabe añadir, que existen en el ámbito de este delito, supuestos agravados, que los encontramos en el art. 235 CP; en el cual se enumeran una serie de supuestos que amplían la pena de prisión de uno a tres años. Estos supuestos son los siguientes:

- Sustracción de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.
- Sustracción de cosas de primera necesidad o cuando dichas cosas se destinen a un servicio público, siempre y cuando ocasionen un grave perjuicio al mismo o una situación de desabastecimiento.
- Cuando se produzcan graves perjuicios, atendiendo al valor de lo sustraído.
- Cuando se ponga al sujeto pasivo o a su familia en una situación económica grave o se abuse de las circunstancias personales del mismo.
- Cuando para cometer el delito se utilice a menores de 14 años.¹⁰

Por último añadir que existen varias cuestiones problemáticas en el delito de hurto:

- En primer lugar, la determinación de la valoración de determinadas cosas muebles.

Este problema no existe si se sabe el valor de lo que se sustrae, ej. El sujeto activo se apodera de una cartera de un turista japonés del cual sabía que llevaba 200 euros, incluso a veces tratándose de una mera cosa, ej. Móvil. Sin embargo, hay determinados bienes cuya valoración es difícil porque están sujetos a oscilación o porque depende su valor de una condición no sometida a control por el mismo. Ej. Billetes de lotería, quinielas, acciones cuyo valor varía según el mercado. En estos casos hasta que el sorteo se realiza, el billete vale la

⁹ Desde la perspectiva del error de tipo, la consecuencia de dicho desconocimiento sería la atipicidad y por tanto la impunidad, ya que no se prevé la modalidad imprudente del hurto. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 11 de Abril de 2005 , donde se establece un error de tipo vencible, y por tanto, se produce la absolución del sujeto activo por apoderarse de una rueda de piedra de molino que se encontraba enterrada en unos terrenos, al pensar el sujeto activo que ésta estaba abandonada.

¹⁰ Véase la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre (BOE núm.281, de 24 de Noviembre), art.235.

cantidad que cueste, no obstante, si se lleva a cabo el sorteo y el billete esta premiado, en ese caso tendrá el valor de lo premiado. También se puede dar el caso de que no sea premiado, entonces después del sorteo el billete solo tendrá el valor de lo que cueste el papel del mismo.

- Otra cuestión es la llamada práctica del tirón, típico caso de un sujeto activo que le da un tirón a una señora del bolso. Debemos de estudiar cada caso concreto para determinar si estamos ante un delito de hurto o de robo.¹¹ Algunos autores consideran que estamos ante un hurto cuando simplemente se aprovecha el sujeto activo de un descuido de la víctima, sin embargo si forcejea con ella o le propina una lesión (ej. Le arranca una cadena, un pendiente insertado...) en este caso se considera robo. Esta violencia debe llevar aparejada eficacia con respecto a la víctima.

2.3. CONSUMACIÓN

¿Cuándo se consuma el delito de hurto o de robo?

“El hurto o robo se consuma con la libre disponibilidad de la cosa mueble siquiera sea de modo momentáneo, breve o fugaz” y así lo establece entre otras la STS 2ª 01 de Diciembre de 2005 (Núm. 1436/2005).

Además esto es afirmado por la doctrina, por ejemplo Córdoba Roda afirma que “se admite como momento consumativo del hurto aquel en que el autor adquiere la disponibilidad sobre la cosa, sin que sea necesaria la eficaz apropiación de la misma ni su incorporación permanente al patrimonio.”¹²

Por otro lado, Lascuraín Sánchez establece “ 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

¹¹ La mayor parte de la jurisprudencia califica al tirón como un supuesto de robo con violencia, aunque se utilice el elemento sorpresa para apoderarse de dicha cosa, sin hacer caer al sujeto pasivo, ni arrastrarla. Véase en este sentido, la Sentencia de la AP Sevilla núm. 207/2006 de 17 de Julio, AP Alicante 21-3-2005, AP Valencia 27-9-2002, AP León 20-0-2002. Por el contrario, califica como hurto, por ejemplo la AP Barcelona 8-05-2002.

¹² García Arán, M. (2004). “Capítulo I: De los Hurtos” en Córdoba Roda, J., García Arán, M: *Comentarios al Código Penal Parte Especial, Tomo I*. Madrid: Marcial Pons, p. 639 así como en tal sentido; Quintero. G. (1985), *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, p. 1135.

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”.¹³

Existen diversas teorías para determinar si el hurto está consumado. La teoría predominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia es la teoría de la disponibilidad.

2.3.1. TEORÍA DE LA DISPONIBILIDAD:

Nos encontramos ante un momento consumativo que se situaría entre la “ablatio”, la “illactio”, y la “locupletatio” por tanto es una posición intermedia. Esta es la teoría dominante por la jurisprudencia y la doctrina en el ámbito del hurto y robo.

La opinión mayoritaria del Tribunal Supremo así como de la doctrina, como por ejemplo establece la STS 03.07.1995, Sentencia núm. 855/1995, se decanta porque *“la consumación del delito de hurto se produce en el momento en que la cosa sale del ámbito de tutela dominical dónde se afirma que la consumación del delito se lleva a cabo cuando se da la disponibilidad de los objetos substraídos por parte del autor del delito, aunque sea fugaz, y esto implica que la cosa haya salido del ámbito de custodia de su titular”*; en el mismo sentido, vid., TS, Sentencia núm. 196/1994 de 8 de Febrero; AP de Madrid (Sección 15ª) Sentencia núm. 354/2001 de 17 septiembre; AP de Madrid (Sección 1ª) Sentencia núm. 102/2011 de 10 marzo, TS (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 2530/2001 de 18 abril entre otras.

Según Quintero Olivares “que el autor alcance o no los objetivos que perseguía es cuestión que no atañe al momento jurídico de la consumación, aunque sí tiene interés en orden a la posibilidad de restitución de la cosa (parte de la responsabilidad civil), así como en su momento se verá, para otros delitos (favorecimiento real, receptación).”¹⁴

Esta posición también es apoyada por otros autores como, Álvarez García, “en atención a lo dicho la lesión del bien sólo se produce cuando el sujeto activo ha logrado tener la cosa a su disposición, es decir; cuando ha sustituido al propietario en el control del objeto material del

¹³ 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 en relación a la SAP Madrid, núm. 224/1997.

¹⁴Quintero Olivares, G. (2011), “Capítulo I De los hurtos” en Quintero Olivares, G. (Director), Morales Prat (coordinador): *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, Valencia, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 622.

delito y ello con independencia de que esté o no “ejerciendo como propietario”. En otras palabras: el delito se consuma cuando el agente tiene disponibilidad sobre el bien.”¹⁵

Pero ¿Qué entendemos por disponibilidad?

Entendemos por disponibilidad la posibilidad, aunque sea fugaz o meramente potencial, de disponer del objeto, de actuar como dueño: usarlo, prestarlo, donarlo, romperlo...¹⁶

El concepto de disponibilidad ha sido analizado en diversas ocasiones por el Alto Tribunal. La consumación en los delitos de robo se produce siempre y cuando se lleve a cabo la disponibilidad de la cosa mueble, no siendo una facultad real y auténtica sino la posibilidad de disponer. Esta posibilidad de disponer surge cuando sobre la cosa mueble podemos ejercer cualquier acto de dominio:

Entre esos actos, encontramos los siguientes:

- Basta con que esa disponibilidad se lleve a cabo solo sobre una parte de lo sustraído.
- Además que dure un solo instante, sea fugaz, o breve.
- El autor no hace falta que llegue ha aprovecharse, la consumación se mantiene aunque no se agote y aunque se sorprenda al mismo instantes después a su disposición.
- Debe existir un poder de hacer, fuera del control de su dueño.¹⁷

¹⁵ Álvarez García, F.J. (2011), “Lección 3ª: Robo con Fuerza en las cosas” en Álvarez García, F.J. (Director); Manjón-Cabeza Olmeda, A., Ventura Püschel, A. (Coordinador), *Derecho Penal Español*, Valencia: Tirant lo Blanch, p.92.

¹⁶ La aceptación de este criterio para la consumación –compartido por doctrina y Jurisprudencia- conlleva importantes consecuencias: no basta para que se consume con que el sujeto haya cogido la cosa (entonces nunca podría haber tentativa) ni que la haya cogido y huido con ella, sino que es preciso que haya tenido una mínima disponibilidad de la misma, aunque sea de breve duración (ej. Se considera consumado guardar el botín en un vehículo estacionado, cuando dispuso de la cosa media hora, quince minutos, o diez minutos en la STS de 19 de noviembre de 1987).

¹⁷ Numerosa jurisprudencia establece estos parámetros, por ejemplo en la STS 22.04.1997 Sentencia núm. 534/1997, en la que establece que “la consumación se origina (ver la Sentencia de 7 octubre 1985 [RJ 1985\4784]) en lo que respecta a los delitos de robo, soslayando cualquier concepto frustracional, siempre y cuando se produzca la disponibilidad de la cosa mueble apropiada o sustraída, definida ésta no obstante en sus exactos términos, implicando no una facultad real y auténtica sino la posibilidad de disponer (potencial capacidad para disponer decía la Sentencia de 20 febrero 1985 [RJ 1985\981]), que surge cuando la cosa mueble quede en condiciones de poderse ejercitar sobre ella cualquier acto de dominio material, bien entendido: 1.º) que

Como señala González Rus, “para la consumación no importa el mucho o el poco tiempo que medie entre la sustracción y la captura del culpable, pues basta con una disponibilidad momentánea o de breve duración.”¹⁸

Por último añadir que si consideramos que existe una disponibilidad mínima estaremos ante la teoría de la illatio y si esta disponibilidad es máxima estaremos ante la locupletatio.

▪ TEORÍA DE LA ILLATIO

La llamada “Illatio” consiste en sacar la cosa mueble fuera del control dominical del dueño y tener disponibilidad sobre la misma. Esta disponibilidad puede ser mínima.

basta con que esa disponibilidad lo sea sólo de una parte de lo sustraído; 2.º) que también es suficiente con que esa disponibilidad dure, fugazmente, breves instantes, con tal que el «ius disponendi» no ofrezca duda alguna, razón por la cual aparece frustrada la infracción si el presunto autor es sorprendido «in fragranti» o es detenido poco después de la apropiación; 3.º) que como es indiferente el hecho de que el autor de la sustracción llegue o no a aprovecharse de lo indebidamente apropiado, claro es que la consumación persistirá aunque falte su agotamiento o aunque al autor del delito se le sorprenda poco después de haber tenido para sí una verdadera disposición o capacidad de disponer (Sentencia de 23 febrero 1984 [RJ 1984\1162]); y 4.º), que esa disposición se condensa, resumidamente, en que el «poder de hacer», posible, ideal o real, significa tener la cosa mueble a expensas de la voluntad del delincuente, fuera del control de su legítimo dueño.”¹⁷

En los delitos patrimoniales de apoderamiento la consumación delictiva viene vinculada a la disponibilidad de los efectos sustraídos, y más que la real y efectiva, que supondría la entrada en la fase de agotamiento, debe tenerse en cuenta la ideal o potencial capacidad de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída. Así se han pronunciado reiteradas Sentencias de esta Sala como son exponentes las de 21 y 27 de mayo de 1999 en las que se expresa que “en el delito de robo, cuando de deslindar la figura plena o consumada y la semiplena o intentada se trata, se ha optado por la racional postura de la illatio, que centra la línea delimitadora o fronteriza no en la mera aprehensión de la cosa- contrectatio-, ni en el hecho de la separación de la posesión material del ofendido-ablatio- sino en el de la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo, siquiera sea potencialmente, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material...”.

En el caso que examinamos no existió esa disponibilidad, ni siquiera potencial, en cuanto no se había superado los controles que el propietario tenía dispuestos sobre sus cosas, ni puede decirse que se hubiera perdido el control sobre el objeto sustraído.”

Véase en este sentido, STS Sentencia núm. 696/2001 de 20 abril; TS (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1062/2000 de 9 junio; TSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 23/2003 de 6 junio, Entre otras.

¹⁸ Véase Goyena Huerta, J. (1998), *El Hurto, el Robo y Robo de Uso de Vehículos*, Pamplona, Aranzadi, pp. 58-60.

Además hay que tener en cuenta, cuando se considera aplicada correctamente la doctrina de la illactio, en base a la SAP Alicante 2ª 26.02.2010 (núm. 177/2010) entendemos que *“el delito de apoderamiento no se consuma en tanto el sujeto no alcanza la disponibilidad, siquiera potencial, de las cosas muebles objeto material del delito, estimando la jurisprudencia que no hay tal disponibilidad cuando el sujeto es perseguido antes de alcanzarla y finalmente detenido sin ser perdido de vista durante la persecución ininterrumpida.”*

Ésta es la postura predominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

- **TEORÍA DE LA LOCUPLETATIO:**

La teoría de la locupletatio consiste en que para llevar a cabo la consumación del delito no basta con realizar la aprehensión de la cosa y sacarla del control del dueño, sino que tengo que usar el objeto sustraído, además de obtener un beneficio sobre ella. En este caso no solo hablamos de consumación, sino también de perfeccionamiento, es decir, no solo consumo el delito o falta, sino que también perfecciono (disponibilidad máxima). Esta teoría es aplicada solo por una mínima parte de la doctrina.

2.3.2. OTRAS TEORÍAS DE APOYO MINORITARIO QUE ENCONTRAMOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO:

- **TEORÍA DE LA MERA CONTRECTATIO**

Esta teoría es la llamada “Contrectation o aprehension”, se entiende consumado el delito cuando hay contacto con el objeto, cuando se toca, ya sea por sí mismo o a través de otra persona interpuesta o instrumento. Esta teoría es minoritaria, por su desproporcionado adelanto del seguimiento penal que inhabilita además, la concurrencia de una posible tentativa, ya que al situar la consumación en la segura incorporación al patrimonio mezclamos el elemento objetivo del delito con el elemento subjetivo del ánimo de lucro. Por tanto, no entiendo necesaria la teoría de la contrectatio, consistente en tomar la cosa.

- **TEORÍA DE LA ABLATIO**

La teoría de la “Ablatio” se da en los casos, en los que para que se lleve a cabo la consumación del delito de hurto no basta con coger la cosa, sino que hay que sacarla de la esfera de control del dueño.

Con carácter amplio, la doctrina y la jurisprudencia, establecen que el paso entre la tentativa y la consumación se realiza en el momento en que el autor tiene la disponibilidad de

la cosa sustraída. Como se narra en la STS 02.11.1992 núm. 2312/1992, “*la consumación existe cuando el autor o autores de la sustracción han logrado constituir sobre la cosa sustraída un nuevo poder autónomo de disposición (SSTS 11 marzo y 5 diciembre 1988 [RJ 1988, 1621 Y 9364]). Se entiende consumado el apoderamiento cuando el sujeto pasivo no la podría recuperar (la cosa sustraída) sin un cierto esfuerzo para vencer la resistencia del que ha aprehendido la cosa (STS 11 julio 1989 [TJ 1989, 6177]).*” En este sentido véase la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1502/2003 de 14 noviembre.

Es por ello que para calificar consumado el hurto, no basta solo con que el sujeto activo haya sustraído la cosa mueble, e incluso se haya dado a la fuga con ella (teoría de la ablatio), sino que es preciso que exista una mínima disponibilidad sobre el bien, aunque sea fugaz, transitoria o potencial. Por tanto, esta teoría de la ablatio estaría incompleta y hay que atender al caso concreto para poder aplicarla.

Sin embargo existe jurisprudencia que apoya esta teoría, como el caso de una persona que se lleva el espejo retrovisor de un vehículo tras arrancarlo, en este caso media la "ablatio" ya que implica la separación de la cosa del lugar donde se halla (AP de Jaén (Sección 3ª) Sentencia núm. 92/2012 de 24 abril, ponente Sr. D. Jesús María Passolas Morales).

Una variante de la ablatio sería la teoría de la “Amotio de loco ad locum” la cual requiere el traslado de la cosa mueble del lugar del lugar en el que se haya a otro lugar distinto.

2.4.FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN: TENTATIVA

En cuanto a las formas imperfectas de ejecución, también hay que analizar situaciones en las que no se llega a consumir el delito y por tanto queda en grado de tentativa.

Estaremos ante un delito en grado de tentativa, cuando a pesar de iniciarse todos los actos ejecutivos para realizar el mismo, el resultado previsto en el Código Penal no se produce, por lo que el bien jurídico protegido no se lesiona, aunque si se pone en peligro.

En nuestro ordenamiento seguimos una teoría mixta, ésta se basa en que el fundamento de la punición de la tentativa, es la intención del sujeto activo que se manifiesta exteriormente a través de una acción que puede considerarse peligrosa. Esta forma imperfecta de ejecución se puede manifestar de dos formas: mediante una tentativa acabada; siempre y cuando se realicen todos los actos ejecutivos o por el contrario mediante una tentativa inacabada, cuando sólo se lleven a cabo parte de los mismos.

Teniendo en cuenta el tema propuesto, una parte de la doctrina considera que estaremos en grado de tentativa siempre y cuando se traspase el umbral de visualización de la cosa mueble. En este sentido por ejemplo Quintero establece, “hasta que el autor traspasa ese umbral físico o de visualización, lo que, por cierto, no sucede mientras lo están persiguiendo, estaremos en fase de tentativa, que en verdad nunca podrá llegar a ser “acabada”, sino que el tránsito se producirá directamente de la simple tentativa a la consumación.”¹⁹

En lo que importa a la tentativa y debido a que estamos ante un delito de resultado, no existe inconvenientes teóricos para que estemos ante una tentativa acabada o inacabada.

Encontramos sin embargo problemas en el ámbito práctico, por ejemplo en el caso donde el hurto se lleva a cabo a través de medios informáticos, en tal caso, cuando se traspasa los fondos es cuando se termina la fase ejecutiva del delito, por tanto si se produce el resultado, el delito está consumado y sino estaríamos ante una tentativa acabada. Esto mismo concurre en el supuesto del pasajero que lanza por la ventana del tren el equipaje de otro para, posteriormente regresar a por él y disponer de éste. No obstante, en otros casos de aprehensión de la cosa mueble ajena seguida de una persecución mientras se lleve a cabo ésta resultará muy difícil concretar si se han dado o no todos los actos ejecutivos típicos. Otra parte de la doctrina como por ejemplo, Pérez Manzano tiene otro punto de vista con respecto a esta cuestión, estos argumentos están unidos a las diferencias entre la teoría de la *contrectatio*, *aprehensio*, *ablatio* e *illatio*: según los cuales la tentativa inacabada acabaría antes de la *contrectatio*, y la acabada se conformaría con la *ablatio*.

Este problema de diferenciación entre tentativa acabada e inacabada, en la actualidad tiene menor trascendencia tras la supresión de la frustración y la modificación de la tentativa.

Por un lado estaremos ante una tentativa inacabada, si se realizan algunos actos de los que requiere el apoderamiento pero no todos. En suma, realmente cuando no llega a producirse el apoderamiento.

Por otro lado, estaremos ante una tentativa acabada, cuando se haya producido el apoderamiento efectivo de la cosa pero no llegue el sujeto a tener la disponibilidad ni siquiera mínima del objeto. (Ej. El sujeto es sorprendido antes del salir del local).

¹⁹ Quintero Olivares, G. (2011), “Capítulo I: De los Hurtos” en Quintero Olivares, G., (Dir.) Morales Prat (Coord.), *Comentarios a la parte especial de Derecho Penal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pp. 621-622.

2.4.1. CASOS PROBLÉMATICOS EN EL ÁMBITO DE LA TENTATIVA:

A veces resulta muy difícil diferenciar la tentativa acabada de la consumación, sobre todo en los supuestos de fuga y ocultación.

▪ SUPUESTOS DE FUGA:

Con respecto a la fuga, el Alto Tribunal señala que cuando la persecución es inmediata al apoderamiento, de tal forma que se impida al sujeto activo disponer de la cosa, habrá tentativa. En cambio, si la persecución no es inmediata o queda interrumpida en alguna fase del delito, estará consumado ya que ha existido disponibilidad aunque sea mínima de la cosa mueble, como opina la mayor parte de la doctrina.²⁰

Otra parte de la jurisprudencia, sitúa un límite entre tentativa y consumación, esto es, la disponibilidad, en la visualización, de forma que si todavía se ve el objeto durante la persecución sería un caso de tentativa y cuando se pierde la visión ya estaría consumado el delito.

“Cuando la disponibilidad es lograda por alguno de los partícipes pero no por el otro, se considera el delito consumado” (STS de 10.10.1997 entre muchas otras).

En conclusión, lo que queda claro es que la jurisprudencia viene manteniendo de manera mayoritaria que la consumación se logra con la disponibilidad potencial sobre la cosa (por todas STS 03.07.2006 Sentencia núm. 712/2006, y STS 10.09.2001, Sentencia núm. 1555/2001; ello no significa que como afirman otras sentencias, como la STS 19.09.2003, Sentencia núm. 1150/2003, estemos ante un delito de consumación anticipada. No es así, esta corriente no reconoce que hay un verdadero resultado con el apartamiento de la disponibilidad de la cosa del ámbito de su propietario y su sustitución por el del propio del sujeto activo. Por tanto, muestra una clara confusión entre la consumación y el perfeccionamiento (más acertadamente la STS 03.05.2001, Sentencia núm. 802/2001, afirma la consumación en el momento de la disponibilidad, señalando que la efectiva o real disposición sobre la cosa pertenece a la fase de agotamiento del delito).

²⁰ Numerosa jurisprudencia reciente está cambiando esta teoría y profundizan en la importancia de la huida, estableciendo que en todos los casos en los que concurra la huida el hurto está consumado, pues la huida muestra que el sujeto ya dispone de la cosa en cuestión. Esto resulta criticable ya que no consiste en ver si la víctima ha perdido la cosa mueble sino de que efectivamente esta en manos del autor. Además también considero tentativa abandonar la cosa durante el momento de la huida.

“En todo caso en los supuestos en los que la persecución queda interrumpida y el sujeto activo dispone de tal disponibilidad potencial sobre la cosa, la conducta queda en grado de tentativa” (STS 19.09.2003, Sentencia núm. 1150/2003).

En el caso donde se produce la persecución inmediata a la comisión del hecho delictivo y se continúa hasta la detención, no se produce la consumación y estaríamos también ante una tentativa. Véase SAP Segovia 16.01.97 núm. 1/1997 que establece lo siguiente: *“El acusado no logró la disponibilidad ni siquiera momentánea, fugaz, breve o potencial de los objetos sustraídos, por haberse producido su persecución de forma inmediata sin que entre ésta y la detención haya mediado solución de continuidad, por lo que no concurrió el mencionado requisito reiteradamente exigido por la jurisprudencia para la consumación delictiva.”*

- SUJETO ES PILLADO IN FRAGANTI:

No obstante también estaríamos en el ámbito de la tentativa, en el supuesto en el que el sujeto es pillado in fraganti; como muestra la SAP Madrid 30.06.09, Sentencia núm. 303/2009 *“Cuando, pese a la aprehensión de la cosa por el sujeto, el mismo es sorprendido “in fraganti” o perseguido inmediatamente después de realizado el hecho, sin que en ningún momento pudiera disponer de los sustraído, ha de convenirse que en la perpetración del hecho no se ha traspasado el área característica de la tentativa”*.²¹

- SUPUESTOS DE OCULTACIÓN DEL OBJETO:

En cuanto a los casos de ocultación del objeto, situamos el instante consumativo en el momento en que la cosa sale del ámbito de custodia del propietario (por ejemplo, la persona que esconde la cosa mueble en el monte, pese que después sea recuperada por la policía). Sin embargo, consideramos que existe tentativa cuando la cosa se oculta sin sacarla del ámbito de custodia del titular (ej. Empleada del hogar que esconde la cosa en el cubo de la basura) ya que no habría disponibilidad.

Que el supuesto autor alcance o no los objetivos perseguidos no conlleva a la consumación, lo que ocurre es que afecta a la responsabilidad civil.

- SUPUESTOS DE DESISTIMIENTO VOLUNTARIO:

²¹ Véase también la doctrina que recogen entre otras muchas las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1990, 29 de enero, 25 de febrero, 9 de mayo y 11 de octubre de 1991, 7 de febrero, 9 de octubre, 16 de diciembre de 1992, 25 de junio, 14 de diciembre de 1993, 1 y 20 de diciembre de 1999, 8 de mayo y 25 de junio de 2001.”

Tenemos que tener en cuenta si con los hechos acreditados, se ha llevado a cabo un desistimiento voluntario y espontáneo del sujeto activo que no se ha visto frustrado por ser pillado in fraganti, o por haber sido sorprendido o perseguido. El desistimiento no será libre si se renuncia a seguir con la acción por complicarse la situación (es perseguido por la policía, es pillado...) Por tanto, si este desistimiento es libre se produce la impunidad de la conducta.

Además por último añadido, que existen casos de tentativa inidónea en los que el sujeto activo queda impune, como por ejemplo, cuando un sujeto sustrae un cofre o una cartera que no tiene nada en su interior, pensando que estaría lleno.²²

3. DELITO DE ROBO

3.1. CONSIDERACIONES GENERALES Y ELEMENTOS DEL TIPO:

El Código Penal español, sitúa al robo como un delito autónomo del hurto agravado, a diferencia del sistema alemán o italiano.

El art. 237 CP establece 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.”*²³

El propósito del legislador, es inicialmente castigar más duramente el robo cuando media violencia o intimidación en las personas que el robo con fuerza en las cosas (cfr. arts. 240 y 242 CP), y éste último más gravemente que el hurto. Sin embargo, caben los siguientes supuestos:

- El robo con fuerza en las cosas cuando concurre con la cualificación de casa habitada puede castigarse con la misma pena e incluso con pena mayor que algunos casos de robo con violencia e intimidación.
- Además, puede darse un hurto agravado con la misma pena que un robo con fuerza en las cosas.

Debemos determinar si estamos o no ante un tipo agravado; por tanto observaremos los motivos de injusto, ya que las modalidades de ataque en hurto y robo son diferentes.

²² “La impunidad, a la vista de ausencia de peligro ex ante para el bien jurídico-penalmente protegido, parece la conclusión debida”. En este sentido, Queralt Jiménez, J. (2010), “Derecho Penal Español”, 6ª Edición, Barcelona, Atelier (Libros Jurídicos), p. 427.

²³ Véase la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm.281, de 24 de Noviembre).

En el hurto reina la habilidad o aprovechamiento del despiste, sin embargo en el robo encontramos el uso de la fuerza.

Vicente Martínez establece que “Por delito de robo, se entiende la aprehensión de una cosa mueble ajena con superación de los obstáculos puestos por la víctima para impedir la o, como dice el precepto penal, el robo consiste en apoderarse de cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas ”.²⁴

“El bien jurídico protegido, es al igual que en el hurto la posesión (e indirectamente la propiedad), sobre los bienes muebles”²⁵

El objeto material de los delitos de robo consiste en la cosa mueble ajena sobre la que recae la acción. Por cosa mueble entendemos algo material, aprehensible y susceptible de trasladar de un punto a otro, concretamente de un patrimonio a otro.

En cuanto a la acción típica consiste en apoderarse de cosas muebles ajenas, contra la voluntad de su dueño, ya que el consentimiento de éste elimina la tipicidad de la conducta. Como resultado obtendríamos la apropiación de la cosa mueble.

Por último, debe existir un ánimo de lucro es decir, la intención de obtener un beneficio patrimonial directo de dicho apoderamiento.

A continuación muestro algunas cuestiones importantes sobre la consumación del robo:

¿Para la consumación del robo es necesario sustraer todo lo que se perseguía?

La respuesta es no. Solo basta con la disponibilidad de una parte de lo sustraído para llevar a su consumación.

En base a la STS 2ª 22.04.1997 (núm. 534/1997)- *“Por otra parte la consumación se origina en lo que respecta a los delitos de robo, soslayando cualquier concepto frustracional, siempre y cuando se produzca la disponibilidad de la cosa mueble apropiada o sustraída, definida ésta no obstante en sus exactos términos, implicando no una facultad real y auténtica sino la posibilidad de disponer que surge cuando la cosa mueble quede en condiciones de poderse ejercitar sobre ella cualquier acto de dominio material, bien*

²⁴ De Vicente Martínez, R. (2010). *Los delitos de Robo*. Barcelona: Bosch, p.44.

²⁵ De Vicente Martínez, R. (1999). *El delito de Robo con Fuerza en las cosas*, Valencia: Tirant lo Blanch, p.32.

entendido: 1º que basta con que esa disponibilidad lo sea disponibilidad dure, fugazmente, breves instantes, con tal que el ius disponendi no ofrezca duda alguna, razón por la cual aparece frustrada la infracción si el presunto autor es sorprendido in fraganti o es detenido poco después de la apropiación; 3º que como es indiferente el hecho de que el autor de la sustracción llegue o no a aprovecharse de lo indebidamente apropiado, claro es que la consumación persistirá aunque falte su agotamiento o aunque al autor del delito se le sorprenda poco después de haber tenido para sí una verdadera disposición o capacidad de disponer y 4º que esa disposición se condensa, resumidamente, en que el poder de hacer, posible, ideal o real, significa tener la cosa mueble a expensas de la voluntad del delincuente, fuera del control de su legítimo dueño.”²⁶

En cuanto a la participación: ¿La consumación del delito de robo por uno de los intervinientes implicaría la consumación del robo para los demás?

La respuesta es sí. Esto se establece en la STS 2ª 26.04.1999, Sentencia núm. 584/1999, en la cual podemos afirmar que “*Tratándose de un concierto previo entre las dos personas, para la comisión del robo enjuiciado, partición plural que lo es tanto para la ejecución del delito como para el reparto de beneficios, es claro que la consumación del hecho por uno de los intervinientes tiene la virtud de comunicar tal consumación al resto, aunque uno de ellos no haya tenido la mínima disponibilidad potencial de los efectos sustraídos, ya que la unidad de delito, impide que éste pueda ser simultáneamente y al mismo tiempo, consumado para unos y en tentativa para otros.*” (En este sentido, SSTs de 30 de enero de 1992, 10 de octubre de 1997, entre otras).

3.2. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

3.2.1. CONSIDERACIONES GENERALES:

El Código Penal en su artículo 238 establece:

“Son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1º Escalamiento.

2º Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana.

²⁶ En este sentido, la STS núm. 534/1997 de 22 abril.

3º 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.

4º Uso de llaves falsas.

5º Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda.”²⁷

Atendiendo a los preceptos 237 y 238 CP puede definirse el robo con fuerza como: el apoderamiento de las cosas muebles ajenas, con ánimo de lucro y empleando para acceder al lugar donde éstas se localizan mediante alguno de los medios encontrados en el tipo 238 CP.

La fuerza en las cosas es el elemento característico que diferencia el delito de robo al de hurto. Sólo puede hablarse de robo con fuerza en las cosas cuando se utilice una fuerza típica, es decir, los medios que aparecen en el citado precepto del Código Penal (art.238 CP).

No toda fuerza cualifica al hurto y lo transforma en robo, sino solo aquélla que contiene alguno de los modos comisivos de este precepto debido a la especial peligrosidad o por su acrecentada agresividad para quebrantar los niveles de custodia y las medidas de protección impuestas por el propietario para evitar el acceso al mismo.

Estamos hablando de fuerza típica pero no vulgar, ya que la fuerza se debe ejercer sobre las medidas de protección y custodia y no sobre la cosa en cuestión. Por tanto sería típica, la fuerza para acceder a la cosa y no la llevada a cabo en la misma. Estamos ante un concepto normativo y no descriptivo.

Por otro lado estamos ante un sistema cerrado o “*numerus clausus*”.

La frecuente estadística del delito de Robo con fuerza en las cosas ha provocado numerosa jurisprudencia al respecto. Muy valiosa para poder interpretar los puntos en conflicto con la legislación vigente, aunque a veces dicha jurisprudencia ha llegado a conclusiones que no son muy compatibles con el tenor literal de los requisitos legales.

En conclusión, cabe añadir que en nuestro Código Penal también encontramos una serie de supuestos cualificados en el robo con fuerza en las cosas. Son los que localizamos en el artículo 241 Código Penal donde se establece una pena más grave si el robo concurre con

²⁷ Véase la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm.281, de 24 de Noviembre).

alguna de las circunstancias del artículo 235 del mismo Código así como si se comete en casa habitada o en locales abiertos al público.

3.2.2. CONSUMACIÓN

La consumación en los delitos de robo con fuerza en las cosas está vinculada a la disponibilidad de los efectos sustraídos más que a la real y efectiva, que supondría la entrada en la fase de agotamiento. La consumación aparecerá cuando tras el ejercicio de alguna de las modalidades de fuerza típica a la que se refiere la norma penal, acaezca el apoderamiento.

De Vicente Martínez afirma “Los distintos momentos que cabe apreciar en el apoderamiento del robo son:

1. La “contrectatio” que supone el tocamiento o contacto con la cosa.
2. La “aprehensio” o aprehensión de la cosa.
3. La “ablatio”, que implica la separación de la cosa del lugar donde se halla.
4. La “illactio”, que significa el traslado de la “res furtiva” aun lugar que permita la disponibilidad de la misma; llegando la jurisprudencia a la conclusión de que los delitos de apoderamiento y entre ellos, los robos, quedan consumados cuando se alcanza la disponibilidad de las cosas sustraídas.”²⁸

La insatisfacción de las teorías anteriores condujo a la búsqueda de una teoría intermedia. Por tanto al igual que en el hurto se desarrolló la “teoría de la disponibilidad”. *“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 de 24 de junio de 1988).

El concepto de disponibilidad se refiere a la posibilidad de disponer, o sea a la potencial capacidad de disponer, que nace cuando sobre la cosa mueble se puede ejercitar cualquier acto de dominio material. Por tanto, es suficiente que la disponibilidad recaiga sobre una parte de lo sustraído, además con que dure, fugazmente, por un breve instante, además persiste aunque falte el agotamiento o aunque el autor sea sorprendido y además esa disponibilidad significa tener la cosa fuera del ámbito dominical de su propietario.

Por consiguiente, el delito de robo se consuma cuando el autor tiene la disponibilidad de la cosa aunque sea de manera momentánea, breve o fugazmente y aunque finalmente no se obtenga un lucro.

²⁸ De Vicente Martínez, R. (2010). *Los delitos de Robo*. Barcelona: Bosch, p.50.

Como establece nuestro Tribunal Supremo: *“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 2ª.18.4.01).”*

En el caso en el que el sujeto activo se apodera de una cosa con un valor inferior al que pretendía encontrar, estamos ante un delito consumado y no en grado de tentativa. Este podría ser el caso de una persona que se apodera de una cartera de otra amenazando a la víctima y resulta estar vacía o con objetos no valiosos.²⁹

Otros supuestos complejos son la huida y la cosa abandonada: ¿Qué ocurre con los supuestos donde el sujeto activo se deshace de la cosa mueble en su huida? En estos casos pueden ocurrir varias circunstancias:

Por un lado si el sujeto activo entrega la cosa a un cómplice, el apoderamiento se consuma en el momento en que esta la cosa en su poder.

Por otro lado si oculta la cosa, no se entenderá consumado el delito de robo hasta que el sujeto activo o los partícipes recuperen la cosa.

Por último, no se considera tampoco consumado el robo si el autor se desprende de la cosa en la huida sin entregarla a un cómplice.

No obstante, *“si el autor abandona la cosa robada tras su disponibilidad, ello no afecta a la consumación ya verificada (STS 2ª 14.5.01).”*

Por último, para la jurisprudencia, *“la consumación no viene condicionada por el agotamiento del fin lucrativo perseguido por el autor”* (Auto del TS de 05.01.1990). Además, conviene saber que en los casos de delito continuado a base de robos consumados e intentados, se aprecia un solo delito consumado.

3.2.3. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN: TENTATIVA

Con respecto a la tentativa es preciso situar la línea divisoria entre los actos preparatorios -impunes- y los de ejecución, además de tener en cuenta los casos donde la efectividad de la aprehensión material de la cosa, se de la figura de tentativa acabada, llevando a cabo una ejecución completa pero sin resultado material.

²⁹ Esto se lleva a cabo también en los casos de fractura interior, en los que no es todo haber fracturado el objeto o descifrar la clave, sino que se requiere el apoderamiento de la cosa mueble para afirmar la consumación. El mero descubrimiento de la clave sería un simple acto ejecutivo que conllevaría a la tentativa.

Dentro de la ejecución delictiva podemos distinguir dos situaciones: la primera en la que el autor no ha terminado su plan y la segunda ha realizado todo cuanto se requiere según su plan para que se produzca la consumación.

El Código penal abarca ambas situaciones, establece en su art. 16 que: *“hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”*.

Muñoz Conde afirma “Habrá tentativa cuando no se logra coger o asir las cosas muebles ajenas, a pesar de tender la conducta exteriormente a tal finalidad, o cuando hay un apoderamiento efectivo pero sin disponibilidad material de los objetos.”³⁰

Por tanto, *“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”* (STS de 27 de noviembre de 1992).

De Vicente Martínez afirma “Por el contrario, habrá tentativa acabada o completa cuando hay un apoderamiento efectivo sin disponibilidad material de los 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.”³¹

El comienzo de los actos ejecutivos típicos, empieza con la realización de la modalidad ejecutiva. De esta manera, la tentativa en el delito de robo se adelanta inicio de la tentativa en el hurto, porque en el hurto no es necesario que haya dado comienzo la ejecución del apoderamiento para afirmarla.

- OTROS SUPUESTOS ESPECÍFICOS:

Debe apreciarse en los casos donde se sorprende in fraganti al sujeto activo, en los supuestos de persecución inmediata e ininterrumpida (STS 13 De junio de 1985), así como cuando no llega a cogerse la cosa (STS 17 diciembre de 1984). De todos modos, deben de

³⁰ Muñoz Conde, F. (2010). *“Derecho Penal (Parte Especial)”* 18ª Edición, Valencia: Tirant Lo Blanch, p.316.

³¹ De Vicente Martínez, R. (1999). *“El delito de Robo con Fuerza en las cosas”*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p.32.

haberse iniciado los elementos ejecutivos para que se de el posible delito de fuerza en las cosas.

Sin embargo, en los casos en los que la persecución se interrumpe o no comienza inmediatamente después de producirse tal apoderamiento, aunque sea momentáneamente, el autor ha tenido disposición y, por ello, el delito de robo se habrá consumado y no existirá tentativa.

Se considera que estamos ante tentativa por ejemplo, cuando el acusado entró en una finca la cual era la vivienda de una persona. Éste no llegó a entrar en el interior sino que se quedó en el patio de la misma, del que huyó al ver a la autoridad policial. En este caso el Ministerio Fiscal consideró que estábamos ante una tentativa de robo en casa habitada ya que con el escalamiento se inició la ejecución de dicho delito con fuerza en las cosas.³²

Por otro lado, ¿Qué diferencia existiría entre la tentativa y el desistimiento voluntario del sujeto activo?

No es un problema distinguir entre tentativa y desistimiento voluntario del sujeto activo ya que en base al artículo 16.2 del Código Penal, produce su exención de responsabilidad. Sin embargo, es difícil probar cuando estamos ante un desistimiento voluntario. Hay que atender a los hechos acreditados, para comprobar si en verdad el hecho punible no se ha llevado a cabo por la espontánea y voluntaria decisión del acusado o se ha producido un desistimiento provocado, por el hecho de no poder lograr la finalidad perseguida o por la aparición de la policía...etc.

En numerosas ocasiones es muy difícil la distinción entre el desistimiento voluntario y la tentativa punible, por lo que se deben tener en cuenta las resoluciones de nuestros tribunales. Así la STS 2ª 09.06.92 considera que *“el desistimiento no será libre si se renuncia como consecuencia de un aumento sobrevenido o inesperado de las dificultades”*: la STS 2ª 25.06.99 entiende que *“el desistimiento es ineficaz cuando viene impuesto por circunstancias independientes de la voluntad del sujeto.”* *“Lo verdaderamente relevante en el desistimiento es constatar que el sujeto, con su conducta, ha demostrado que su propósito criminal no era fuerte e intenso”* (STS 2ª 10.7.99), por tanto, *“habrán de ser los datos*

³² Tal caso, lo encontramos en la STS núm. 1426/2000 de 20 de septiembre, además véase en el mismo sentido: Sentencia núm. 46/2012 de 17 febrero; Sentencia núm. 353/2004 de 30 marzo.; Audiencia Provincial de Lugo (Sección 2ª) Sentencia núm. 74/2002 de 18 junio.

objetivos los que lleven a estimar si la conducta del sujeto responde a un desistimiento voluntario” (SAP Vizcaya 6ª 8.7.09 Sentencia núm. 733/2009).

3.3.ROBO CON VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN

3.3.1. CONSIDERACIONES GENERALES:

La estructura del robo con violencia quedó establecido en los siglos XIX Y XX en el Código Penal del año 1848 y así ha seguido en nuestra legislación hasta el Código Penal de 1995. Esa estructura estaba formada por el siguiente esquema aunque no en todos los Códigos Penales:

Respondía a un tipo básico que acogía como formas comisivas la violencia o intimidación, además también encontrábamos tipos agravados por el resultado vinculado a la violencia ejercida, una extensión de la autoría a todos los posibles sujetos activos y un adelantamiento de la consumación cuando concurriesen algún tipo agravado, aunque finalmente no se hubiere dado el apoderamiento de la cosa.

En cuanto a las reformas penales postconstitucionales y el Código Penal de 1995, se suprimió los tipos agravados, el adelantamiento de la consumación y el supuesto de extensión de autoría; sin embargo en cuanto a la pena se siguió manteniendo una sanción importante, aunque se incorpora un tipo atenuado que permite una mejor medida de la pena.

Por tanto, queda la siguiente estructura en la actualidad:

- Un tipo básico que tiene una pena de dos a cinco años de prisión, y que posee una cláusula concursal.
- Un tipo atenuado que atiende a una violencia e intimidación escasa o menor, otro al uso de armas o medios dañosos y peligrosos y a la reacción del sujeto activo frente a los auxiliadores de la víctima o a los que le pudieran perseguir y, en segundo lugar, debemos de tener en cuenta si el robo ha sido en casa habitada o en sus dependencias.

Por otro lado, el **concepto de violencia** ha sufrido una evolución constante. Para un mayor abundamiento del concepto es necesario distinguir varios tipos de violencia:

- Violencia propia e impropia: la propia es la que surge de aplicar la fuerza física propiamente dicha, sin embargo la impropia consiste en el vicio de la voluntad por otros medios, ya sea hipnosis, narcóticos...

- Violencia directa e indirecta: la violencia directa es aquella que se muestra como “vis in corpore”, sin embargo la indirecta es la ejercida sobre cosas y solo de manera mediata sobre personas.

La violencia exigida en el tipo de robo es la violencia propia y la directa, además debe de tener carácter físico, personal y suficiente.

En este sentido De Vicente Martínez “La violencia supone, en primer término, el empleo de acometimiento o fuerza física sobre la persona mediante la cual se vence o evita su física oposición o resistencia al apoderamiento perseguido. La violencia, en segundo término, debe incidir, como tal fuerza física, sobre las personas.”³³

Además, la violencia ha de revestir una fuerte intensidad, suficiente para doblegar la voluntad del sujeto pasivo y además debe ser el medio necesario para conseguir la desposesión. Hay que atender también a las circunstancias del caso en concreto.

La violencia o la intimidación debe estar relacionada con el desapoderamiento.

La **intimidación** hace referencia al ataque personal, que no implica la aplicación de fuerza física sobre el cuerpo del sujeto pasivo. En la intimidación se produce una amenaza con un mal inmediato va dirigida a doblegar la voluntad de la víctima en cuestión. Es una influencia en la conducta del sujeto pasivo que tiene naturaleza psicológica. Debe de provocar un comportamiento de temor, que resulte objetivamente adecuado para causar dicha acción.

La intimidación puede producirse de forma expresa mediante su exteriorización con hechos de la amenaza del mal o con palabras, pero también puede llevarse a cabo de manera implícita cuando el comportamiento que precede a la sustracción de la cosa mueble haga perfectamente deducible el propósito de causar un mal si se mantiene resistencia a la autoridad.

3.3.2. CONSUMACIÓN

Entre las diferentes teorías que encontramos con respecto a la consumación del delito de robo, la de la “illatio” supone un avance importantísimo respecto a la “contrectatio” (mero contacto físico con la cosa), y la “ablatio”, que anticipaban la protección de la propiedad a un instante previo a la disponibilidad.

Como establece Muñoz Clares afirma que, “Conviene, sin embargo, matizar que si la illatio supone la efectiva incorporación de la cosa al patrimonio del sujeto activo, la forma en

³³ De Vicente Martínez, R. (2010). *Los delitos de Robo*. Barcelona: Bosch, p.98

que la jurisprudencia se adscribe a tal doctrina es limitada en el sentido de que el carácter meramente hipotético de tal incorporación, la fugacidad incluso de ese momento en que se puede disponer libremente de la cosa, darán lugar a la consumación del delito de robo, por más que con posterioridad a tal posibilidad de disposición hipotética el autor sea detenido tras momentánea interrupción de la persecución.”³⁴

Para que se lleve a cabo la consumación es necesario que se produzca el apoderamiento en los términos de la disponibilidad, y que ésta haya tenido como causa la violencia o intimidación llevada a cabo sobre el sujeto pasivo.

Si el robo se produce con intimidación y el sujeto pasivo no se ha sentido amenazado o cohibido por la amenaza realizada pero finalmente se ha producido el apoderamiento (a pesar de no existir vinculación entre la acción y la intimidación) estaremos ante un concurso de leyes entre hurto (o robo con fuerza) y amenazas y tentativa de robo con intimidación a resolver de acuerdo con los criterios del artículo 8 CP. Entiendo que esto se produce porque no considero que la amenaza haya surtido el efecto perseguido por tanto no ha sido idónea para conseguirlo y no estaríamos ante este delito de robo.

No obstante, el robo con violencia o intimidación, debe coexistir con el ánimo de lucro, debe darse el dolo respecto a la propia violencia o intimidación en cuestión llevada a cabo para su realización.

Con respecto a este delito, la consumación del mismo y la de un eventual delito de lesiones, homicidio o amenazas, caminan por separado. Podemos imaginar distintas situaciones:

- Un robo violento en grado de tentativa en concurso con un posible delito contra la vida o la integridad física en grado de tentativa. En este caso bastaría con que el autor no haya logrado disponer de la cosa mueble ajena ni atentar contra la vida o la integridad física de la víctima.
- Un robo violento consumado en concurso con un delito contra la vida o la integridad física consumado, cuando el autor logra la disponibilidad de la cosa mueble ajena y atentar contra la vida o la integridad física de la víctima.

³⁴ Muñoz Clares, J. (2003). *El robo con violencia o intimidación*, Murcia: Tirant lo Blanch.

- Un robo violento en grado de tentativa en concurso con un delito contra la vida o la integridad física consumado, cuando sujeto activo no logra la disponibilidad de la cosa mueble ajena , pero sin embargo si logra consumir el delito contra la vida o la integridad física de la víctima.
- Un robo violento consumado en concurso con un delito contra la vida o la integridad física en grado de tentativa, cuando el sujeto activo logra la disponibilidad de la cosa mueble ajena pero no atenta contra la vida o la integridad física del sujeto pasivo.

3.3.3. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN: TENTATIVA

En cuanto al ámbito de la tentativa, es imaginable un robo violento en grado de tentativa en concurso con un posible delito consumado de lesiones, pues para eso basta con que el autor no haya logrado el apoderamiento de la cosa mueble.

Así lo manifiesta Muñoz Conde “Cabe la tentativa cuando el apoderamiento patrimonial no se ha consumado, aunque se haya empleado la violencia o intimidación y ésta haya dado lugar a un homicidio o a un delito de lesiones, que entrarán en concurso con el robo en grado de tentativa. La consumación del robo con violencia o intimidación requiere, pues, igual que en el hurto o robo con fuerza en las cosas, el apoderamiento de la cosa mueble ajena y su disponibilidad.”³⁵

Puesto que el mencionado anteriormente art. 16.1 del Código penal, distingue los supuestos según el autor haya practicado “*todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado*”³⁶, cabe la distinción entre tentativa acabada e inacabada de robo, que se corresponden con las antiguas figuras de la tentativa y la frustración.

Estaremos ante tentativa acabada, si el sujeto activo ejerce violencia o intimidación sobre el sujeto pasivo, mantiene contacto físico con la cosa (contrectatio) con el ánimo de apropiársela y hasta la desplaza del lugar en el que se encontraba (ablatio) pero sin llegar a escapar de la persecución del titular o de un tercero, es decir, sin alcanzar la disponibilidad.

Por el contrario, mínima jurisprudencia y obsoleta como STS de 28 de noviembre de 1986, establece que si el autor llega a desplazar físicamente la cosa, estaremos en fase de

³⁵ Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho Penal (Parte Especial)*, 18ª Edición, Valencia: Tirant lo Blanch, p.408.

³⁶ Véase la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm.281, de 24 de Noviembre).

tentativa acabada y la consumación dependerá de que el sujeto activo haya sido perseguido o no ininterrumpidamente.

La STS 28 de noviembre de 1986, de Ponente Vivas Marzal, establece la distinción entre perseguir y seguir en la distancia. En efecto, dice, *“seguir a distancia” no es lo mismo que perseguir y que, por lo tanto, si, un empleado del Banco, saliendo al exterior, logró que otra persona le facilitase una motocicleta y, con ella, siguió, a distancia, a los atracadores, observando y espiando su comportamiento posterior a la iniciación de la fuga, como ello no hubiera determinado, por sí solo, la captura y aprehensión de los culpables sin solución de continuidad, hay que estimar que tampoco, esa circunstancia, obstó a la disponibilidad de lo sustraído y a la consumación del robo...”*

Encontramos el fundamento de la distinción en que la persecución permitiese la *“captura y aprehensión de los culpables sin solución de continuidad”*. El ponente Vivas Marzal, muestra una consumación del robo que no depende de la disponibilidad sino de que la persecución permita o no la detención de los culpables.

En otro sentido, el ponente Delgado García en la STS de 4 de noviembre de 1998, establece que la consumación se lleva a cabo *“cuando el autor ha podido gozar, aunque fuera brevemente, de la disponibilidad del objeto sustraído: si se produce la detención del sujeto en el mismo lugar del robo o fuera de dicho lugar tras una persecución ininterrumpida, el hecho delictivo queda en grado de tentativa.”*

La disponibilidad de la cosa versa sobre el tiempo en el que se posee ilícitamente la misma y la utilización como arma contra quienes, tras producirse una persecución, pretenden su detención. Al poseer la cosa hasta ese momento, estamos ante disponibilidad.

En cuanto al desistimiento, mientras siga en pie el “iter criminis” cabe que el sujeto activo desista, pero si estamos ante una tentativa acabada sólo cabe la evitación de la consumación por la vía de no llegar a la “illatio” o capacidad de disposición de la cosa, que no es sino otra forma de expresar la realidad desistimiento.

Por consiguiente, en el caso de tentativa irreal, donde el medio empleado sea inadecuado para producir el resultado típico, el hecho debe ser impune por no poder cumplirse los requisitos objetivos del tipo. Ej., el caso de una persona que intenta intimidar a otra con una pistola de agua.

Otro asunto es el de la tentativa inidónea y el delito. La tentativa inidónea consiste en que se desencadena un mecanismo causal que finalmente no es adecuado para alcanzar el fin perseguido, mientras que el delito imposible, se produce cuando no se produce el resultado por la inexistencia del objeto material, siendo los medios adecuados. No podemos imaginar una tentativa inidónea ni un delito imposible con respecto al delito de robo.

4. CONCLUSIONES FINALES

Este Trabajo de Fin de Grado versa sobre el momento consumativo en el delito de hurto y de robo y en las formas imperfectas en la ejecución del mismo.

Con respecto a los delitos de hurto y de robo con fuerza en las cosas encontramos varias teorías para determinar la consumación de los mismos: tenemos “mera contrectatio o aprehensión” : que consiste en que queda consumado cuando hay contacto con el objeto, cuando se toca, “Ablatio”: No basta con cogerla, sino hay que sacarla de la esfera de control del dueño., “Locupletatio”: No basta con realizar la aprehensión de la cosa y sacarla del control del dueño, sino que tengo que usar el objeto sustraído, en este caso hablamos de perfeccionamiento y por último la “Illatio”: En este caso cojo la cosa, la saco fuera del control del dueño y obtengo una disponibilidad aunque sea mínima.

La teoría que apoya la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia es la de la disponibilidad. Esta teoría se basa en la disponibilidad por parte del sujeto activo sobre la cosa mueble ajena. En base a esta posición intermedia, que la situamos entre la “illatio” y la “locupletatio” (según estemos ante una disponibilidad mínima o completa) la consumación en los delitos de hurto y de robo con fuerza en las cosas se produce cuando se tiene la disponibilidad de la cosa mueble, no siendo una facultad real y auténtica sino la posibilidad de disponer. Esta posibilidad de disponer surge cuando sobre la cosa mueble podemos ejercer cualquier acto de dominio; entre esos actos, encontramos los siguientes:

- Basta con que esa disponibilidad se lleve a cabo solo sobre una parte de lo sustraído.
- Además que dure un solo instante, sea fugaz, o breve.
- El autor no hace falta que llegue ha aprovecharse, la consumación se mantiene aunque no se agote y aunque se sorprenda al mismo instantes después a su disposición.
- Debe existir un poder de hacer, fuera del control de su dueño.

Por tanto, para la consumación no importa el tiempo que medie entre la sustracción y la captura del sujeto activo, ya que basta sólo con la disponibilidad momentánea o de breve duración.

En lo que importa a la tentativa en el delito de hurto y robo con fuerza en las cosas y debido a que estamos ante un delito de resultado, no existe inconvenientes teóricos para que estemos ante una tentativa acabada o inacabada. Sin embargo a veces resulta difícil diferenciar la tentativa acabada de la consumación, sobre todo en los supuestos de fuga y ocultación en algunas teorías. Por ejemplo en la persecución, pueden plantearse dos hipótesis; si ésta es inmediata al apoderamiento, de modo que se impide al sujeto activo disponer de la cosa, habrá tentativa. En cambio, si la persecución no es inmediata o queda interrumpida en alguna fase del delito, estará consumado ya que según la teoría de la disponibilidad (aunque sea mínima de la cosa mueble), el delito estará consumado (como opina la mayor parte de la doctrina).

Otra parte de la jurisprudencia, sitúa un límite entre tentativa y consumación, esto es, la disponibilidad, en la visualización, de forma que si todavía se ve el objeto durante la persecución sería un caso de tentativa y cuando se pierde la visión ya estaría consumado el delito.

No obstante también estaríamos en el ámbito de la tentativa, en el supuesto en el que el sujeto es pillado in fraganti.

Además en los casos de ocultación, situamos el instante consumativo en el instante donde la cosa sale fuera del ámbito de custodia del propietario. No obstante, consideramos que existe tentativa cuando la cosa se oculta sin sacarla del ámbito de custodia del dueño ya que no tendríamos disponibilidad.

Con respecto a los delitos de robo con violencia e intimidación, para que se lleve a cabo esta es necesario que se realice dicho apoderamiento en los términos de la disponibilidad, y además que ésta haya tenido como causa la violencia o intimidación llevada a cabo sobre el sujeto pasivo.

Si el robo en cuestión se produce con intimidación y el sujeto pasivo no se ha sentido amenazado pero finalmente se ha realizado el apoderamiento estaríamos ante un concurso de leyes entre hurto (o robo con fuerza) y amenazas y tentativa de robo con intimidación a resolver de acuerdo con los criterios del artículo 8 CP.

La consumación de este delito y la de un eventual delito de homicidio, lesiones o amenazas, caminan por otro lado: Si estamos ante un robo violento en grado de tentativa en concurso con un hipotético delito contra la vida en grado de tentativa, bastaría con que el autor no haya logrado disponer de la cosa mueble ajena ni atentar contra la vida o la integridad física de la víctima; Por otro lado si estamos ante un robo violento consumado en concurso con un delito contra la vida o la integridad física consumado, se alcanza cuando el autor logra la disponibilidad de la cosa mueble ajena y atenta contra la vida o la integridad física de la víctima, entre otros casos.

Por tanto, cabe la tentativa cuando el apoderamiento de la cosa mueble no se haya consumado, aunque se haya empleado la violencia o intimidación y ésta haya dado lugar a un delito de lesiones o a un homicidio que entrarán en concurso con el robo en grado de tentativa. La consumación del delito de robo con violencia o intimidación necesita, al igual que en el hurto o robo con fuerza en las cosas, el apoderamiento de la cosa mueble ajena y por tanto su disponibilidad.

5. **BIBLIOGRAFÍA**

- Álvarez García, F.J. (2011), “Lección 3ª: Robo con Fuerza en las cosas” en Álvarez García, F.J. (Director); Manjón-Cabeza Olmeda, A., Ventura Püschel, A. (Coordinador), *Derecho Penal Español*, Valencia: Tirant lo Blanch, p.92.
- Andrés Domínguez, A.C. (2011) “Capítulo I. De los Hurtos.” en Gómez Tomillo, M. (Director), *Comentarios al Código Penal*, (2ª Edición), Valladolid: Lex Nova, p.918.
- Bajo Fernández, M. (1976), “Algunas consideraciones sobre protección jurídico-penal de la posesión” en *Revista de Derecho Público*, núm.64: Madrid.
- Carnevali Rodríguez, R. (2006) “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial” en *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales. Polít. Crim*, nº1, pp.1-17. Disponible online: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2344015>.
- Cobo del Rosal (2005), *Curso de Derecho Penal Español. Parte especial I*, Dykinson: Madrid.
- Gallego Soler, J.I.(2011), “Tema 13: Delitos contra bienes jurídicos patrimoniales de apoderamiento” en Corcoy Bidasolo, M, (Directora); Bolea Bardon, C., Cardenal Montraveta,S., Gallego Soler, J.I., Gómez Martín, V., Santana Vega, D., Hortal Ibarra, J.C., Fernández Bautista, S., Carpió Briz, D., Besio Hernández,

M., Salvadori, I., (Autores), *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 417 y ss.

- García Arán, M. (2004). “Capítulo I: De los Hurtos” en Córdoba Roda, J., García Arán, M.: *Comentarios al Código Penal Parte Especial, Tomo I*. Madrid: Marcial Pons, p. 639.
- De Vicente Martínez, R. (1999). *El delito de Robo con Fuerza en las cosas*, Valencia: Tirant lo Blanch, p.32.
- De Vicente Martínez, R. (2011). *Los Delitos de Robo*. Barcelona: Bosch, p.50.
- Escrihuela Chumilla, F.J. (2011), “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico; El Hurto” en Escrihuela Chumilla, F.J. (Director), González-Trevijano, P (Presidente), Asencio Mellado, J.M, Banacloche Palao, J., Blanco-Morales Limones, P, Cayón Galiardo, A., Corral Martínez, J., Guerra Martín, G., Llamas Pombo, E., Lozano Cutanda, B., Martínez López-Muñiz, J.L., Pérez de los Cobos Orihuel, F., Silva Sánchez, J.M., Arnaldo Alcubilla, E. (2011), *Todo Penal*, Toledo: La Ley, pp. 838 y ss.
- González Rus, J.J.(2011), “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” en Morillas Cueva, L. (Coordinador), Del Rosal Blasco, B., González Rus, J.J., Peris Riera, J., Sáenz-Cantero Caparros, J., Olmedo Carmenete, M., Benítez Ortúzar, I., *Sistema de Derecho Penal Español*, Madrid: Dykinson, pp.415-460.
- Goyena Huerta, J. Arroyo de las Heras, A, Muñoz Cuesta, J. (1998), *El Hurto, el Robo y Robo de Uso de Vehículos*, Pamplona, Aranzadi, pp.58-60.
- Lascurain Sánchez, J.A. “Título XIII: Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” en Lascurain Sánchez, J.A., Mendoza Buergo, B. Rodríguez Mourullo, G. (2004), *Código Penal*, Madrid: Thomson Civitas, p. 1305.
- Llobet Angli, Mariona(2011), en la *Sección primera del Capítulo 30*, en Lefebvre, F., *Memento Práctico Penal*, Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, p.946.
- Luque Martín, J.P. (1996), “El delito de robo con fuerza en las cosas: su configuración” en *Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n°5, La Ley, pp.1413-1418.
- Mestre Delgado, E. (2011), “Tema 13. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” en Lamarca Pérez, C., *Derecho Penal. Parte Especial, 6ª Edición*, Madrid: Colex, p.267.

- Muñoz Clares, J. (2003), *El robo con violencia e intimidación*, Murcia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2010), *Derecho Penal (Parte Especial)*, 18ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, pp.378-413.
- Queralt Jiménez, J. (2010), *Derecho Penal Español*, 6ª Edición, Barcelona, Atelier (Libros Jurídicos).
- Quintero Olivares, G. (Dir.) Valle Muñiz (Coord.) (1996) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona: Aranzadi, p. 297.
- Quintero Olivares, G.(2011), “Capítulo I: De los Hurtos” en Quintero Olivares, G. (Dir.) Morales Prats, F. (coordinador), *Comentarios a la parte especial de Derecho Penal*, 9ª Edición, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pp.618 y ss.
- Robledo Villar, A. (1997), *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, Comentarios a los artículos 234 al 289 del nuevo Código Penal*, Barcelona, Bosch.
- Serrano Butragueño, I.J. (1993), *Los robos con violencia o intimidación en las personas*, Tecnos: Madrid.
- Silva Sánchez, J.M. (2002), *Los Delitos de Robo: Comentarios a la Jurisprudencia*, Madrid, Marcial Pons.
- Valencia Martínez, J.E. (1993) “El momento consumativo del Hurto” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº3, pp-775-782.

6. **LEGISLACIÓN:**

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm.281, de 24 de Noviembre).

7. **JURISPRUDENCIA CITADA**

7.1. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO:

- TS 5 de Diciembre 08
- TS. Sentencia núm. 712/2006 de 3 de Julio.
- TS. Sentencia núm. 1436/2005 de 1 de Diciembre.
- TS. Sentencia núm. 1122/2003 de 8 de Agosto.
- TS. Sentencia núm. 1150/2003 de 19 de Septiembre.
- TS. Sentencia núm. 1502/2003 de 14 Noviembre.
- TS. Sentencia núm. 955/2002 de 24 de Mayo.
- TS. Sentencia núm. 2530/2001 de 18 de Abril.

- TS. Sentencia núm. 802/2001 de 3 de Mayo.
- TS. Sentencia núm. 861/2001 de 14 de Mayo.
- TS Sentencia núm. 2530/2001 de 18 Abril.
- TS Sentencia núm. 696/2001 de 20 Abril.
- TS. Sentencia núm. 1555/2001 de 10 de Septiembre.
- TS. Sentencia núm. 1062/2000 de 9 Junio.
- TS. Sentencia núm. 1704/1999 de 24 de Enero.
- TS. Sentencia núm. 584/1999 de 26 de Abril.
- TS. Sentencia núm. 1999\5988 de 25 de Junio.
- TS. Sentencia núm. 1999/5431 de 10 de Junio.
- TS. Sentencia núm. 534/1997 de 22 de Abril.
- TS. Sentencia núm. 1989, 6177 de 11 Julio.
- TS. Sentencia núm. 1988, 1621 de 11 Marzo.
- TS Sentencia núm. 1985\981 de 20 Febrero.
- TS Sentencia 13 De Junio de 1985.
- TS Sentencia de 17 Diciembre de 1984.
- TS Sentencia núm. 1984\1162 de 23 Febrero.

7.2.JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA:

- TSJ de Andalucía, Granada. Sentencia núm. 23/2003 de 6 Junio.

7.3.JURISPRUDENCIA DE AUDIENCIAS PROVINCIALES:

- AP de Jaén. Sentencia núm. 92/2012 de 24 Abril.
- AP de Madrid. Sentencia núm. 102/2011 de 10 Marzo.
- AP de Alicante. Sentencia núm. 177/2010 de 26 de Febrero.
- AP de Vizcaya. Sentencia núm. 733/2009 de 8 de Julio.
- AP de Madrid Sentencia núm. 303/2009 de 30 de Junio.
- AP. de Madrid. Sentencia núm. 511/2007 de 16 julio.
- AP de Madrid. Sentencia núm. 354/2001 de 17 Septiembre.
- AP de Segovia. Sentencia núm. 1/1997 de 16 de Enero.
- AP de Madrid. Sentencia núm. 300/1997 de 3 de Julio.
- AP de Segovia. Sentencia núm. 196/1994 de 8 de febrero.