

ROBO CON VIOLENCIA. DETENCIÓN ILEGAL. ALLANAMIENTO DE MORADA

Ángel Muñoz Marín

Fiscal (Fiscalía General del Estado)

EXTRACTO

Compatibilidad del uso de armas o instrumentos peligrosos con una menor entidad de la violencia o intimidación en el delito de robo con violencia o intimidación. Para la existencia del delito de allanamiento de morada no se exige la presencia de un dolo específico, sino que basta el dolo genérico. El delito de detención ilegal es una consumación instantánea, ya que este se produce desde el mismo momento en que se produce la privación de la libertad deambulatoria del sujeto, bien mediante su detención o mediante el encierro; pero deben excluirse aquellas conductas que suponen una privación fugaz, efímera o momentánea que no tienen la intensidad suficiente para configurar el tipo.

Palabras claves: robo con violencia, detención ilegal, allanamiento de morada, régimen concursal y penas.

Fecha de entrada: 13-04-2014 / Fecha de aceptación: 14-04-2014

ENUNCIADO

Lucas, mayor de edad, y sin antecedentes penales computables, en compañía de otra persona no identificada, sobre las 22.00 horas aproximadamente del 20 marzo de 2013, cuando transitaba por la calle XX de la localidad de XX, se acercó a M.^a Luz, que se acababa de despedir de unas amigas, con la excusa de preguntarle por la ubicación de una calle, momento en que, tras colocarle una tijeras de grandes dimensiones en el costado, al tiempo que le decía que no pasaría nada si obedecía, le conminó a que le entregara cuanto de valor tuviera, apoderándose de un teléfono móvil valorado en 200 euros, unas gafas de sol valoradas en 75 euros, una cadena de oro valorada en 60 euros y 55 euros en efectivo. Apenas se alejó unos metros, hizo aparición en el lugar de los hechos un vehículo policial, alertado como consecuencia de una llamada anónima realizada por un vecino que observó los hechos desde su domicilio. Al detectar la presencia de los efectivos policiales, Lucas emprendió la huida, consiguiendo introducirse en el portal n.º X de la calle XX y, aprovechando que Jorge abría en ese momento la puerta de su domicilio para sacar la basura, le dio un fuerte empujón introduciéndolo en el mismo y penetrando él igualmente. En el domicilio se encontraba la madre de Jorge, de 80 años de edad; una vez en el interior exhibió nuevamente las tijeras, conminando a ambos inquilinos a que entraran en el cuarto de baño, se sentarán y guardaran silencio. Lucas permaneció en el domicilio durante una hora, hasta que estimó que los efectivos policiales se habían marchado, momento en que abandonó el lugar.

Cuestiones planteadas:

- Delitos cometidos por Lucas.
- Régimen concursal entre los tipos penales.
- Penas a imponer.

SOLUCIÓN

El relato de hechos nos describe en primer lugar el acto predatorio llevado a cabo por Lucas, el cual presenta algunas connotaciones interesantes de destacar. El delito de robo con violencia e intimidación se encuentra recogido en el **artículo 242 del Código Penal**, que en su ordinal pri-

mero describe el tipo básico al señalar que «el culpable de robo con violencia e intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que se realizase». No hay duda de que el hecho de exigir a M.^a Luz la entrega de determinados efectos colocándole unas tijeras en un costado colma las exigencias del tipo para su apreciación.

Por su parte, el **apartado tercero** del citado precepto contiene un tipo agravado: «Las penas señaladas en los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que les persiguieren». Estamos ante un verdadero tipo agravado que se fundamenta en el incremento del peligro que supone para la víctima el uso de tales instrumentos, a la par que resta capacidad defensiva a la misma; estamos ante una mayor antijuridicidad de la conducta desplegada por el sujeto activo del delito. En cuanto a los que se deben entender por «medios igualmente peligrosos», la praxis judicial viene entendiendo como tales aquellos que por su propia naturaleza o por la forma en que pueden ser manejados suponen un potencial riesgo para la integridad de las personas. Llegados a este punto es conveniente hacer una aclaración, ya que, cuando nos referimos a medios peligrosos, estamos explicitando que son instrumentos objetivamente peligrosos, no que la víctima los considere como tales desde su subjetiva apreciación, ya que si el útil empleado no disfruta para un observador imparcial tal peligrosidad, no puede ser apreciado. Por tanto, habrá de realizarse un aquilatamiento de las precisas características de configuración del medio para decidir sobre su potencial peligrosidad. En el caso que nos ocupa, se trata de una tijeras de grandes dimensiones, las cuales, no hay duda, pueden ser utilizadas como un arma blanca, y, por ende, susceptible de producir grandes daños en la integridad de una persona. La jurisprudencia viene considerando como tales aquellos que pueden ser utilizados, bien de forma contundente, bien de forma incisiva.

Finalmente, el **ordinar cuarto del artículo 242 del Código Penal** contempla un tipo privilegiado o atenuado, cuando establece: «En atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en los apartados anteriores». Estamos ante un precepto que supone atribuir una cierta facultad discrecional al órgano judicial para su apreciación. La pregunta natural que surge es la siguiente: ¿es compatible el uso de armas o medios peligrosos con una menor entidad de la violencia o intimidación utilizada? La jurisprudencia ha contestado de forma afirmativa, defendiendo la compatibilidad del uso de armas o instrumentos peligrosos con una menor entidad de la violencia o intimidación; sin embargo, en los casos en que el sujeto activo no se ha limitado a la mera exhibición del arma o instrumento, sino que se ha hecho un uso activo del mismo, colocándolo sobre el cuerpo de una persona y, con ello, incrementando de forma evidente el riesgo para la vida o integridad física, ha descartado la aplicación del tipo atenuado. A mayor abundamiento, el hecho de manifestar a M.^a Luisa que no sufriría daño alguno en caso de entregarle lo solicitado no supone una menor entidad de la intimidación ejercida, en tanto en cuanto mantiene las tijeras sobre el costado de la misma, con la clara amenaza de utilizar las mismas.

En resumen, el acto realizado sobre M.^a Luisa se puede tipificar como un delito de robo con violencia e intimidación del artículo 242.1 y 3 del Código Penal, castigado con una pena de prisión de tres años y seis meses a cinco años.

Una vez que Lucas consume el acto predatorio, y ante la presencia de efectivos policiales, se da a la fuga, consiguiendo introducirse dentro del portal de un inmueble y, aprovechando que Jorge abría la puerta para salir a tirar la basura, le da un fuerte empujón para volver a introducirle en la misma, penetrando aquel a continuación. El **artículo 202.1 del Código Penal** tipifica el delito de allanamiento de morada, con la siguiente redacción: «El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años». Resulta obvio que Lucas, al penetrar en el domicilio de Jorge, en contra de la voluntad de este, comete un delito de allanamiento de morada, si bien surge la duda de si existía el dolo específico de allanar la vivienda, ya que lo que pretendía Lucas era huir de la persecución policial. La praxis judicial afirma que para la existencia del delito de allanamiento de morada no se exige la presencia de un dolo específico, sino que basta el dolo genérico, y aun el eventual, ya que, con carácter general, es difícil que la intención del sujeto activo sea en exclusiva entrar en domicilio ajeno, sino que habitualmente lo hace guiado por otro u otros propósitos. El **ordinal segundo del artículo 202** del Código Penal describe el tipo agravado: «Si el hecho de ejecutarse con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses». ¿Concorre en el presente supuesto el tipo agravado? La solución a tal cuestión hay que buscarla en lo que se entienda por «violencia o intimidación»; en este caso se nos dice que Lucas, tras dar un fuerte empujón a Jorge, le introduce de nuevo en la vivienda, penetrando él a continuación. La violencia pues utilizada para entrar en el domicilio es el fuerte empujón que Lucas propina a Jorge; sin embargo, no hay que olvidar que la violencia o intimidación cuya existencia hay que valorar no es solo la ejercida para entrar en el domicilio, sino también para mantenerse en el mismo, y es aquí donde con mayor nitidez se nos manifiesta la conducta objetivamente intimidatoria de Lucas, ya que exhibe las tijeras, conminando tanto a Jorge como a su madre de 80 años a entrar en el cuarto de baño, sentarse y guardar silencio. Existe pues un delito de allanamiento de morada del artículo 202-1 y 2 del Código Penal, sancionado con pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.

A continuación, procede valorar la actividad desplegada por Lucas cuando conmina a Jorge y a su madre a entrar en el cuarto de baño, sentarse y guardar silencio, situación que se prolonga por espacio de una hora. El **artículo 163 del Código Penal** describe la conducta del delito de detención ilegal, estableciendo: «El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años». Nos encontramos ante un tipo delictivo cuya valoración presenta ciertas dificultades, puesto que, si bien es cierto que se considera como un delito de consumación instantánea, ya que esta se produce desde el mismo momento en que se produce la privación de la libertad deambulatoria del sujeto, bien mediante su detención o mediante el encierro, también es cierto que la jurisprudencia entiende que hay que excluir aquellas conductas que suponen una privación fugaz, efímera o momentánea que no tienen la intensidad suficiente para configurar el tipo, y que bien pudieran tener encaje el tipo de las coacciones, así como aquellas conductas que hayan de considerarse absorbidas por la comisión

simultánea de otro delito. El caso más frecuente es aquel en que para consumir el delito de robo con violencia o intimidación es necesaria una breve privación de libertad de movimientos en el sujeto pasivo; o bien en el caso de las agresiones sexuales. Sin duda, el supuesto más nebuloso aparece en los casos de robo con violencia e intimidación en el que la privación de libertad dura más del tiempo estrictamente necesario, pudiendo existir, dependiendo de las circunstancias del caso, un concurso real, un concurso ideal-medial o un concurso de normas; sin embargo, no es este el supuesto que nos concierne.

Continuando con el delito objeto de análisis, el **ordinal segundo del artículo 163** contempla un tipo atenuado al establecer que: «Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado». Como establece la **STS 928/2001, de 24 de mayo**, el fundamento de la atenuación del delito se ubica en el arrepentimiento del autor, cuando el hecho no haya alcanzado una gravedad extrema, y, por ello, el legislador ha exigido como requisito fundamental que el autor no haya conseguido la finalidad que se proponía con el acto de privación de libertad; por ello la **STS de 20 de octubre de 1989** afirmaba que la liberación carecerá de relevancia cuando la misma se produce una vez que el culpable alcanza el objeto que se ha propuesto. En el caso que nos ocupa, la detención de Jorge y de su madre se prolonga por espacio de una hora y, aunque es cierto que la liberación se puede considerar realizada por un acto voluntario de Lucas, que abandona el domicilio, lo cierto es que sí ha conseguido el objeto que se propuso, cual era el sustraerse a la persecución de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Por ello, hay que entender que no procede aplicar el tipo atenuado.

Finalmente, no hay que olvidar que no nos encontramos ante un único delito de detención ilegal, sino que existirán tantos como sujetos pasivos, esto es, personas privadas de libertad o encerradas hubiera, en este caso dos.

La siguiente cuestión a la que hemos de dar solución, una vez analizados los tipos delictivos cometidos por Lucas, esto es, un delito de robo con violencia e intimidación del artículo 242.1 y 3 del Código Penal, un delito de allanamiento de morada del artículo 202.1 y 2 del Código Penal, y dos delitos de detención ilegal del artículo 163.1 del mismo cuerpo legal, es el régimen concursal en que se encuentran entre ellos, lo que determinará la pena o penas a imponer. El primer delito, el robo con violencia o intimidación es, desde el punto de vista temporal y desde el punto de vista local, autónomo respecto de los otros dos delitos, ya que aquel se consuma con anterioridad y con independencia respecto de los otros. El problema surge respecto de los otros dos delitos que se cometen de forma consecutiva, llegando incluso a solaparse en su ejecución. El delito de allanamiento de morada se consuma una vez que Lucas irrumpe con violencia y se mantiene con intimidación en domicilio ajeno, mientras que el delito de detención ilegal, al ser, como ya adelantamos, un delito de consumación instantánea, se consuma desde el momento mismo de la privación de la libertad deambulatoria de los sujetos pasivos. Sin embargo, ahí cesan las similitudes entre ambos tipos, ya que se trata de delitos que protegen bienes jurídicos distintos –la libertad deambulatoria (art. 17 CE) y la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE)–, por tanto, el delito de allanamiento de morada en modo alguno puede considerarse como absorbido por el delito de

detención ilegal, por lo que hay que rechazar la existencia de un concurso de normas. Tampoco cabe hablar de un concurso ideal-medial entre ambos delitos, ya que no puede considerarse ninguno como medio necesario para la comisión del otro, por ello, nos encontramos ante un concurso real de delitos a sancionar conforme a lo establecido en el **artículo 73 del Código Penal**: «Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas».

En cuanto a las penas a imponer, por el delito del artículo 242.1 y 3 del Código Penal, la pena de prisión 3 años y seis meses, que es la mínima contemplada (el tipo básico contempla la pena de 2 a 5 años, y el ordinal tercero establece la pena en su mitad superior). Por el delito de allanamiento de morada del artículo 202.1 y 2 la pena de prisión de 1 año y seis meses de prisión y multa de 8 meses con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y por cada uno de los delitos de detención ilegal la pena de 4 años de prisión. Todas las penas de prisión llevarán aparejada la accesoria de inhabilitación especial para el derecho al sufragio pasivo por el tiempo de la condena, siendo de aplicación la limitación del **artículo 76 del Código Penal**; precepto que establece que el máximo de cumplimiento efectivo de la condena no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido. La pena más grave es la de 4 años, luego el máximo de cumplimiento será de 12 años, mientras que la suma aritmética sería de 13 años.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

LO 10/1995 (Código Penal), arts. 73, 75, 163, 202 y 242.

STS 928/2001, de 24 de mayo.

STS de 20 de octubre de 1989.