

José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO

Fiscal

• **ENUNCIADO:**

El día 22 de marzo de 1998, siendo las 3,00 h., aproximadamente, D. PHM, mayor de edad, nacido el 21 de septiembre de 1970, entraba en el local comercial -ya cerrado- «Pinturas MS», sito en la c/ de las Buganvillas de Zamora, y tras romper el cierre metálico de la puerta de acceso con un destornillador, con intención de procurarse un beneficio ilícito económico, sustrajo la cantidad de 250.000 ptas. en metálico.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

El caso práctico plantea la duda entre la existencia de un solo delito de robo con fuerza en las cosas, o el concurso entre ese delito y el de allanamiento de establecimiento público, cuando necesariamente ha de entrar el autor en el inmueble para ejecutar el hecho lucrativo ilícito:

- a) Principios penales que se aplican.
- b) Clase de concurso.
- c) Tipos delictivos que se plantean.

• **SOLUCIÓN:**

a) Aplicación del principio de consunción o absorción.

Si lo pretendido es averiguar qué clase de delito o delitos se han cometido, es decir, si la solución que la jurisprudencia da al supuesto planteado pasa necesariamente por estudiar los dos aparentes tipos legales infringidos por el autor (el robo y el allanamiento: al penetrar en el establecimiento comercial y apoderarse de bienes en metálico), lo correcto será analizar el artículo 8.º del Código Penal (CP) de 1995 que «contiene una cláusula definitoria de los principios que deben ser utilizados para resolver los supuestos de conflicto de leyes o concurso aparente» como el expuesto.

Con la entrada en vigor del CP de 1995, los primeros supuestos de esta naturaleza que se dilucidaban en los Juzgados o Audiencias Provinciales producían el equívoco del concurso medial entre ambas figuras jurídicas, llevado hasta el extremo de una calificación jurídica de delitos de robo en tentativa en concurso con el delito de allanamiento de establecimiento mercantil. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) aclaró la situación, aplicando la consunción penal del artículo 8.º, núme-

ro 3. De esta forma, el precepto más amplio ha de absorber las infracciones (el allanamiento) «consumidas» por el robo. Así se deduce porque la norma más amplia contempla el otro supuesto de hecho.

Entiéndase, entonces, cómo el elemento subjetivo del autor no está tanto en el allanamiento cuanto en la sustracción del dinero. Por ello, tan sólo se contemplará una «única dinámica comisiva», que tiene única razón de ser y coherencia en la realización del hecho. El Derecho Penal debe tener en cuenta también la verdadera voluntad del autor, su real intención, y aun cuando su conducta pueda infringir uno o varios preceptos del CP, las normas del artículo 8.º citado dan respuesta a los concursos de leyes que se pueden producir en la dinámica comisiva de la acción, en consonancia con lo realmente querido por el autor.

La absorción y la progresión delictivas están relacionadas como efecto-causa, de tal manera que, al entrar en el establecimiento público y consumir posteriormente el apoderamiento del dinero, ésta (la progresión) da paso a la aplicación del artículo 8.º, número 3 del CP («El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél»). El delito de menor rango punitivo (el del art. 203.1) cederá en favor del más grave (el robo con fuerza en las cosas de los arts. 237, 238.2.º y 240), para el que se asigna una pena en abstracto inicial de uno a tres años, siendo la del allanamiento de seis meses a un año y multa de seis a diez meses.

b) El concurso de leyes, real o ideal.

Como más arriba queda expuesto, el hecho de entrar en un establecimiento público, fuera de las horas de apertura, para la sustracción, implica una natural tendencia a considerar que hay dos delitos en concurso ideal o medial. Como en el supuesto planteado una única conducta genera la incardinación de la misma en diversos preceptos penales, la norma diversifica las soluciones penales con las teorías del concurso. Podría acudir a otras soluciones legales distintas de la absorción. De ahí que la jurisprudencia estudiara el principio de *lex specialis derogat legi generale* (art. 8.º 1.ª CP), o el *ubi maior, minor cesat* (art. 8.º 2.ª), o el de la alternatividad. No tuvo en cuenta, sin embargo, el concurso real, como es lógico, pues no se trata (el supuesto práctico) de dos o más comportamientos ilícitos con tipificación en otros tantos preceptos penales. La conducta claramente ofende a dos bienes jurídicos protegidos en la propiedad ajena; pero el juzgador ha acogido la modalidad de la absorción dentro del concurso ideal del artículo 77 del CP, por una sola conducta pluriofensiva. Y puesto que el artículo citado tiene dos acepciones, se aplicará la pena prevista para la infracción más grave, o la derivada de sancionar las conductas por separado (si lo anterior resultare más gravoso), por disposición de lo dado en llamarse «acumulación matemática de penas».

c) El robo con fuerza en las cosas y el allanamiento de morada o establecimiento público.

Habiendo llegado hasta este extremo del razonamiento, sólo nos queda tipificar legalmente el delito cometido. Concluimos, por tanto, en que se trata de un único delito de robo, pues la absorción se aplica al concurso medial o instrumental producido. Añadirle además el delito de allanamiento de establecimiento mercantil del artículo 203.1 del utilizado Código, por penetrar contra la voluntad

del dueño en su local, contravendría una ya pacífica jurisprudencia del TS. La rotura de la cerradura para entrar es un medio. Nuestro Alto Tribunal dice más: no habría otra forma de sustraer el dinero si no se penetra en el local en el que se encuentra. «Además, desde el plano subjetivo, no puede inferirse que el sujeto activo esté animado de un propósito de allanar ningún local comercial». Lo que verdaderamente pretende el actor es el apoderamiento (Sentencia de 7 de noviembre de 1997). Se tiene en cuenta el verdadero dolo del autor, que no es otro que el de «atentar contra la propiedad ajena» y no el de allanarla.

Ahora bien, dicho lo anterior, el TS también ha colegido un matiz importante en esta discusión: que el ataque a la privacidad no vaya más allá de lo que resulte ser propio al delito de robo. Es decir, cuando al robo en el establecimiento o en la morada ajena le acompañan otros elementos, que, por su especial significación jurídica, prolongan la actividad delictiva del autor al margen del mero ataque a la propiedad ajena (tanto por el tiempo de estancia en el lugar de los hechos, como porque se proyecte afectando a la intimidad o privacidad del titular del local o de la morada), podría producirse un concurso a resolver conforme a los criterios expuestos.

Acertadamente, calificaremos los hechos del supuesto práctico como constitutivos de un solo delito de robo con fuerza en las cosas de los artículos 237, 238.2.º y 240 del CP.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Código Penal, arts. 8.º, 77, 237, 238 y 240.**