

José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO

Fiscal

• **ENUNCIADO:**

L.J.T., ejecutoriamente condenado por Sentencias firmes de 12 de febrero de 1999, por un delito de utilización ilegítima de vehículo a motor ajeno, y de 15 de septiembre de 1999, por uno de robo, el 20 de junio de 1999, con intención deliberada de conseguir un beneficio ilícito de tipo económico, abordó a P.S.P., a quien solicitó imperativamente la entrega de la cartera. Éste, ante la amenaza que suponía la posible agresión anunciada por el delincuente, con expresiones verbales inequívocas y gestos físicos alusivos en tal sentido, procedió a hacer efectiva la entrega, advirtiéndole de que no llevaba más que una pequeña cantidad de dinero. Obtuvo así 850 ptas., pero al observar la existencia de tarjetas de crédito, reclamó del titular el número secreto, obligándole a dirigirse a un cajero próximo para la extracción de más dinero, reactivando su conminación con empujones que aceleraban el desplazamiento de P.S.P. y acentuaban su preocupación. P.S.P. proporcionó un número secreto falso. Al no conseguir así, al primer intento, su propósito, el acusado L.J.T. se acaloró, reforzando su intimidación con más expresiones verbales, subidas de tono, y empujones varios que dieron con el cuerpo de P.S.P. en el suelo. Ante lo cual y por miedo a males mayores accedió a darle el número secreto adecuado, consiguiendo así la extracción máxima autorizada de 100.000 ptas. El responsable fue condenado a cinco años de prisión, por el art. 242.3, con apreciación de la reincidencia del art. 22.8.ª CP.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Especial análisis del artículo 242.3 del Código Penal (CP).
2. Principio de proporcionalidad de la pena.
3. Apreciación o no de la reincidencia del artículo 22.8.ª del CP.

• **SOLUCIÓN:**

1. La primera de las cuestiones del caso nos plantea la doctrina sobre la apreciación del tipo básico del artículo 242 del CP en los delitos de robo con violencia o intimidación, que hace aplicable o no el párrafo tercero en atención o no a la mayor o menor entidad de la intimidación o violencia ejercidas sobre el sujeto pasivo de la acción, permitiendo así, según sea el criterio adoptado, una atenuación del rigor punitiva, con la pena inferior en grado.

Diremos, por tanto, y como inicio que siendo ésta una facultad discrecional del juzgador, pudiera haberse apreciado el párrafo tercero, imponiendo una pena inferior comprendida entre uno y dos años, con la consideración de la reincidencia, si es que resulta correctamente aplicada (que no ha sido así, como luego veremos), no extrañando tal conclusión jurídica, por lo ya apuntado y que debe quedar claro desde el origen: la inmediación del Tribunal de instancia, fundamentando la decisión de imponer el párrafo primero y no el tercero, eliminando así la arbitrariedad del Tribunal y cuando se ha solicitado expresamente por la parte el párrafo tercero, es una facultad discrecional no revisable en casación. Además, como viene reiterando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), el párrafo tercero «es un medio para la individualización de la pena» en los delitos de robo con intimidación sobre las personas, que permite la consideración de todas las circunstancias del hecho, como medio atenuatorio según la menor entidad de la intimidación o violencia ejercidas, facultando libremente al Tribunal la valoración de las concurrentes. Tiene un doble aspecto: de un lado la graduación de la intensidad del ataque, admitiendo compatibilidad con el apartado segundo del artículo 242, con lo cual, incluso, partiendo del margen punitivo de la mitad superior (en el supuesto de que L.J.T. hubiere empleado armas o medios peligrosos en la ejecución del hecho) y hacia atrás, es decir, en disminución de un grado, le sería aplicable el párrafo tercero; de otro la consideración de la cuantía del perjuicio patrimonial «irrogado» (como valoración de «las restantes circunstancias del hecho» -léase el párr. tercero-), al tratarse de un tipo penal pluriofensivo, pues actúa frente a la persona y la propiedad.

Dicho cuanto antecede, analizando la conducta de L.J.T., de conminación continuada, aumentando progresivamente el tono intimidatorio y físico, con diversos empujones, cabe concluir en que, si la norma penal y procesal proporciona al juzgador discrecionalidad absoluta dentro de los márgenes punitivos, la fundamentación de la misma, algo obligado por expresa aplicación del artículo 66.1.^ª del CP (entre otros muchos), y el no despreciable montante económico obtenido por L.J.T., da argumentos más que suficientes para la no aplicación del tipo atenuado del párrafo tercero del artículo 242 del CP. Y esa fundamentación excluyente impediría, además, la revisión en casación por lo ya indicado y por la inmediación, si no resulta el razonamiento impropio o injustificado.

2. Relacionado con la cuestión debatida y resuelta en el número anterior, está la que ahora iniciamos: la proporcionalidad de la pena. Se impone el máximo legalmente admisible, es decir, cinco años; ¿podría revisarse en casación, invocando la proporcionalidad de la pena o el hecho? Obsérvese que de momento no cuestionamos la apreciación de la agravante de reincidencia, por lo cual, aceptada, nos movemos dentro del margen legal de dos a cinco años, y dentro de éste, en su mitad superior, por aplicación del artículo 66.3.^ª. La pena se individualiza con arreglo «al injusto culpable del caso concreto» respetando los límites legales establecidos. La pena atiende a fines de prevención especial y general. La pena se motiva con arreglo a criterios doctrinales científicos (los menos) y jurisprudenciales (los más). Es decir, la individualización de la pena no tiene parámetros fijos sino criterios varios de actuación legal que ponen de manifiesto las diversas sentencias. De ahí que el único riesgo revisable sea el de la arbitrariedad de su imposición que no respete la legalidad. Y por lo que a la proporcionalidad se refiere, podría admitirse que sólo «relativamente puede invocarse» dentro de dicho margen punitivo, pues los Jueces tienen la libertad de aplicar la pena, razonándolo en la sentencia. Todo deriva, por tanto, de consolidado principio de fundamentación o motivación de las sentencias, propio de un Estado de derecho que respeta los derechos fundamentales y, en concreto, el de la libertad en juego. A L.J.T. se le ha condenado, razonándolo la sentencia, a cinco

años; como quiera que la ley lo permite, la valoración de la sentencia es ajustada a derecho. Se le aprecia la reincidencia; pero, además, y aun excluida ésta (indicamos tal posibilidad, pues el último apartado de este caso práctico cuestiona la reincidencia y la elimina por las razones que se expondrán), como quiera que la regla 1.ª del artículo 66 permite la valoración de todas las circunstancias concurrentes y la mayor o menor gravedad del hecho, los cinco años respetarían el margen penal del artículo 242.1.º podrían ser mantenidos por la sentencia.

3. El supuesto fáctico contempla la apreciación de la agravante de reincidencia que, ¡vaya por delante!, vamos a destruir en este apartado. La agravante de reincidencia tiene su regulación legal inmediata en el artículo 22.8.ª del CP con las connotaciones jurídicas de que el «culpable haya sido ejecutoriamente condenado por un delito comprendido en el mismo Título de este código, siempre que sea de la misma naturaleza». Partimos de los siguientes datos: «ejecutoriamente condenado por sentencias firmes de 12 de febrero de 1999, por un delito de utilización ilegítima de vehículo a motor ajeno y de 15 de septiembre de 1999 por uno de robo»; y la fecha de los hechos cometidos por L.J.T. contra P.S.P.: «el 20 de junio de 1999».

Obsérvese que la segunda condena de L.J.T. tiene fecha posterior a los hechos cometidos contra P.S.P. (éstos, 20 de junio de 1999; aquéllos, con fecha de Sentencia de 15 de septiembre de 1999); por tanto, la firmeza de la Sentencia de septiembre siempre será posterior al robo de junio (el del caso práctico). No será computable, pues el artículo 22.8.ª reclama para el condenado y para la apreciación de la reincidencia que haya sido condenado, ejecutoriamente condenado, con anterioridad al delito presente que se juzga. No habría tampoco que atender al criterio de que, ante la inexistencia de fechas de extinción de la condena, el cómputo se realiza siguiendo la de la firmeza. En cualquier caso, ambos criterios nos llevarían a plazos posteriores al 20 de junio de 1999.

Donde plantea más problemas la apreciación de la reincidencia es en la otra condena. El 12 de febrero de 1999, L.J.T. resulta condenado por un delito de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, con las connotaciones típicas del delito del CP de 1973. Digamos aquí, en principio, que ya las fechas nos permiten hacer el estudio de la reincidencia porque son inequívocamente anteriores y porque, bien sea por el cumplimiento de condena (si la tuviéramos), bien por la de la firmeza de la sentencia (que la tenemos), los plazos se computan conforme se especifica en el artículo 136 del CP, admitiéndose la posibilidad de que no hayan transcurrido, dando cabida a la agravante del 22.8.ª. Este estudio nos servirá también para apreciarla o no en supuestos similares, cuando la condena anterior sea por un delito de robo de uso del actual artículo 244 del CP. De tal suerte que sabremos si hay homogeneidad entre el robo e intimidación y el robo de uso, a los efectos de apreciarlos o no de la misma naturaleza, pues no se puede cuestionar que ambos se incluyen en el mismo Título del Texto Penal, el XIII, del Libro II.

La disposición transitoria séptima del CP de 1995 establece: «a los efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código aquellos delitos previstos en el cuerpo legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico». Advirtiendo el Acuerdo de la Sala del TS de 6 de octubre de 2000, reinterpretando esta disposición, por la evidencia de que su aplicación está más prevista para el derecho transitorio que no para el estudio de la naturaleza jurídica de ambos delitos a efectos de la reincidencia en los momentos actuales, no obstante, como el caso práctico significa un supuesto de condena previa por el extinguido delito de utilización ilegítima de vehículos a motor, invocamos lo

entonces considerado por la jurisprudencia sobre el particular, dejando para el final el posicionamiento actual sobre estos dos delitos (robo de uso y robo con violencia o intimidación). La jurisprudencia entiende inaplicable la reincidencia porque, aun participando del mismo Título y de una naturaleza jurídica genéricamente considerada como parecida, singularmente analizados ambos delitos, hoy, el CP proporciona al robo de uso «una extensión menor» de la que tenía el antiguo 516 *bis* del Código de 1973, por no contemplarse en la actualidad toda utilización de lo ajeno como parte del tipo, sino la sustracción material del vehículo, que da la autoría. Como quiera entonces que la condena por el anterior delito de utilización ilegítima de vehículo a motor de 12 de febrero de 1999 no explica la participación de L.J.T. en aquel delito, pues sólo tenemos la fecha de la firmeza, convendremos en cierto parecido o semejanza con la regulación del robo de uso actual (art. 244), pero ignorando cómo se realizó el hecho y, por tanto, el modo del ataque al bien jurídico; ignorancia que evita hacer extensible al robo con intimidación actual el delito anterior a efectos de reincidencia. Pero si ésta era la postura sostenida por lo dispuesto en la transitoria indicada, ahora, tras el Acuerdo del TS de 6 de octubre de 2000 se aplica la doctrina de aplicar la reincidencia entre el robo con violencia e intimidación y robo con fuerza en las cosas, «al ser de la misma naturaleza, siempre que concurren los demás elementos necesarios para su apreciación». En conclusión, si el supuesto plantea una apropiación definitiva del dinero (en el robo) y la utilización del vehículo un uso temporal (o hurto de uso; no robo de uso), la naturaleza jurídica, pudiendo tener semejanzas, no supone una identidad suficiente para mantener la reincidencia; reincidencia que también decae por el desconocimiento del modo de comisión de hecho o de la lesión al bien jurídico por L.J.T. en la utilización del vehículo a motor ajeno.

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

- SSTC 65/1986, 132/1999 y 136/1999.
- SSTS de 11 de diciembre de 1997, 21 de marzo de 1998, 14 de mayo de 1999 y 10 de febrero, 22 y 25 de mayo y 19 de septiembre de 2000.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 22.8.^a, 136, 242 y 244 y disp. trans. séptima.
- Código Penal de 1973, art. 516 bis.