

José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO

Fiscal

• **ENUNCIADO:**

*Pedro Alcántara Suances y Victoria Davinia González, mayores de edad y sin antecedentes penales computables, el 25 de febrero de 1990 se dirigieron al domicilio de la calle Camba Riofrío, número 15, de Santander. Como quiera que Victoria había trabajado recientemente en esa casa, al llamar y tras abrir la puerta una de las moradoras, penetró con toda facilidad, amparada en la confianza que generaba su persona. Ya en el interior de la vivienda, ambos dos procedieron a amordazar a la primera persona y a otra de las que allí se encontraban. Exhibiendo dos cuchillos de considerables proporciones las ataron a dos sillas, con el insano propósito de poder actuar sin interrupciones, a fin de sustraer con más facilidad, durante un tiempo aproximado de media hora, que fue el empleado en registrar el interior de la vivienda, hasta apoderarse de objetos con un valor tasado de 28.532 euros. Se alejaron del lugar, no sin antes desatar a las personas. Ambos autores de los hechos padecen una dependencia a sustancias estupefacientes media, que altera o disminuye levemente sus facultades volitivas y cognitivas.*

*La Sentencia que dicta la Sala de la Audiencia, de fecha 17 de diciembre de 2000, es de condena de Pedro y Victoria por delito de robo con intimidación, con el tipo agravado de empleo de armas, y toma de rehenes, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad de agravante de morada y la atenuante analógica de drogadicción. Con aplicación del CP de 1973, por entenderlo más favorable al reo. Se aplica el artículo 501.4.º de ese Código. Decide imponer la pena de 10 años y un día de prisión mayor.*

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. ¿Es correcta la pena impuesta por la Sala? ¿Es correcta la tipificación por el Código Penal (CP) de 1973? En caso de variar la tipificación, ¿cuál sería la adecuada?, ¿qué CP es más beneficioso?, ¿el de 1973, ya derogado, o el de 1995, vigente?

• **SOLUCIÓN:**

1. Resolveremos todas estas cuestiones sucesivamente en el mismo apartado, por la inequívoca relación existente entre todas ellas:

Lo primero que llama la atención es la tipificación con arreglo al CP de 1973 de robo con intimidación y toma de rehenes del artículo 501.4.º. Parece evidente que puesto que el margen punitivo del

entonces texto penal era de prisión mayor (y por tanto de seis años y un día a 12 años), la pena definitiva a imponer, teniendo en cuenta la concurrencia de atenuante y agravante (de drogas y morada), oscilará racionalmente en cualquiera de los grados que comprende la extensión total de la pena (antiguo art. 61.3.º). El Tribunal Supremo (TS) entendía en estos casos que la graduación no se hacía arbitrariamente por los Tribunales de Justicia, sino que se debían estudiar por éstos las circunstancias concurrentes, a fin de valorar con arreglo a criterios, más cualitativos que cuantitativos, la pena a imponer dentro de los márgenes indicados (SSTS de 10 de diciembre de 1981, 15 de septiembre de 1986, 29 de abril y 16 de julio de 1987). Sería, por tanto, viable la imposición de la pena que sugiere el caso, de 10 años y un día de prisión mayor. Se deduce que tras una exposición razonada de la sentencia (pues el caso contrario la haría susceptible de casación, por falta de motivación) la Sala ha decidido imponerla en el grado máximo del antiguo CP de 1973 (desde 10 años y un día hasta 12).

Obsérvese cómo los hechos se han tipificado como robo con rehenes del artículo 501.4.º del CP de 1973, y téngase en cuenta asimismo que con arreglo a esta tipificación se colige por la Sala que resulta más beneficioso para el reo la aplicación del Código de 1973 en lugar del actual de 1995 vigente. Veamos: según los hechos, que han de considerarse probados, se entra en un domicilio y durante el plazo de media hora permanecen dos personas atadas a unas sillas, convenientemente amordazadas, previa la exhibición de un cuchillo de considerables proporciones; y durante este tiempo los penados registran la casa, se hacen con el botín y huyen del lugar, tras haber soltado a las personas. La sentencia ha contemplado que la inmovilización en las sillas obedece al único propósito de poder robar con más facilidad, sin interrupciones de ningún tipo que pudieran provenir de posibles reacciones defensivas de las víctimas.

Es comúnmente admitido por la jurisprudencia del TS que la acción de encerrar o detener a una persona puede obedecer a un hecho autónomo e independiente o ser un añadido a otra acción delictiva, o simplemente consecuencia de otra acción delictiva. Es decir, la conducta punible de los sentenciados, según cómo sea entendida, abarcará dos acciones independientes (robar o privar de la libertad deambulatoria, mediante la detención), o bien una (la de robar) ayudada o coadyuvada por la otra que se apoya en la principal absorbente (la detención en las sillas). En este tipo de delitos contra el patrimonio se puede entender que la privación de libertad queda absorbida por el robo, pues la finalidad principal de la acción delictiva es el robo, y el hecho de atar a una persona no tiene entidad suficiente como independizar la detención del robo. Pero para entender esta interpretación y llegar, en su caso, a la conclusión de que la Sala ha calificado mal, hay que tener en cuenta otros factores. Cuando la acción de la privación de libertad va más allá de lo estrictamente necesario para conseguir el fin primordial pretendido (el robo) y como dice la jurisprudencia «se proyecta en el tiempo indefinidamente», sucede que habrá un concurso real entre el robo y la detención (se admite pacíficamente, por ejemplo, que el encierro temporal a fin de facilitar la huida sea absorbido por el robo). Parece aplicable al caso, por tanto, tal interpretación cuando en un período de tiempo importante, dilatado o indefinido, se produce la privación de libertad (SSTS de 11 de febrero y 11 de septiembre de 1999; 9 de febrero de 2001 y 27 de febrero de 2002). Ahora bien, queda reflejado el tiempo de media hora y también se señala en el caso cómo la privación de libertad se produce a los solos efectos de facilitar la comisión del robo sin interrupciones de ningún tipo. Cabe entender que no hay «proyección indefinida de privación de libertad», pues además no pretende facilitar la huida. En su consecuencia, sí puede decirse que la calificación final de la Sala es excesiva, pues la detención debe subsumirse en el robo.

Si excluimos la toma de rehenes con arreglo al Código de 1973, del artículo 501.4.º, posiblemente no nos quedaría otra tipificación que la del artículo 501.5.º. Sería un robo con intimidación tal cual. Ahora bien, el artículo citado más atrás (el 506) en su último párrafo indicaba: «Cuando concurra la circunstancia primera del párrafo anterior, junto con la segunda, la tercera o la cuarta, podrán aplicarse las penas superiores en grado». Cabe también la prisión mayor, porque el empleo de los cuchillos, la casa habitada, etc., así lo hacen aconsejable.

En conclusión: bien sea por la vía del artículo 501.4.º, bien por el 501.5.º (con todas las connotaciones indicadas) la pena, en ambos casos, podría imponerse en prisión menor. Sí puede revisarse el grado de imposición, pues entendida ya la inexistencia de concurso real con la detención o con el complejo delito de robo con rehenes, la concurrencia de atenuantes de drogadicción, con la agravante de morada, podría ayudar al grado mínimo o medio de la pena, dentro de los márgenes punitivos ya aludidos al principio.

El lector atento habrá observado que el nuevo CP permitiría tipificar los hechos en los artículos 237 y 242.1 y 2, con la concurrencia de la atenuante analógica de drogadicción, del artículo 21.6.ª; y todo en relación con el artículo 66, que ubica la pena no por debajo de la mitad inferior. Pues bien, la pena (una vez calculada con el nuevo CP) no bajaría de 75 meses, o lo que es lo mismo, de seis años y tres meses; y siendo que el antiguo CP permite, como ha quedado dicho, la imposición de una pena en el grado mínimo de prisión mayor (de seis años y un día), ese grado mínimo es más beneficioso para los reos, pues el artículo 61.3 del texto de 1973 así lo admite.

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

- **Código Penal de 1973, arts. 501.4.º y 5.º y 506.**
- **Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.6.ª, 237 y 242.1 y 2.**