

José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO

Fiscal

• **ENUNCIADO:**

El 26 de febrero de 1999, Luis P.C. era condenado, con sentencia firme, por un delito de robo con fuerza en las cosas, a la pena de un año de prisión, conforme al tipo penal de los arts. 237, 238.1.ª y 240 del CP; y el 23 de marzo de 2000, se hizo acompañar de otras dos personas, para, en la carnicería de la calle Tomillo de Guadalajara, tras exhibir un cuchillo de considerables proporciones y proferir reiterativamente frases conminatorias, apoderarse de 323 euros, procedentes de la recaudación que D.ª Julia G.T. (de 69 años de edad) tenía guardada en la caja registradora. Dictada la sentencia, el Tribunal decide imponer por el delito de robo con violencia e intimidación cometido, la pena de tres años de prisión, con especial aplicación de los párrafos 2.º (empleo del cuchillo) y 3.º (sobre la valoración de las circunstancias concurrentes), del artículo 242 del CP.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Existencia o no de reincidencia entre el delito de robo con fuerza y el de violencia e intimidación.
2. Aplicación de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 242 del Código Penal (CP).
3. Individualización de la pena. Diversos criterios.
4. Concurrencia de la agravante genérica de reincidencia.

• **SOLUCIÓN:**

1. Haremos en el primer estudio una aclaración jurídica definitiva: no hay identidad de naturaleza jurídica entre el delito de robo ordinario (tanto en lo que se refiere a la violencia e intimidación como en lo relativo a la fuerza en las cosas) y el robo de uso o hurto de uso de vehículo a motor. Quizás la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 8 de julio de 1998, en su fundamento tercero, permitía llegar a la deducción contraria, provocando el equívoco, circunstancia que, conjuntamente con lo que se va a exponer durante el razonamiento subsiguiente, en definitiva, resuelve un planteamiento tan desafortunado. Y así, fijada la cuestión, el estudio de la existencia o no de reincidencia entre el delito cometido con el cuchillo y el objeto de condena por Sentencia de 26 de febrero de 1999, se centra en el análisis de las identidades jurídicas, por virtud de lo mantenido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 9/1997 y el Acuerdo en pleno de la Sala Segunda del TS de 6 de octubre de 2002, con el fin de aceptar la validez de la reincidencia, aplicándose (en el caso

práctico que se plantea) la agravante del artículo 22.8.^a, no así entre el robo ordinario y el hurto de uso de vehículos a motor.

La condena firme por Sentencia de 26 de febrero de 1999 y el delito cometido el 23 de marzo de 2000 indican un plazo no superior al establecido en el artículo 136.2.2.º del CP. Es decir, sabemos que el delito por el cual fue condenado es de los considerados como «menos graves» [art. 33.3 a)]. Se requiere, a los efectos de la cancelación de los antecedentes penales y de la no apreciación de la reincidencia que antes del transcurso de tres años no vuelva a delinquir. El nuevo delito lo comete el 23 de marzo de 2002, y si se considera el robo con violencia e intimidación como de la misma naturaleza, el plazo quedará claramente comprendido para la apreciación de la reincidencia del artículo 22.8.^a.

Ya la STS de 16 de febrero de 2000 admitió la similitud de identidades jurídicas; pero las más recientes de 15 y 28 de septiembre y 5 de noviembre de 2001 (entre otras) reafirman la coincidencia con los argumentos que se exponen:

A) Hay una definición conjunta de ambos delitos en el mismo precepto 237, obteniéndose así en la doctrina el mismo *nomen iuris*. Se les dedica el mismo Capítulo II del Título XIII.

B) Ambos delitos lesionan el mismo bien jurídico: el patrimonio, quedando otros (tales como la libertad o seguridad) en un segundo término, son menos trascendentes en la protección que el tipo les dispensa.

C) La acción en ambos delitos presenta analogías, pues se produce un desplazamiento patrimonial y un apoderamiento por el sujeto activo.

D) En el robo con fuerza y en el violento ha de vencerse una resistencia, bien del dispositivo de seguridad en el primero, bien derivada de la oposición de la víctima en el segundo.

2 y 3. Aclarado para el supuesto fáctico que el delito tendrá la reincidencia, ésta influye necesariamente en las dos siguientes cuestiones que se resuelven conjuntamente al tratarse de: la individualización de la pena y la aplicación excepcional de los párrafos segundo y tercero del artículo 242 del CP, con sus diversas opciones o posibilidades legales.

Los artículos de referencia para resolver la cuestión son: 22.8.^a, 66.1.^a y 3.^a, 70, 242.2 y 3, todos del CP.

Parece lógico tipificar conforme al párrafo segundo del artículo 242, pues la utilización de un cuchillo de considerables proporciones no deja duda al respecto. En consecuencia la pena básica partiría de los dos años (hasta cinco, según el tipo del 242.1) y esta agravación específica nos aumentaría la pena en el margen de la mitad superior; es decir, desde los 42 meses hasta los 60 (hágase el cálculo matemático). Diríamos también que la agravante de reincidencia nos delimitaría la pena entre la mitad superior de esa mitad superior (de 42 a 60 meses). Aplicamos el artículo 66.3.^a y procederemos, en consecuencia, a hallar la mitad superior, definitiva y resultante, de la mitad superior base (de 42 a 60 meses). Por tanto, la pena definitiva se concretaría entre 51 y 60 meses.

Tal punición sería aceptable siempre y cuando sólo tuviéramos en cuenta el artículo 242.2; pero si entra en juego la circunstancia atenuatoria especial del párrafo 3.º, el resultado sería diferente.

La pena impuesta por el Tribunal es de tres años. Sería un error conforme a los criterios expuestos anteriormente; pero también sería inadecuada si apreciáramos el párrafo tercero. Veamos. La compatibilidad entre ambos párrafos debe ser interpretada desde la pena básica del robo con intimidación (de dos a cinco años). Sobre ella se impone la rebaja de un grado. Conforme se indica en el

artículo 70.2, bajar un grado significa partir de la cifra mínima (dos años) y deducir la mitad de la cuantía, constituyendo el resultado de la deducción el límite mínimo. La pena se concretará necesariamente, conforme a lo indicado, entre el año y los dos años. Y ahora se le aplica lo dicho anteriormente: la mitad superior (de 18 meses a 24), por disposición del párrafo 2.º del artículo 242; y dentro de esa mitad superior, se efectuará otra mitad superior (de 21 a 24 meses), por el artículo 66.3.ª.

Como quiera que existe una gran diferencia entre la pena primera (de 51 a 60 meses) y la segunda (de 21 a 24 meses), procederé a indicar los criterios jurisprudenciales que atemperan la penalidad en función de la gravedad del hecho. Se dice que la compatibilidad es excepcional, que la disminución de la pena está en función del injusto menor (deducido de la menor violencia ejercida, del número de atacantes, del lugar en el cual se produce el robo, por el valor de lo sustraído, por la edad de la víctima, y cualesquiera otras circunstancias que «desaten una menor antijuridicidad o menor culpabilidad»). (SSTS de 2 de octubre de 1999 y 18 de abril de 2000 y Acuerdo de la Sala del TS de 27 de febrero de 1998, sobre la compatibilidad entre los párrs. 2.º y 3.º del art. 242 del CP).

4. Y si no concurriera la agravante genérica de reincidencia, el artículo 66.1, que permite imponer la pena en función de las circunstancias indicadas o de la mayor o menor gravedad, razonándolo adecuadamente en la sentencia, ese artículo permitiría, en el presente caso, sancionar el robo con violencia con una pena superior a los 18, sin necesidad del juego del artículo 66.3.ª (el cual expresamente impone la mitad superior, entre 18 y 24), por el criterio de la «extensión que se estime conveniente» (del 66.2.ª), por la sencilla razón de la búsqueda de la pena adecuada a la justicia material. Si excesiva es una pena de 51 a 60 meses, inadecuada por defecto sería otra de 13, por ejemplo, por aplicación de la compatibilidad entre el segundo y el tercero de los párrafos del artículo 242 del CP, atendida la edad de la víctima y que se baja un grado desde la pena base (de dos a cinco) y no tras la aplicación de la agravante específica del 242.2.

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

- **Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 22.8.ª, 66.1.ª y 3.ª, 70 y 242.2 y 3.**