

Los delitos en especie

Glosa al «Tratado» de Quintano Ripollés (*)

Infracciones patrimoniales (I)

FERNANDO DIAZ PALOS

De las Carreras Judicial y Fiscal.

SUMARIO: 1. Sistemática de las infracciones patrimoniales en general. 2. Derecho histórico y comparado.—3. Criminología de la delincuencia patrimonial.—4. Infracciones de apoderamiento lucrativo. Generalidades: a) Apoderamiento. b) Ajenidad de la cosa. c) Animo de lucro. d) Excusa absolutoria. 5. El hurto como delito básico: a) Estructura y dinámica del hurto propio. b) El grado de ejecución. c) Acciones distintas y delito continuado.—6. Hurtos impropios: El apoderamiento de cosa perdida.—7. Los daños lucrativos.—8. Hurtos de posesión y de uso.—9. La punibilidad en el hurto y los hurtos privilegiados.—10. Los hurtos cualificados: *Sacrilego*. *Doméstico* o *con abuso de confianza*. Cualificado por la doble reincidencia.—11. El robo en general: Cualificativas (porte de armas, casa habitada, edificio público, asalto). Tipologías marginales.—12. El robo violento: a) La violencia y la intimidación. b) La extorsión o robo documental: Cuestión sobre su naturaleza. c) Consumación y coparticipación.—13. Robo con homicidio: a) Naturaleza jurídica. b) Pluralidad de homicidios. c) ¿Muerte u homicidio? d) Las circunstancias. e) Conclusión crítica.—14. Otros robos violentos: a) Robo acompañado de violación. b) Con mutilación o lesiones. c) El rescate o secuestro. d) La gravedad manifiestamente innecesaria.—15. Robo con fuerza en las cosas. Generalidades: Problemas de tipicidad, culpabilidad (dolo), penalidad, grados de ejecución y de participación, y circunstancias.—16. La fractura.—17. El escalamiento.—18. Las llaves falsas.

1. SISTEMÁTICA DE LAS INFRACCIONES PATRIMONIALES EN GENERAL

Los tomos II y III del magno *Tratado* de QUINTANO RIPOLLÉS están consagrados a las *Infracciones patrimoniales* con una primera división sistemática de las mismas que marca el contenido de ambos

* Creemos que el mejor modo de adherirnos al homenaje tributado por el ANUARIO DE DERECHO PENAL al maestro QUINTANO está en proseguir el estudio de su obra científica, una vez que ya en su momento, exaltamos su memoria como discípulos, colegas y amigos (Vid. nuestra necrológica, don Antonio Quintano Ripollés, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2 [abril-junio] 1967, páginas 388 y ss.). El presente estudio viene así a continuar el que emprendimos al ver la luz el *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*. Tomo I: *Infracciones contra las personas* y que, con el mismo título que encabeza éste, publicamos en *Revista Jurídica de Cataluña*, octubre-diciembre de 1965.

volúmenes, a saber, las que entrañan apoderamiento lucrativo y las que no comportan tal lucro, bien por recaer sobre el propio patrimonio, bien por implicar móvil distinto, como sucede, conforme a la clásica nomenclatura carrariana, con las infracciones patrimoniales dañosas. A este segundo grupo se añaden las reguladas en leyes especiales, sin duda, por pura razón residual, ya que su heterogeneidad impide su fijación junto a las especies comunes.

El relativismo de tal sistemática es confesado por el autor, que sólo pretende fines de mera exposición didáctica. Por lo demás, QUINTANO se acoge, muy prudentemente, a una combinación de métodos expositivos, de modo que, dentro del mencionado esquema, tiene en cuenta, ya las clasificaciones modales que atienden a la contraposición de *violencia* y *fraude*, ya las clasificaciones objetivo-materiales que, atendiendo al bien sobre el que recae la infracción, se fijan en su naturaleza mueble o inmueble, ya las de corte teleológico que recogen preferentemente el móvil y el propósito final de la acción: enriquecimiento propio o empobrecimiento ajeno.

De tal sincretismo metodológico resultan los siguientes grupos:

1.º *Infracciones de apoderamiento lucrativo*: a) *De dinámica material sobre cosas muebles*: de mero apoderamiento (hurto), con violencia o *versus ad personam* (robo), con fuerza o *versus ad rem* (robo). b) *De dinámica fraudulenta*: estafas y apropiación indebida. c) *Sobre patrimonios especiales*: usurpación de inmuebles; fluidos.

2.º *Infracciones de uso abusivo del propio patrimonio*: a) *Crediticias de insolvencia* (alzamiento, quiebras, concursos). b) *Negociaciones ilícitas*: maquinaciones sobre precios, usura, encubrimiento lucrativo, juegos ilícitos.

3.º *Infracciones de menoscabo patrimonial*: daños en cosa ajena, en cosa pública, en cosa propia, incendios y estragos.

4.º *Infracciones reguladas en leyes especiales*: a) *De índole ideal* (derecho de autor, propiedad industrial). b) *De índole material* (caza, pesca fluvial y marítima, montes, patrimonio artístico). c) *De Derecho penal especial*: Militar, Marina. Contrabando y defraudación. Derecho penal tributario.

El autor justifica la exclusión del *chantaje* que, como ya vimos al estudiar las infracciones contra las personas (1), trata entre los delitos contra la libertad por entender —aparte la razón dogmática de hacerlo así nuestro Código— que prima el valor de coacción psicológica sobre el puramente patrimonial que con aquél se entremezcla en la figura. Por contra, justifica la inclusión aquí del *robo con homicidio* y demás delitos complejos de violencia personal y atentado patrimonial que incluye el Código español entre los delitos contra la propiedad, en los que es decisivo el propósito inicial de robo, de modo que su ausencia deshace el complejo. En fin, la inclusión de los *juegos ilícitos*, se hace

(1) QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*. Tomo I: *Infracciones contra las personas*, págs. 924 y ss. Edit. Rev. Der. Privado, Madrid, 1962.

tanto por razones de utilidad expositiva como de propia naturaleza, toda vez que se trata de una de tantas actividades sobre el propio patrimonio que el legislador ha creído oportuno penalizar.

Como se verá, nuestro comentario y glosa se limita en este segundo estudio a las infracciones de apoderamiento lucrativo y, aun dentro de éstas, a las de dinámica material, esto es el hurto y el robo, siquiera la frecuencia de su comisión dentro de los atentados patrimoniales, justifique sobradamente la importancia y atención que les dedica el autor de la obra y, en consecuencia, nosotros. Les precede, a modo de introducción, un haz de cuestiones comunes a toda la delincuencia patrimonial.

2. DERECHO HISTÓRICO Y COMPARADO

Antes de entrar en el estudio particular de cada especie delictiva, QUINTANO dedica sendos capítulos a generalidades históricas y comparatistas, no menos que a la dimensión criminológica de la delincuencia patrimonial. También nos advierte sobre la relativa autonomía que los conceptos de patrimonio, cosas y derechos adoptan en los tipos penales respecto de sus correlativos civiles, de modo que, en cada caso, habrá que decidir si cada uno de tales términos se emplea en su estricto sentido técnico-civilista o no. Por lo demás, la exigencia de valor económico en lo penal condiciona el concepto de cosa, ya esté o no fuera del comercio. La discordancia entre el valor material y el representado (títulos valores) puede suscitar arduos problemas, tanto respecto a la calificación de la conducta, como al concurso de delitos y a la cuantía del apoderamiento que tanto juega en lo penal. En el particular caso de la sustracción de billetes de Lotería, QUINTANO acoge la solución de RODRÍGUEZ DEVESA (2), que ya hubimos de apoyar nosotros antes de ahora (3), de considerar el hurto por el valor facial del billete, con estafa subsiguiente por el valor del premio, si se intentó hacer efectivo dicho premio suplantando al legítimo titular.

La delincuencia patrimonial siempre ha ocupado lugar muy destacado en la escala de valores a proteger, de modo que, *históricamente*, ha superado no pocas veces la protección debida a la propia vida. Como un residuo de arcaísmo es preciso contemplar, pues, el excesivo rigor en la represión de tal delincuencia. Como signo de retroceso histórico es también la discriminación de bienes, con privilegio para los públicos o comunitarios, que se advierte en algunas legislaciones actuales, del mismo modo que en el antiguo Oriente, dado el sentido teocrático y monocrático de la ley, se acordó una excepcional protección a los patrimonios sacros y regios.

(2) RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *El hurto propio*, Madrid, 1946, página 127.

(3) DÍAZ PALOS, Fernando, en nota a *Delitos y penas en los Estados Unidos* de Th. BERLÍN STUCHINER, L. B., versión española, Barcelona, Bosch, 1959, pág. 104-105.

Innovaciones interesantes son las establecidas por el Derecho helénico al introducir los criterios del valor de lo sustraído, del tiempo y del lugar en que acaeció el hecho y que han pasado a ordenamientos ulteriores más progresivos.

El Derecho romano sistematiza estas ideas: la voz *furtum* tiene un sentido genérico y de ella se van desprendiendo paulatinamente las concretas y especiales figuras: *sacrilegium*, *peculatus*, *abigeatus*, *stellionatus*, *rapinna*..., que constituyen el legado romano al mundo medieval. De progenie romana son también las nociones descriptivas del acto (*contrectatio*, *remotio*, etc.), como romana es la excusa absolutoria en favor de las infracciones patrimoniales entre cónyuges. La caída del Imperio trae un explicable recrudescimiento de los delitos patrimoniales a compás del culto a la fuerza practicado por los bárbaros. Ello vendría a explicar la severidad que va ganando a las legislaciones medievales para reprimir tales despojos patrimoniales, aunque, paralelamente, subsistan con ellas sistemas de lenidad basados en la composición pecuniaria conservados por fidelidad a las fuentes germánicas primitivas.

Típicamente medieval es la institución del *tertium furtum*, versión abusiva del *latro famosus* romano, según el P. PEREDA, y que luego había de servir de base a la noción del delito continuado, a fin de evitar el rigor de la pena capital que comportaba (4). También medieval, pero de origen eclesiástico, es la incriminación de la usura y la figura privilegiada del “hurto famélico”.

El romanismo está igualmente latente en el Derecho español medieval con sus diversas nomenclaturas, al lado de los “pechos” o “enmiendas” de sabor germánico. Mérito insigne de las Partidas —dice nuestro autor— fue el de haber precisado, con mayor rigor que ningún otro ordenamiento precedente, las modalidades más típicas de la estafa, que denomina “engaños”. Contrasta con este progreso del código alfonsino la bárbara rudeza de los fueros locales, igualmente reflejada en las fuentes jurisprudenciales o *fazañas* y en la literatura misma. El rigor no decrece con el Renacimiento, como si el valor de lo crematístico fuera acrecentado con el despertar burgués. Esta progresión histórica culmina entre nosotros con la famosa pragmática de Felipe IV, en 1663, y que continúa con la de Felipe V de 1734.

Es en las vísperas de la Codificación cuando se empieza a puntualizar, comenzando por la distinción entre hurto y robo que MARCOS GUTIÉRREZ hace ver (5), si bien se reserva esta última calificación para el practicado con violencia en las personas, pero no para el de fuerza en las cosas. La ambivalencia de las dos especies del robo, se implanta con el primer Código de 1822. No tan plausible fue la introducción por este cuerpo legal de las escalas de cuantías para fijar

(4) PEREDA, P. Julián, *Famosus latro*, en “Anuario de Derecho penal”, 1962, pág. 5 y ss.

(5) GUTIÉRREZ, José Marcos, *Práctica Criminal de España*, Madrid, 1806, III, pág. 81.

la pena, que ya no se abandonan en los posteriores, cuando no se exacerban como en el texto vigente.

El *Derecho comparado* nos ofrece variedad de sistemas, comenzando por el de la nominación de estos delitos que, en la agrupación francesa, lo son de "Contra la propiedad" frente a la más correcta y moderna de "Contra el patrimonio" de la sistemática italo-suiza, aparte otras expresiones nuevas como la de "Contra los bienes" (Polonia, Etiopía) o de "Infracciones lucrativas" (Dinamarca), sin que falten los que prescinden de la denominación común (Alemania, como más típico).

También varía el *nomen iuris* de las figuras o su respectivo alcance, lo que da lugar no pocas veces a traducciones erróneas en materias no sólo de interés científico sino práctico, como la extradición. Sirvan de ejemplo el *Diebstahl* alemán o el *vol* francés que en modo alguno pueden equipararse al hurto o robo españoles, ya que la voz alemana abarca también el robo con fuerza en las cosas y la francesa incluye los hurtos sin violencia ni fuerza. Y es que las dos modalidades de robo son una peculiaridad hispánica, como lo es la tipología mixta de robo con homicidio.

De la misma manera, es oscilante el ámbito de la estafa en Derecho comparado. Es de los más dilatados el del Código español y los de su inmediato influjo, no obstante haberse segregado de su seno la apropiación indebida en la reforma de 1944, a ejemplo de Italia y Alemania. El mismo influjo foráneo ha traído al campo patrimonial el encubrimiento lucrativo o receptación como delito autónomo. En cambio, la progenie francesa se echa de ver en las figuras de alteración del precio de las cosas, así como en la regulación de la quiebra punible definida en el Código de comercio y sancionada en el penal, sistema binario nada recomendable y que no ha encontrado eco fuera del ámbito hispano-francés. La usura ha pasado por grandes altibajos en su castigo, desde las graves sanciones en el antiguo régimen a toda forma usuraria, a la plena licitud con el advenimiento liberal. Hoy se adopta una postura intermedia, de modo que sólo se incriminan determinadas morfologías, como el abuso de la necesidad o de la inexperiencia ajenas (Códigos italiano y alemán), o bien se combinan tales supuestos con los de habitualidad y encubrimiento de la actividad usuraria, conforme a la modalidad hispánica. En fin, la inclusión del incendio y, sobre todo, de los estragos, es minoritaria, reservándose tales infracciones, con criterio más correcto, para las de riesgo o daño común. No así los daños, que se consideran unánimemente como delincuencia patrimonial, si bien la incriminación culposa de los mismos puede decirse que sólo se conoce prácticamente en el sistema español.

Los sistemas anglo-americanos, no hay que decirlo, tienen características propias, dada la pervivencia del *Common Law* en no pocos aspectos, de modo que el *Statute Law* no alcanza la plenitud y eficacia codificadora que la Ley penal tiene en Europa continental y demás países. Así, las dificultades para traducir a nuestra mentalidad jurídica las nociones y conceptos anglo-sajones suben de punto, comenzando

por el tipo básico del *Lacerny* que solo aproximativamente puede valer por hurto, ya que tiene un sentido genérico de apoderamiento lucrativo, del que vienen a ser especies agravadas el *Robbery*, equivalente a nuestro robo con violencia en las personas, y el *Burglary* o robo con fuerza en las cosas, que a su vez se agrava si media nocturnidad o sacrilegio. Otras especies son el apoderamiento mediante engaño o *false pretenses*, el chantaje o *Blackmail* y, por último, la *Embezzlement* o apropiación indebida, desconocida por el *Common Law*. Contrapuesto al apoderamiento lucrativo está el *Malicious Damage* o daño doloso. En Estados Unidos encontramos alguna característica propia, como la posibilidad de sustracción de títulos de crédito (*choses in action*), el hurto de cosa común, notablemente por parte de socios en perjuicio del capital social, y las falsedades lucrativas (*Forgeries*) (6).

Los sistemas socialistas, contra lo que pudiera esperarse, no dejan de consignar modalidades delictivas de cuño patrimonial, de modo que tanto el Código ruso, como los de los demás países de Europa oriental, conservan los catálogos tradicionales de tales infracciones. Ello trata de explicarse por los juristas soviéticos, porque la colectivización en esta fase del comunismo sólo alcanza a los medios de producción, pero no a los bienes de consumo. En consecuencia, la diversificación entre propiedad pública y privada es marcada y la consiguiente protección penal a una y otra es también muy distinta: de máximo rigor en la primera y mínima en la segunda. Por lo demás, esta economía colectiva o dirigida constituye la *ratio essendi* de estos regímenes, de modo que el ataque a la misma lleva implícita una motivación política de crimen contrarrevolucionario, lo que explica la severidad de su castigo, así como la aplicación de la pena de muerte al tráfico ilegal de divisas, aun en tiempo de paz. El mismo rigor se observa en las malversaciones y otros atentados a la economía pública. Aparte esta motivación política, destaca el enjuiciamiento de los pequeños hurtos, cometidos en las fábricas, por "Tribunales de Camaradas" y para delincuentes primarios, descargando así a la jurisdicción ordinaria y evitando los males de las penas cortas de prisión. También es singular la agravación basada en la indigencia de la víctima o en la sustracción de cosas necesarias para el sustento, originalidad no absoluta pues que la vemos ya recogida en el Código español de 1822. Vemos, finalmente, una figura intermedia entre el hurto y el robo violento (el *pillaje*) constituida por la sustracción llevada a cabo por bandas organizadas que pongan en peligro la vida o salud de la víctima, o bien que ocasione a ésta un perjuicio importante, alusión única que se hace en Derecho soviético a la cuantía del perjuicio como base del tipo de la pena. Un tratamiento legal parecido merece la delincuencia patrimonial de las llamadas democracias populares. Es de tener en cuenta la proliferación de leyes especiales en la materia. De entre tales ordenamientos sobresale, por su técnica, el checoslovaco de 1950.

(6) STUCHNER-DÍAZ PALOS, cit. ant., pág. 91 a 93.

3. CRIMINOLOGÍA DE LA DELINCUENCIA PATRIMONIAL

La criminología de la delincuencia patrimonial no hay que decir que ofrece no pocos perfiles propios, comenzando por lo relativo que es colocar el lombrosiano sentimiento de probidad en la base de estos delitos, dada la crisis por la que pasó el derecho de propiedad, al menos privada, de modo que la odiosidad del ataque patrimonial se centra más que en la ofensa de un abstracto y unitario derecho de dominio, en las distintas especies de propiedad atacadas. Tampoco puede darse un valor absoluto a la miseria como factor criminógeno, pues, si bien juega en la pequeña delincuencia de este tipo, nada tiene que ver con otras formas de criminalidad pecuniaria, las cuales crecen no obstante el paralelo aumento del nivel de vida. Vemos por ejemplo en Bélgica, donde ha sido prácticamente eliminada la miseria, que el hurto y el robo siguen ocupando la cifra más elevada de la estadística criminal. Y es que los robos a mano armada, como las grandes estafas, más bien florecen en climas de prosperidad y dispendio. En la estadística española de los últimos años, llama la atención el descenso de robos con violencia que antaño fue una de las más típicas características de la delincuencia en nuestro país. Con todo, el delito de signo económico sigue en España figurando a la cabeza, con notoria proclividad a la reincidencia.

La variedad criminológica de las infracciones contra el patrimonio se resisten a una clasificación como no sea la jurídica, por artificiosa que parezca. Así, las especies más frecuentes, dentro de las de ámbito lucrativo, son las de apoderamiento *subrepticio, astuto y violento*. Las de estructura formal y circunstancial como la alteración de precios, usura o juegos ilícitos, carecen de resonancia criminológica, lo mismo que las ajenas a la idea de lucro como los daños.

Comenzando por los apoderamientos subrepticios. QUINTANO cree que la diversificación de Derecho español entre hurto común y robo con fuerza en las cosas no responde a una verdadera caracterización criminológica (7), ya que el segundo sólo representa un *plus* respecto del primero. En cambio, el robo violento ya implica un *aliud* respecto al tomar clandestino que lo emparenta con la criminalidad de sangre. El que fue profesor de Madrid, se fija más en el dato psicológico que en la técnica de ejecución, un tanto episódica. Y aquel dato revela una neta contraposición entre el hurto (y su asimilado el robo *versus ad rem*) y el robo con violencia o intimidación, deslinde fundado en el temor a enfrentarse personalmente con el robado, presente en el primero y ausente en el segundo. En esto QUINTANO refuerza la postura de ALTAVILLA (8), de que la violencia sólo importa psicoló-

(7) En contra Von HENTIG, Hans, *Estudios de Psicología Criminal*, I: *Hurto—Robo con fuerza en las cosas—Robo con violencia o intimidación*, traducción castellana, prólogo y notas de José María RODRÍGUEZ DEVESA, Madrid, Espasa-Calpe, S. A., 1960, págs. 109 y ss. Este autor separa el robo con fuerza en las cosas del hurto, ya que aquél reclama técnica propia.

(8) ALTAVILLA, Enrico, *La dinámica del delito*, II, Bogotá, 1962, pág. 395.

gicamente en cuanto se proyecta sobre las personas; referida a las cosas es mera modalidad de ejecución. Por lo demás, este primer grupo contiene multitud de variedades típicas en lo criminológico, sobresaliendo las de *ocasionalidad* y *habitualidad*. Dentro de la ocasionalidad distingue nuestro autor —en puro plano psicológico, ajeno al jurídico— una de corte *personal*, opuesta al *real*. La primera, se conecta con la necesidad económica de cada persona en un momento dado. La segunda, con la situación propicia al apoderamiento, en que al aumentar las facilidades de comisión, disminuye la peligrosidad del agente, observación criminológica que está en desacuerdo con la técnica jurídica que, a veces, otorga mayor gravedad penal a casos en que la tentación es también mayor, como en ciertas situaciones de hurto doméstico o con abuso de confianza. Por nuestra parte, hemos de observar que, en cambio, existe un mayor paralelismo y adecuación en los planos criminológico y legislativo, en el supuesto de delito continuado, basado esencialmente en la unidad de ocasión propicia, de modo que los códigos que lo regulan, como el italiano, imponen una penalidad intermedia entre la suma total de penas singulares y la imponible a una sola de las infracciones (según el artículo 81, párr. último, de dicho Código, se impone el triplo de la más grave), con lo que se traduce más fielmente, en el plano de lo culpable, aquella verdadera situación psicológica. Casos de ocasionalidad real son los de apoderamiento de cosas halladas, que nada tienen que ver con el hurto propio, aunque nuestra técnica legislativa así lo entienda en contraste con el común sentir.

La delincuencia habitual y profesional ofrece subido interés y variadas facetas (vagabundos, gitanos, descuideros, mecheras, gamberros...). La variedad de *modi delictorum* es infinita, desde el hurto en almacenes al perpetrado por bibliófilos o *bibliopiratas*, que vienen a constituir una curiosa modalidad de delincuencia pasional en lo patrimonial, pasando por carteristas, ratas de hotel, topistas, etc.

La delincuencia patrimonial astuta pone no pocas veces a contribución la actividad “colaboradora” de la víctima, o se alía con la falsedad documental. También en ocasiones se extiende, de modo inquietante, a actos penalmente ilícitos de agio y granjería poblado esa zona-límite e indecisa de lo admisible y de lo reprochable, lo que en lenguaje común suele decirse “bordear el Código”. El sutil hilo de la astucia emparenta conductas variadísimas “desde la gitana que embauca echando la buenaventura —dice nuestro autor— al banquero que amaña una quiebra” (II, pág. 99). Esto no quiere decir que la colaboración de la víctima exija siempre la condición amoral de ésta, de modo que no sea posible la estafa a hombres íntegramente honrados. En este punto QUINTANO sí que está de acuerdo con VON HENTIG frente a la opinión de SUTHERLAND y otros criminólogos americanos (9). Así lo demuestra la defraudación que ex-

(9) VON HENTIG, *La estafa*, en *Estudios de Psicología Criminal*, cit. ant., 1960, pág. 36.

plota los sentimientos de piedad o religiosos. Por lo demás, la falta de escrúpulos éticos que suele concurrir en estafador y estafado, explicaría, a juicio del profesor español, la falta de remordimientos propio de esta delincuencia, al sentirse en un plano de igualdad moral con la víctima o “primo”, sin necesidad de acudir, como hace GUARNERI, a taras morbosas, generalmente psicopáticas. Ello sin contar con la satisfacción que engendra en el estafador, saberse poseedor de sus peculiares dotes, a veces casi geniales, como en el caso de Stavinski o en el español de D.^a Baldomera.

La menor progresión de la estafa, respecto al hurto, en la estadística española, obedece a variados factores que, en buena parte, hacen permanecer la actividad defraudadora en la penumbra o zona negra de impunidad, no siendo el menor de ellos el riesgo que para el perjudicado supone el operar en la clandestinidad propia del moderno intervencionismo económico, el cual propicia también los supuestos de tráfico de influencia. No es frecuente, en cambio, en España, la defraudación de alto vuelo (“caballeros de industria”, tahures de importancia, “estafadores matrimoniales”), pues, el mayor contingente de este tipo de delincuencia astuta, lo siguen aportando las clásicas formas de timo popular, del “entierro”, de la “estampita”, de la “lotería”, etc.

La delincuencia patrimonial violenta se halla en la cumbre de lo criminológico, no menos que de lo jurídico, dadas las graves penas a ella conminadas, sobre todo para el robo homicida. En la bipolaridad propia de la misma —ataque patrimonial y atentado personal— debe, sin embargo, prevalecer el propósito lucrativo, coincidiendo aquí Criminología y Derecho, otras veces divorciados. Cuando la motivación patrimonial queda borrada por otras, el tipo criminológico del *ladrón* queda desplazado por el distinto de *asesino*. Más alejadas quedan aún, actividades como los asaltos de motivación político-social o de fisonomía fanática.

Lo decisivo en este tipo de delincuencia patrimonial es que el estímulo de codicia personal no sólo prevalece sobre el de probidad, sino sobre el sentimiento de piedad y respeto para la vida ajena y aun propia, cuando de satisfacer aquel ánimo de lucro se trata. Por lo demás, el ladrón violento puede ser muy bien ocasional, acuciado por una exigencia urgente.

En el lado opuesto de lo profesional, la forma más típica de su actividad es el *bandolerismo*, una de las más sugestivas de la Criminología. Su proliferación exige, bien un clima de inseguridad político-social, bien la colaboración o corrupción de determinados medios populares o administrativos. Así resalta en los tres ejemplos de bandolerismo moderno mejor estudiados: la *mafia* siciliana y su variante la *camorra* napolitana, el romántico *bandolerismo* andaluz y el *gangsterismo* norteamericano, todos ellos vinculados por trazos psicológicos y sociales comunes, aunque divergentes en lo espacial-temporal.

4. INFRACCIONES DE APODERAMIENTO LUCRATIVO

a) *Apoderamiento.*

El estudio técnico-jurídico se inaugura con el de aquellos elementos comunes al grupo, como son el apoderamiento, conectado a la acción; la ajenidad de la cosa, enlazada a la antijuricidad, y el ánimo de lucro, plasmador de la culpabilidad.

El término *apoderamiento* se prefiere por su sentido genérico, apto para acoger los distintos verbos empleados por el legislador en los diversos tipos: tomar, distraer, sustraer, etc.

b) La *ajenidad de la cosa* también comporta un sentido amplio, de modo que caben en ella las situaciones dominicales desconocidas o inciertas. Mejor que ajena, es decir cosa no propia, para que sobre ella puedan ejercitarse las conductas delictivas de apoderamiento. Otra cosa es que el agente la crea propia sin serlo, en cuyo caso habrá error sobre el tipo. La misma amplitud hay que observar en tema de propiedad y posesión: la cosa seguirá siendo ajena aun cuando el agente tenga la posesión y el paciente la propiedad o a la inversa, de modo que sea el propietario quien ataque la posesión ostentada legítimamente por otro. El problema se complica cuando tanto el sujeto activo, como el pasivo, se hallan en situación de *condominio*. No es que en tal situación desaparezca la tutela penal, como radicalmente entendieron GROIZARD antes, y ahora PUIG PEÑA (10), sino que aun dando por supuesto que puede atacarse aquella parcela de la cosa común que resulta ajena para el agente, la buena o mala fe del apoderamiento, la culpabilidad, en suma, juega un papel decisivo en la incriminación. Así, ésta resultará evidente si se dispone *totalmente* de la cosa común, pero será problemática cuando se trate de disposiciones más o menos abusivas, en que se manifiesta como previa una cuestión civil de límites en ese *quantum* dispositivo. No hay que decir que, cuando es la misma ajenidad de la cosa la que se halla en incertidumbre, desaparece el ilícito penal.

Relacionado con la antijuricidad del apoderamiento y ajenidad de la cosa se halla el factor subjetivo del *consentimiento* del paciente, de modo que la ausencia de tal consenso (*invito domini* de los romanos) es esencial en este campo patrimonial para decidir la ilicitud jurídico-penal. QUINTANO, como especialista del tema del consentimiento en lo penal, hace un acabado estudio en esta parcial aplicación a los delitos patrimoniales: sujeto que puede consentir, eficacia del consentimiento en el tiempo, su eficacia en cuanto al conocimiento del mismo por el sujeto activo, en cuanto a modificaciones de la tipicidad, estudio del consentimiento tácito o presunto, el putativo, su ausencia o vicio y consentimiento prestado por incapaces. Como se

(10) GROIZARD, Alejandro, *El Código penal de 1870, concordado y anotado*, VI, Salamanca, 1896, 274 y ss., PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal (Parte Especial)*, IV, Madrid, 1955, págs. 210-211.

ve, toda una amplia problemática que el autor va resolviendo con su acostumbrado tacto (11).

c) No menor es el estudio dedicado al fundamental *ánimo de lucro*, de progenie romana o al menos romanista, cuya exigencia en este grupo de apoderamientos que ahora contemplamos es explícita o implícita y sirve para distinguirlos de las infracciones patrimoniales de mero menoscabo, en las que, por contra, concurre un *animus damnandi*. No basta, pues, con el propósito de tomar la cosa, ya que tal apoderamiento de la misma, tanto puede hacerse para lucrarse con ella, como para destruirla, hacerse pago, etc.

Claro es que el ánimo de lucro no sólo es lícito en sí mismo, sino honesto impulsor de las transacciones humanas y del tráfico mercantil. Su sentido antijurídico trasciende en cuanto se conecta a los demás elementos típicos a los que sirve de soporte espiritual. Esta presencia del *lucri faciendi* en algunos y, desde luego, fundamentales delitos de este grupo, lo ha convertido en un típico ejemplo de los llamados elementos subjetivos del injusto, doctrina iniciada en Alemania e introducida entre nosotros por JIMÉNEZ DE ASÚA, GUALLART y RODRÍGUEZ DEVESA y a la que nosotros hubimos de prestar nuestra adhesión (12). QUINTANO entiende que el ánimo de lucro, más que a la antijuricidad típica, pertenece, de acuerdo con la doctrina tradicional, a la culpabilidad. Argumenta con el hecho de que en algunos tipos (estafa, usurpación) no está expreso el ánimo de lucro sin que por ello deje de concurrir, y de que la nueva doctrina coadyuva a la fragmentación de los elementos del delito, desconectando la antijuricidad de la culpabilidad.

Por nuestra parte, hubimos de afirmar que este elemento del injusto se toma también en cuenta en la culpabilidad (como lo demuestra, en sentido negativo, que su concurrencia elimina la culpa). Se

(11) A propósito del consentimiento prestado por incapaces, con el consiguiente abuso sobre el patrimonio del menor o incapaz, algún Código, como el italiano, han previsto una figura especial, la *circonvención de minore* que lo concibe como engaño a personas incapaces (art. 643). Entre nosotros han tratado del tema, FERRER SAMA, Antonio, *Circonvención de menores*, en *Revista de Derecho español y americano*, julio-agosto, 1957, núm. 8, págs. 3 y ss. Y CAMAÑO ROSAS, Antonio, *El delito de abuso de la inferioridad psicológica de los menores e incapaces*, en igual *Revista*, enero-febrero, 1958, núm. 11, págs. 27 y ss. Desde luego puede adelantarse la insuficiencia de la tutela penal en nuestro Código a través del artículo 544, de límites más estrechos que sus equivalentes en Derecho comparado.

(12) JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, III, Buenos Aires: Losada, 1951, págs. 716 y ss. Antes en *La Ley y el delito*, Caracas: Andrés Bello, 1945, págs. 319 y ss., con lo que rectificó su postura mantenida en la *Teoría jurídica del delito*, Madrid: Imprenta Colonial, 1931, integrando tales elementos subjetivos de lo injusto en la culpabilidad. GUALLART L. DE GOICOECHEA, José, *La antijuricidad como elemento del delito*, Zaragoza, 1931. Separata de la Revista "Universidad", págs. 37 y ss. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, ob. cit., páginas 181 y ss. DÍAZ PALOS, Fernando, *Antijuricidad*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica" (en adelante *NEJ*), Barcelona: Seis, II, 1950, pág. 750. El mismo, *Animo de lucro*, en *Idem*, II, 1950, págs. 676 y ss. El mismo, *Injurias*, en *Idem*, XII, 1965, pág. 634.

trataría, pues, de un elemento subjetivo, perteneciente como tal a la esfera de la culpabilidad, pero avanzado por el legislador hasta el tipo, ya expresa, ya implícitamente, para decidir la existencia o no de *aquel* tipo de injusto. Un hurto o robo, sin ánimo de lucro, ni en la mente del culpable, ni en la descripción típica pueden constituir tales delitos. Claro es que si concurre otro ánimo (de dañar, de hacerse pago) podrá darse el tipo de daños, de realización arbitraria del propio derecho y así sucesivamente, sin que este desplazamiento, como pretende QUINTANO con los ejemplos que pone, roce la doctrina que defendemos, sino que, por el contrario, pone de relieve la virtualidad del *animus* para decidir una u otra tipicidad. Es lo que sucede con otros tipos (abusos deshonestos, injurias), en los que la presencia del correlativo ánimo lúbrico, de ofender, etc., no sólo deciden la culpabilidad, sino la misma antijuricidad. De ser tal ánimo, tan sólo un mero dolo específico, según la doctrina y terminología antiguas, la ausencia de tal dolo no eliminaría el injusto y con éste permanecería la exigencia de responsabilidad civil, lo que es a todas luces inadmisibile. Por otra parte, esta característica subjetiva de la antijuricidad (excepcional desde luego, pues el injusto es de ordinario y predominantemente objetivo) lejos de aislar los caracteres del delito contribuyen a su conexidad y coordinación, son como enlaces que justamente corrigen el extremado analismo de BELING, que fragmentó la cosmovisión delictiva hasta hacer de ella una serie de compartimientos estancos sin comunicación mutua. En resumen, para nosotros el ánimo de lucro, si bien computable en la culpabilidad, lo es en primer término, precisamente por su subida importancia, en la antijuricidad.

También seguimos creyendo que el ánimo de lucro es de raíz económica, al menos en Derecho español, que tanto vincula la pena del delito patrimonial a su cuantía, hasta el punto de que tales señalamientos de pena vienen a ser verdaderos tipos complementarios. El ejemplo tan repetido del que hurta o roba para socorrer a los pobres, no desvirtúa, a nuestro juicio, la base crematística del delito. Para nosotros, el ánimo de lucro se diferencia del motivo, como distintos son el *finis operis* y el *finis operantis* de la teología, o el *scopo* y el *movente* de los juristas italianos (13), de modo que es compatible el robo (fin de la acción) con el móvil filantrópico o benéfico (fin del autor). Esta compatibilidad de fines inmediatos y mediatos, de primeras y segundas intenciones, no es tan inconcebible psicológicamente, como ya puso de relieve DORADO MONTERO (14). Puede suceder que esos motivos ulteriores, lejos de ser altruistas, incidan en nuevo delito, perfectamente compatible y concurrente con el primero: empleo de la *res furtiva* para obtener un préstamo y defraudar al

(13) MALINVERNI, Alessandro, *Scopo e movente nel diritto penale*, Unione Tipografico—Editrice Torinese, 1955, págs. 40-43.

(14) DORADO MONTERO, Pedro, *La psicología criminal en nuestro derecho legislado*, págs. 111 y ss.

prestamista (S. 13-II-1956). Por lo demás, este contraste de fines no es lo normal. Lo frecuente en estas conductas de despojo de la propiedad ajena es el ánimo de lucro y por ello se presume *iuris tantum*, sin alcanzar, por tanto, la peligrosa concepción del *dolus in re ipsa*: Si la prueba desvanece el presunto *animus lucrandi*, desaparecerá el delito patrimonial, al menos del grupo de apoderamiento lucrativo que ahora estudiamos.

La índole económica y patrimonial del ánimo de lucro no implica que haya de recortarse *cuantitativa* o *cualitativamente*. En el primer aspecto, el ánimo de lucro incluye desde la plenaria apropiación de la cosa (*rem sibi habendi*) hasta su utilización transitoria y fugaz (caso del hurto de uso). En el segundo aspecto nada impide que abarque el precio de la cosa (intrínseco, objetivo), como el de afección del agraviado (subjetivo, pero valorable económicamente) como enseña el artículo 103 del Código penal. De ahí nuestras dudas, en el caso propuesto por GEYER y CARRARA, del coleccionista que se apodera de una obra de arte dejando al propietario una suma de dinero, incluso superior a su valor. La oscilación entre el delito de coacciones y el de hurto vendría dada precisamente en función del valor afectivo cubierto o no por la "forzada expropiación" ejercitada arbitraria y particularmente (15).

En resumen: La codicia, el que se ha llamado modernamente "apetito adquisitivo", viene a ser la característica criminológica prevalente, aunque claro es que los motivos del autor pueden ser, psicológicamente, distintos (hurtos por miedo y por nostalgia, de que nos habla VON HENTIG, por ejemplo) (16). Y en el plano jurídico-dogmático no parece que puedan disociarse la parte objetiva del tipo (cosas valoradas pecuniariamente) y la subjetiva o ánimo del autor, lo que daría lugar a una disonancia, heterogeneidad o incongruencia entre los elementos típicos.

d) Nuestro autor cierra este capítulo de generalidades con el estudio de la *excusa absolutoria* del artículo 564 del Código penal, adscribiéndose a la opinión mayoritaria de que se trata de mera excusa, sin más alcance negador, tesis que ya hubimos de razonar, por nuestra parte, tiempo atrás (17).

5. EL HURTO COMO DELITO BÁSICO

Delito básico en la delincuencia patrimonial es el *hurto*, bien que se formule en el Código penal español mediante notas negativas, frente a las positivas del robo, a semejanza de lo que ocurre con el correlato delito de homicidio frente al parricidio y asesinato. El mismo camino metodológico que va de lo simple a lo complejo aconseja encabezar

(15) DÍAZ PALOS, Animo de lucro, loc. cit., pág. 675.

(16) VON HENTIG, Loc. cit., I, pág. 48-49.

(17) DÍAZ PALOS, Culpabilidad jurídico-penal, NEJ, VI, 1954, págs. 144 y 148.

el tratamiento de estas infracciones con el *hurto propio*, recogido en el número 1.º del artículo 514 del Código penal.

a) *Estructura y dinámica del hurto propio*. Como es sabido, el núcleo del tipo está expresado por el verbo *tomar*, pero ha de decirse enseguida que el mismo no puede interpretarse tan sólo en un sentido gramatical y material, sino también en una acepción ideal, como hace habitualmente la jurisprudencia, a fin de cubrir conductas en que el agente tiene la posesión precaria de la *res furtiva* (caso del hurto doméstico) o en que las cosas se toman con buena fe originaria y se retienen luego indebidamente (cosas entregadas por error). QUINTANO entiende que no pueden resolverse estos supuestos acudiendo a la distinción de posesiones, desde el momento en que tal distinción es disputada en el propio campo civil de donde procede. Algo más plausible le parece el criterio jurisprudencial de la *disponibilidad* de la cosa por el sujeto agente, como signo de la apropiación indebida, de modo que si sólo tiene facultades de mera guarda o custodia (caso de los cajeros) existirá hurto. Pero aún se dan ciertos supuestos en que el agente goza de cierta disponibilidad de las cosas (caso del ama de llaves a la que se confían cantidades de dinero para el servicio de la casa, con relativo margen de empleo) en los que seguirá habiendo hurto si se apropia los bienes para sí. Esto lleva a nuestro autor a la conclusión de que la “desposesión” en el hurto no siempre es un *príus* lógico y un medio para llegar a la “expropiación”, con lo cual se muestra la amplitud que alcanza esta figura delictiva en Derecho español, a diferencia de otros sistemas, como el alemán, en que el verbo del tipo tiene un sentido más dinámico de desplazamiento material con la correlativa consecuencia de que el delito de apropiación indebida abarque no sólo el supuesto de posesión propiamente dicha (*Besitz*) por parte del sujeto activo, sino también el de mera guarda o custodia (*Gewahrsam*). Esta extensión española del hurto viene a ser análoga a la del *vol* francés, pues, aunque el verbo típico *soustraire*, sea más estricto que el *tomar* nuestro, la interpretación jurisprudencial gala llega a análogas consecuencias, cuando no más extremas.

Si el hurto en Derecho español ataca a la propiedad y no necesariamente a la posesión, la consecuencia es que sólo quien ostenta la cualidad de propietario podrá ser *sujeto pasivo*, de modo que no lo será el sirviente, arrendatario o cajero, poseedores o tenedores de la cosa.

El sistema español no merece la adhesión del autor quien, en un plano *de lege ferenda*, postula por una reforma que iguale en las consecuencias a todo poseedor de la cosa, cualquiera que sea el título de posesión, de modo que desaparezca la actual desigualdad penal entre el mero tenedor que al apropiarse la cosa incide en hurto con la agravante de abuso de confianza, inherente por lo general a tal situación de tenencia de la cosa, y el administrador o depositario que al realizar igual conducta atraen la calificación más benigna de apropiación indebida, por ir ya embebido en este último delito el abuso

de confianza. Es de notar que, aunque no se haya logrado ese desiderata, la última corriente interpretativa de nuestra jurisprudencia viene apoyando esa mayor amplitud de la apropiación indebida a expensas del hurto. Sobre ello hemos de volver.

La *dinámica* de la acción se asienta en el apoderamiento subrepticio, dado que se excluye la violencia personal o fuerza real, de manera expresa, y el engaño, de modo implícito. Con todo, existen casos límites en cada uno de estos aspectos diferenciadores que el autor desentraña con su acostumbrado acierto y con independencia de aforismos y criterios de autoridad que, a veces, han pesado con exceso. Tal es el caso del clásico "tíron" del bolsillo o prenda análoga, oscilante entre el hurto y el robo, o el actualísimo supuesto de ocultación de mercancías en el sistema comercial de *autoservicio*, propio de los modernos supermercados, más afín con la estafa que con el hurto. En este punto, también ha rectificado la jurisprudencia los viejos patrones de considerar la astucia inherente al hurto, siendo así que es más afín al engaño o fraude.

b) *El grado de ejecución*. Ya es tradicional la disputa en torno al momento consumativo del hurto. Aceptado que la consumación, en teoría general, es la realización del tipo, la cuestión no queda aún resuelta, puesto que la dificultad retorna al precisar la significación del verbo *tomar*, que ya se ha visto tolera una amplísima interpretación.

Las dudas se acrecientan a la hora de compulsar las fuentes romanas que tanto han pesado en este punto: la *contractatio* y la *illatio*, como tesis extremas, y las intermedias de la *apprehensio* y de la *ablatio*; así como a la hora de fijar los verbos típicos de las respectivas dogmáticas que, a semejanza de nuestro *tomar*, son susceptibles de una mayor o menor amplitud: el *soustraire* francés, el *wegnehmen* alemán y el *impossessamento* italiano.

Situados en nuestra dogmática, QUINTANO distingue, a los efectos, las tres modalidades del hurto, del artículo 514, pues el hallazgo de cosa perdida exige la máxima exigencia consumativa de la *illatio*, es decir, la puesta en seguridad del objeto y aun de su aprovechamiento efectivo, de modo que delito consumado y agotado se hacen aquí sinónimos, exigencia que aún se agudiza en el hurto-daño del número 3.º de dicho artículo, al emplear expresamente la palabra *utilizar*, equivalente al disfrute de la cosa. Por el contrario, en el hurto propio del número primero, para nada se exige tal agotamiento delictivo, pero con ello no se resuelve el límite mínimo de la consumación, en vista de la neutralidad que permite el verbo núcleo del tipo.

La trayectoria jurisprudencial ha marchado en este punto, desde contentarse con el apoderamiento material de la cosa, revelado por el desplazamiento local de la misma, para tener el hurto por consumado, hasta exigir el poder de disposición, la *disponibilidad* de la cosa, siquiera sea eventual y fugaz. Ambas posturas son independientes de que se consiga o no el fin lucrativo.

Esta doctrina de la disponibilidad a la que se adscribe QUINTANO, permite la forma imperfecta de la frustración —que con la tesis del apoderamiento material queda prácticamente anulada— y ello, no sólo en los casos de flagrancia, sino en los de persecución en la huida llevando consigo el producto de la sustracción, en lo que con arreglo a los criterios de la *contractatio* y aun de la *ablatio* habría consumación, pero no conforme al punto de vista de la disponibilidad, dado que el ladrón no sólo no dispuso de la cosa, sino que tampoco *pudo disponer*, aparte de que el dueño, mientras dura la persecución, sigue ejercitando sus facultades de vigilancia.

c) *Acciones distintas y delito continuado*. En dicha hipótesis de la persecución, puede perder el ladrón parte del botín. En tal supuesto, como en todos aquellos en que el sujeto sólo logra apoderarse de una parte de la *res furtiva*, se plantea el problema de si existirá un solo delito consumado o uno frustrado en concurrencia con otro consumado. QUINTANO adscribe a la opinión de MANZINI y de RODRÍGUEZ DEVESA (18) de considerar un delito consumado por la cuantía de lo realmente apropiado. No obstante, el último de dichos autores estima aplicable en nuestro Derecho, por imperativo del artículo 68 del Código, la solución carrariana de considerar la frustración o la consumación atendida la pena más grave de una u otra. Y en verdad que esta tesis nos parece la más atendible. No se trata de extender arbitrariamente la consumación al todo, sino de optar por *un* delito frustrado o un delito consumado, dado que, en Derecho español, se vincula la pena a la cuantía del hurto y muy bien puede suceder que la cuantía de la primera acción delictiva sea mucho mayor y atraiga pena más grave, no obstante la frustración, que la segunda acción consumada. Incluso esta acción consumada podría ser constitutiva de una mera falta, con lo que si atendiéramos al criterio exclusivo de la consumación, habría de castigarse tan sólo la falta y dejar impune el delito frustrado. A nuestro juicio, no se trata de un concurso de delitos, sino de normas, puesto que hay un solo delito de hurto con dos acciones de ataque patrimonial de distinta entidad, lo que hace que tal delito único pueda encuadrarse en dos normas diferentes del artículo 515 del Código penal, justamente la hipótesis del artículo 68, que si algún principio consagra con claridad en la solución del concurso normativo, es el de la alternatividad. Sin escindir, pues, la calificación, aplicaremos el precepto más grave.

El caso de sustracción de automóviles para apropiarse de alguno de sus efectos, dejando luego abandonado el vehículo, no responde ya a la situación que acabamos de aludir. Aquí el dolo de apropiación se circunscribe a los efectos realmente hurtados, sin perjuicio del concurso con un hurto de uso del vehículo. Habrá hurto por el total valor del automóvil, cuando se planeó su definitiva apropiación y

(18) MANZINI, Vincenzo, *Trattato di Diritto penale italiano secondo il Codice del 1903*, IX, Torino: Utet, 1938, pág. 157. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, loc. cit., 218.

no el mero uso transitorio, aunque luego haya de abandonarse el vehículo por causas independientes de la voluntad del autor. En este último caso, si no hubo verdadera posibilidad de disposición, el delito será frustrado con arreglo a lo ya dicho.

Es preciso, pues, situarse en el plano del dolo y de la culpabilidad, tan decisiva en este delito, que se plasmó en el tipo como elemento subjetivo del injusto. Y así es como resuelve QUINTANO el caso, en verdad interesante y que contempló la S. de 22-VI-1906, del que se apoderó de grano en una finca y, para reponerlo, se toma idéntica cantidad de otra. ¿Hubo verdadero ánimo de lucro en esta segunda sustracción? La sentencia así lo estimó, puesto que apreció dos delitos de hurto. QUINTANO no se conforma con esta solución, aun reconociendo lo arduo del caso, y se inclina más bien por considerar la segunda acción como un delito de daños, ya que “al perjuicio patrimonial del propietario no acompañó el correlativo beneficio del agente” (II, 192). En su apoyo trae a colación la S. 26-XI-1958 que no consideró hurto el apoderamiento de una escalera para evadirse de la prisión un detenido, por faltar el ánimo de lucro. Sentimos discrepar otra vez del extinto maestro, y creemos que la doble calificación de hurto hecha en el caso de la S. de 1906 es perfectamente admisible. La discrepancia remonta a la distinta concepción que se tenga del ánimo de lucro. Ya dijimos que para nosotros el ánimo de lucro se diferencia del motivo y así nos parece compatible en el caso de la doble sustracción de trigo la duplicidad de hurtos: el móvil de reparación (o de ocultación del primer hurto) que guía al autor al cometer el segundo hecho, no es óbice para que el fin inmediato de su acción sea de disponer de la cosa en su beneficio, a saber, el de poder utilizarla más tarde en la restitución al primer perjudicado. Algo análogo se ha fallado en 1968 en la Audiencia de Barcelona: El realquilado en una vivienda, sustrae, con llave falsa de un armario de la casa, cierta cantidad a otro de los allí alojados, y días después, para que no se descubra la sustracción, roba igual cantidad, forzando la caja en que se contenía la suma, a un tercer compañero de habitación y la repone en el armario del primer despojado. No hubo dificultad alguna en apreciar dos delitos de robo y el *quid* del juicio estuvo en considerar quién era el perjudicado a efectos de la restitución del dinero recuperado. La Audiencia, con buen acuerdo, estimó que lo era la segunda víctima del robo, puesto que a ella pertenecía la suma ocupada. Por lo demás, existían dos sujetos pasivos y dos perjudicados, perfectamente diferenciados y sólo variaba la reparación del perjuicio: indemnización para el primero y restitución de la cosa al segundo. Finalmente, en la citada S. de 1958 más bien se contempla un caso de hurto de uso de la escalera, uso que como tal comporta un lucro, pero en el que falta la “intención de apropiársela” y ya es sabido que este ánimo de apropiarse la cosa es decisivo para que haya hurto propio.

En tema de *delito continuado*, adhiere QUINTANO a la mejor doc-

trina, al repudiar los criterios meramente humanitarios o procesalistas y exigir la unidad ideal o finalista de las distintas acciones en el plano subjetivo, junto a condiciones de orden objetivo como la unidad de precepto penal violado. El requisito de la unidad de sujeto pasivo, muchas veces exigido, debe ser sustituido, al menos en el hurto, por el de la *unidad aparente de lo patrimonial* acogido por la mejor jurisprudencia. Y, en fin, con toda razón califica de "corruptela forense" el requisito meramente cronológico de la ignorancia o indeterminación de las fechas en que muchas veces se basa la práctica para apreciar la continuación, dato de puro azar procesal o de prueba que en nada debería influir para estimar el delito continuado, el cual sólo debe reposar en aquellos requisitos subjetivos y objetivos acabados de aludir, en particular la "unidad de dolo" y aún más concretamente de "dolo continuado" de que habla la más relevante doctrina germánica de hoy día.

6. HURTOS IMPROPIOS

El apoderamiento de cosa perdida, que el Código español considera como hurto (artículo 514-2.º) siguiendo la tradición romana, ya es sabido que constituye más bien un caso de apropiación indebida según opinión común en la doctrina y en el derecho comparado, tanto si se regula expresamente (Códigos de Italia y Suiza) como si se hace por vía interpretativa (caso de Alemania). Por nuestra parte queremos dejar constancia de la diferencia que separa esta figura especial de la común de apropiación indebida y es que, así como en ésta hay abdicación voluntaria de la posesión por parte del dueño de la cosa, en el hurto o apropiación de cosa perdida, no hay tal renuncia posesoria del sujeto pasivo, ya que la cosa salió contra su voluntad de su ámbito posesorio y es la diferencia entre cosa perdida y cosa abandonada la que da todo su sentido penal al tipo. En consecuencia, como hurto o como apropiación, el apoderamiento de cosa perdida siempre habrá de constituir una figura *sui generis* y separada de aquellos delitos propios.

QUINTANO defiende con gran acierto el perfil espiritualista de esta modalidad delictiva, al sostener con la S. 24-III-1948 que el incumplimiento de las formalidades que el artículo 615 del Código civil impone, no genera fatalmente la responsabilidad penal. En la misma línea está la crítica que hace a la reforma de 1944 por suprimir el requisito del conocimiento de quién fuere el dueño de la cosa perdida, lo que añade nuevo rigor a la figura.

Por lo demás, basta que la cosa tenga las apariencias de pérdida para el sujeto activo, aunque objetivamente no lo esté para el dueño, para que surja esta modalidad impropia, en lugar de la de hurto *strictu sensu*.

La asimilación jurisprudencial del *tesoro oculto* a la cosa perdida es atacada, no con los argumentos civilistas que empleara GROIZARD

de ser el tesoro *res nullius* (19) y que ha impugnado certeramente FERRER SAMA (20), sino con argumentos de estricta hermenéutica penal. Ahora bien, una vez que se considera delictivo el acto de apropiación del tesoro, debería seguirse hasta sus últimas consecuencias el criterio que lo equipara con la cosa perdida, y así como en este último caso no se descuenta de la cuantía del hurto el premio del inventor, tampoco debería hacerse para el tesoro, donde, sin embargo, con criterio civilístico, sólo se toma en cuenta la mitad que correspondería al dueño. Desde el momento que se considera el hecho como ilícito, no es lógico ni moral conceder abonos o recompensas al delincuente que la ley civil sólo puede acordar para supuestos de licitud. Estamos en un todo de acuerdo. Por lo demás, ya es sabido que aquí juega de modo decisivo la culpabilidad y la hipótesis de error sobre la prohibición, ya fue admitida a partir de la S. 18-I-1899, fundamental en la materia.

La influencia civilística retorna de nuevo en alguna jurisprudencia, como la italiana, al considerar *res derelictae* y, por tanto, sin que den base al hurto, las cosas enterradas con el cadáver. La tesis, ya combatida en Italia por GUARNERI (21), es, desde luego, errónea, por la evidente razón de que tales cosas son siempre *ajenas* para el sustractor y el problema de su titularidad patrimonial será asunto a debatir en el aspecto de la responsabilidad civil.

7. LOS DAÑOS LUCRATIVOS

Estamos ante la última figura de hurto impropio recogida en el número 3.º del artículo 514 del Código penal: *Los dañadores que sustrajeren o utilizaren los frutos u objetos del daño causado, en la cuantía señalada en este Capítulo.*

El precepto carece de concordancias en Derecho comparado. Introducido por la reforma de 1850 por motivos puramente episódicos, ha sobrevivido hasta nuestros días, creando su hidridez no pocas incertidumbres. La primera de ellas, si la cuantía ha de referirse al daño o a la utilidad reportada. La inclusión en el hurto abona por esta segunda interpretación, pero QUINTANO denuncia el supuesto de daños importantísimos, los cuales quedarían destipificados con sólo aprovechar una mínima parte, cuantía de aprovechamiento que incluso podría constituir una mera falta. Para deshacer el equívoco, lo mejor sería la desaparición del malhadado precepto, pero en tanto llega su supresión, es preciso decidir si es enteramente superfluo, en cuanto entraña una repetición del número 1.º del artículo 514, en concurso

(19) GROIZARD, loc. cit., VI, pág. 313.

(20) FERRER SAMA, *El delito de apropiación indebida*, Murcia, 1945, páginas 75 y siguientes.

(21) GUARNERI, José, *Delito di furto la sottrazione di cosa trovata indosso a un cadavere*, en "Rev. it. D. penale", 1949, pág. 177.

con el delito de daños, como postula RODRÍGUEZ MOURULLO (22), o hay que estimarlo como *un* supuesto tipificado de *delito* complejo con una pena única. Esta última es la opinión mayoritaria, a la que adhiere QUINTANO, en el sentido de que el dolo final es el de lucro y los daños causados, por importantes que sean, son accesorios en la perspectiva subjetiva del culpable. RODRÍGUEZ DEVESA que primeramente sostuvo la tesis tradicional del delito complejo, con absorción de los daños por el hurto (de modo que si los daños atrajeran pena mayor habría concurso de normas con aplicación del artículo 68 del Código) (23), luego ha sostenido la tesis del concurso de delitos "sobre el cual llama expresamente la atención la Ley" (24)..

El último de los autores citados, hace a estos efectos una matización muy interesante: la de que la opinión predominante descansa en la idea de que el delito de daños exige un especial ánimo de perjudicar (como en la legislación italiana obligada por su legislación), de modo que no existiendo ese especial ánimo, desplazado por el de lucro, se posibilita la absorción de los daños por el hurto (25).. Pero es lo cierto que tal opinión mayoritaria no es congruente con la, también predominante, que admite incluso la comisión culposa de los daños. Si admitimos los daños por culpa, habremos de admitir también, junto a los daños de propósito, todas las demás formas dolosas, es decir, los de consecuencias necesarias y los eventuales. La consecuencia es que el hurto podrá coexistir no sólo con los daños directamente queridos, sino con todas las demás hipótesis de culpabilidad y, por tanto, la posibilidad de concurso de ambos delitos. De esta forma se llega a demostrar la completa y absoluta superfluidad del artículo 513-3.º. Para nosotros —coincidiendo con RODRÍGUEZ DEVESA y RODRÍGUEZ MOURULLO— lejos de querer este precepto la impunidad de unos daños que no son necesarios e inherentes al hurto (al revés de lo que acontece en el robo con fuerza en las cosas) ha querido destacar la posible concurrencia. Parecería que el legislador ha tratado de evitar que los daños *avant-tout* y en primera línea del precepto oscurezcan el hurto posterior como rezagado. Pero, repetimos, con o sin precepto especial, el concurso de ambos delitos siempre existirá, de ahí la innecesariedad de la norma en cuestión.

8. HURTOS DE POSESIÓN Y DE USO

Si en derecho histórico pudo equipararse el *furtum possessionis* al común, en Derecho moderno no puede sostenerse la equivalencia, ni aun siquiera por la vía indirecta de las estafas según hace nuestro

(22) RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañador*, en "Anuario", XIV, 1961, págs. 253-254.

(23) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, II, Madrid, 1949, pág. 350.

(24) RODRÍGUEZ DEVESA, *Hurto*, en *NEJ*, Barcelona: Seix, XI (1962), página 224.

(25) Cit. ant. *Hurto*, pág. 224, nota 474.

Código penal (art. 532-1.º). Si el apoderamiento violento de cosa del deudor por el acreedor no es delito patrimonial, sino contra la Administración de Justicia, no se concibe cómo puede serlo el hurto de posesión perpetrado por el propietario en que ni siquiera la cosa es ajena, sino propia.

Más concebible es el *furtum usus* en cuanto en él se ataca no la plena propiedad, sino la *facultas utendi* del dueño. Se trata, pues, de un apoderamiento de "menor cuantía", como dice con expresión gráfica QUINTANO, de un goce temporal, de un ánimo de lucro reducido en la misma medida. Pero ésto no quiere decir que se trate de una figura filial refundida en el hurto común, dado que falta el ánimo de apropiación característico del hurto propio, incompatible con el *ánimo previo de devolución* que caracteriza el hurto de uso y cuya prueba será siempre el caballo de batalla en lo procesal, para diferenciar ambos tipos de delito. El criterio cronológico de la restitución *inmediata* es el acogido por el Código italiano, seguido por el uruguayo y otros. El Código federal suizo prescinde, por el contrario, de la restitución y se limita, de forma muy amplia y vaga, a exigir la sustracción sin ánimo de enriquecimiento, pero en perjuicio del titular.

Por lo que toca a España, la aparición del hurto de uso aplicado a los vehículos de motor, parece reforzar la tesis de que la figura genérica queda impune (26). QUINTANO defiende una postura intermedia entre la impunidad y la de absoluta asimilación con el hurto propio, al propugnar que se califique de hurto común, pero no por el valor total de la cosa, sino por el que suponga dicha utilización, de modo que cuando el uso no sea valorable por no entrañar quebranto patrimonial ajeno ni lucro propio, no podría castigarse. Para lograr esta consecuencia, bastaría añadir en el artículo 515 a la expresión "valor de la cosa" que en él se utiliza, la disyuntiva "o la de su uso". De acuerdo en que, con este aditamento, ya habría base legal cierta para la incriminación.

La especialidad del *hurto de uso de vehículos de motor* introducida entre nosotros por las Leyes de 1950 y 1962 no merece las simpatías de nuestro autor por la desconexión que supone con la figura común y la desigualdad de trato que ello engendra. Ciertamente tales inconvenientes se han paliado en parte con la reforma última del Código penal que incluye en él los delitos de tráfico, entre ellos la modalidad que tratamos. Por nuestra parte nos parece bien centrada la descripción típica del artículo 516 bis del texto vigente alrededor de la falta de ánimo de apropiación —"sin ánimo de haberlo como propio", dice el precepto— para distinguirlo así netamente de la figura común. Lo que a nuestro juicio adolece de cierta rigidez es el señala-

(26) RODRÍGUEZ DEVESA, *Hurto de uso*, NEJ, XI, págs. 233-234. DÍAZ PALOS, *El "Hurto de uso" de vehículos de motor*, en "Rev. de Der. de la Cir." Númros 3 y 4, 1965, pág. 158. *Separata*, pág. 7-8. En parte BASTERO, Joaquín, *Hurto de uso*, en "Rev. Gral. de Leg. y Juris.", XLI, pág. 760.

miento de un plazo de veinticuatro horas para restituir o abandonar el vehículo, de modo que si el culpable deja transcurrir tal plazo sin realizar tal conducta, se imponen las penas del hurto o robo propios. Esto de medir la culpabilidad reloj en mano es siempre regresivo, da entrada al azar en el juicio y coarta la libre convicción del juez. Por otra parte, da pie a la interpretación, equivocada desde luego, de que auténticos robos o hurtos de coches, se amparen en la *praxis*, en la benignidad de este precepto, si por circunstancias episódicas y totalmente accesorias, se abandona el vehículo por el culpable antes de las veinticuatro horas de cometida la sustracción. Y, en fin, en el plano penológico, parece igualmente drástica la equipación con el robo violento que hace el último párrafo del artículo y, en cambio, se echa de menos la pena de privación del permiso de conducir en todo caso que ya hubimos de lamentar a la aparición de la Ley de 24 de diciembre 1962 (27). No olvidemos que se trata de una figura con perfiles propios que reclama un tratamiento igualmente específico.

9. LA PUNIBILIDAD EN EL HURTO Y LOS HURTOS PRIVILEGIADOS

No hay que decir que QUINTANO se une a la general corriente crítica que impugna el sistema de cuantías como base de la penalidad, sobre todo a la manera exacerbada con que lo hace el Código español con sus escalas cerradas y casuísticas que, además, llevan a incongruencias punitivas, constantemente apreciadas en el foro, donde un hurto de más de cien mil pesetas atrae más pena (presidio mayor) que el robo de la misma cantidad incurso en el número 5.º del artículo 501-5.º y aun igual pena si el robo se encuadra en el número 4.º del mismo precepto, no obstante, la gravedad ejecutiva mentada en tal modalidad de robo o el remanente lesivo que también se mienta en la misma. Los ejemplos pueden multiplicarse. En este punto, muestra el desaparecido maestro sus grandes conocimientos, no menos que su experiencia forense, haciendo coincidir, en feliz conjunción, teoría y práctica. En definitiva, con el combatido sistema queda la fijación de la responsabilidad criminal al albur de una tasación o de circunstancias fortuitas independientes de la voluntad del culpable.

Una excepción al sistema crematístico de cuantías, lo representa el artículo 249 del Código penal (reformado por Ley de 4 de mayo de 1948) al yuxtaponer dentro del delito de desórdenes públicos el apoderamiento de material fijo o móvil u objetos destinados al servicio público de transportes, abastecimiento de agua, gas, hilos o cables instalados para los servicios eléctricos o de telecomunicación, *cualquiera que sea su valor*. Aquí el motivo de crítica es otro, a saber, el híbrido maridaje de figuras dispares, como son los desórdenes públicos y el hurto, que llevan a consecuencias poco satisfactorias,

(27) DÍAZ PALOS, *El "hurto de uso"...*, cit. ant., págs. 153 y 225.

sobre todo en el plano de la culpabilidad, pues concurriendo el ánimo de lucro en tales apoderamientos, fácilmente se da por supuesto el de atentar contra la seguridad del Estado exigible en el complejo, dándose así vida a un flagrante caso de *dolus in re ipsa*.

Este papel decisivo otorgado a la cuantía del hurto, que incluso determina la frontera entre delito y falta, ha hecho entrar en juego la *preterintencionalidad*. Vedado su influjo atenuatorio por la jurisprudencia, la S. 27-XII-1962 ha permitido, al fin, su apreciación, siquiera a título excepcional. Tampoco se justifica, a juicio de QUINTANO, la exclusión de la atenuante de *provocación* (núm. 5 del artículo 9), en casos de cruel alarde de riqueza ante persona necesitada o de querer probar la honradez del sujeto.

Pero el caso más típico, como atenuante o como eximente, es el del *hurto famélico*. En dogmática española, es evidente la posibilidad de encaje en el estado de necesidad completo o incompleto, después de la amplitud dada al mismo por las reformas de 1932 y 1944 (28). La jurisprudencia, reacia en principio a la admisión, viene acentuando su admisibilidad. Insiste QUINTANO en que la necesidad es término relativo que hay que coordinar con la situación concreta. Por ello, la exigencia de inminente riesgo para la vida o de agotar los recursos a la beneficencia y asistencia social, de que hablan algunas sentencias, no deben generalizarse si no queremos reducir a la nada la eximente y aun la atenuante.

10. LOS HURTOS CUALIFICADOS

La cualificación del hurto funciona en Derecho comparado a fin de cubrir figuras que en otros ordenamientos, como el español, constituyen propias modalidades del robo. Si a ello se une el numeroso catálogo de agravantes genéricas que contiene nuestro Código, se comprenderá que la presencia en el mismo de hurtos cualificados (sacrílego, doméstico, plurirreincidente) obedece más a supervivencias históricas que a motivos técnicos. Ello sin contar la inusitada dureza que comporta la necesaria imposición de la pena superior en grado, que la última reforma de cuantías ha tratado de paliar con la adición de un último párrafo al artículo 516, pero que a su vez funciona como limitación al párrafo anterior otorgador del arbitrio judicial en la aplicación de dicha pena superior.

El llamado *hurto sacrilego* está redactado con amplitud que desborda la concepción canónica, de modo que la sustracción de una cartera en el curso de una procesión atrae literalmente la cualificación, a pesar de que no es un estricto caso de sacrilegio real o local. Por lo demás, debe evitarse la confusión del hurto sacrilego con el sa-

(28) DÍAZ PALOS, *Estado de necesidad*, en *NEJ*, VIII (1956), págs. 920-921. *Separata*, págs. 72 ss. RODRÍGUEZ DEVESA, *Necesidad de un nuevo planteamiento de la problemática del hurto famélico*, en "Rev. Est. penitenciarios", 1963, página 495.

crilegio mismo, al exigir éste último un específico ánimo de vilipendio que no puede presumirse en la mera sustracción de objetos sagrados. Sólo si concurre, además del de lucro, el propósito de profanación, habrá lugar al concurso de delitos.

De constante aplicación práctica es el *hurto doméstico o con abuso de confianza*. No hay duda de que aquí se encierra una doble hipótesis cualificativa: una objetiva, ligada a la condición doméstica del culpable y otra subjetiva, basada en los lazos de la confianza quebrantada. Descartados los fundamentos históricos de la agravación, que la actual sociología ha superado, quedan el pragmático de las facilidades de comisión que aquellas situaciones domésticas y laborales parecen deparar y que, con frecuencia, esgrime la jurisprudencia o, tal vez mejor, a juicio de QUINTANO, se ofrezca como razón agravatoria, una especie de compensación punitiva al hecho de la imposición laboral o sindical del obrero al patrono, que no es libre de despedirlo. Notemos con todo que, aun siendo ésta una realidad social de nuestro tiempo, no es válida para el servicio doméstico y que, por otra parte, la comisión del delito ya es por sí misma una causa de despido laboral. Por ello creemos, por nuestra parte, que la fidelidad en el servicio, de raigambre histórica (el contrato de "servicio fiel" de las fuentes germánicas), sigue estando presente en nuestros días, por imperativos del servicio mismo y que, por tanto, el quebranto grave de esa fidelidad o lealtad, también invocado con muy buen acuerdo por nuestra jurisprudencia, constituye la clave de la sanción laboral primero y punitiva después.

Por otra parte, existen situaciones no laborales que engendran la agravación, como la cohabitación, hospitalidad, hospedaje, amistad, etcétera, mentadas expresamente por el Código italiano y a las que alude también nuestra jurisprudencia. Podemos también descubrir la *última ratio* de la cualificativa en claros motivos de ingratitud e infidencia que hacen particularmente odioso el delito. Lo que si hemos de subrayar con el maestro QUINTANO es que lo esencial en esta materia es que exista ese clima moral de confianza, cosa que a veces no sucede en el casuismo forense en que se desgrana esta agravante específica.

No podía dejar de insistir nuestro autor, llegados a este punto, en la paradoja que se da cuando opera el abuso de confianza como agravante y, en cambio, opere en sentido contrario en situaciones análogas pero constitutivas no de hurto sino de apropiación indebida, delito este último que, como es sabido, presupone ya tal abuso de confianza. La dificultad surge al no existir en nuestro derecho un módulo diferencial en la dinámica comisiva de ambas figuras delictivas, puesto que ya vimos como el *tomar* del hurto se entiende por la jurisprudencia actual en un amplio sentido ideal y no sólo material, que da pie para aceptar modalidades pasivas de hurto en que basta la retención de las cosas recibidas por error o a título de precaria tenencia. Es preciso, pues, buscar el signo diferencial por otros derroteros,

habiéndolo encontrado nuestra jurisprudencia en el ámbito normativo, de modo que será la disponibilidad que se tenga sobre las cosas de acuerdo con el título jurídico-civil que legitima su tenencia por el sujeto activo (depósito, comisión, administración...) el criterio decisivo, y en consecuencia cobradores, cajeros, contables, jefes de compras y hasta el director de sucursal de un Banco, al no estar autorizados a disponer de los caudales ajenos incurrir en hurto y no en apropiación indebida. En cambio la vieja jurisprudencia, con base en la dinámica de la acción (*hurta el que toma, estafa el que recibe*) había llegado, en sentir de QUINTANO, a situaciones más equitativas que últimamente parece se tratan de reintroducir.

Tal oscilación jurisprudencial, a nuestro modo de ver, no hace sino reflejar la dificultad en que nos encontramos para saber, si en determinadas situaciones, el dueño de la cosa se despojó o no de la posesión de la misma en favor del sujeto pasivo que la apropia. Es evidente que el punto de partida en el delito de apropiación indebida, como indica su mismo *nomen iuris*, es el quebranto del derecho de propiedad, único que resta al dueño de la cosa mueble, por haber transmitido la posesión. Ello se traduce ya en la dinámica de la acción, pues el ataque simultáneo de propiedad y posesión forzosamente ha de implicar un sentido material (¡tomar!) que no se da en el ataque ideal al desnudo derecho de propiedad (¡apropiar o distraer!). La primera consecuencia es que en aquellos casos en que el dueño de la cosa no abdicó la posesión, bien por falta total de voluntad (cosa perdida), bien por voluntad viciada (error en la entrega de la cosa) no pueden ser constitutivos de apropiación indebida, sino de hurto, sin que para ello hayamos de violentar el verbo del tipo alojado en el artículo 514-1.º del Código penal. Pero en otros casos, no se nos aparece tan evidente si el propietario de la cosa quiso conservar o no la posesión de la misma. Llegados a este punto, permítansenos insistir en el punto de vista que defendimos tiempo atrás, siguiendo la magistral exposición de PETROCELLI en Italia y de ERNESTO URE en Argentina (29): la tenencia no ha sido transferida y, por lo tanto, habrá apoderamiento excluyente de apropiación indebida, cuando la cosa ajena continúa en la ESFERA DE CUSTODIA

(29) PETROCELLI, *L'appropriazione indebita*, 1933, págs. 225 a 228. URE, Ernesto, *El delito de apropiación indebida*, Buenos Aires, 1943, pág. 199. FERRER SAMA, Antonio, *El delito de apropiación indebida*, cit. ant., págs. 12 y ss. Para este autor español basta "la tenencia de la cosa por parte del agente, con poder de hecho sobre la misma, independientemente de que tal tenencia sea o no considerada como posesión por el Derecho civil" (pág. 19). Antes ha dicho "estimamos que habrá hurto en el caso de que la cosa ajena se haya obtenido mediante "amotio" y, por el contrario, apropiación indebida cuando la "amotio" no haya existido por estar ya la cosa en mano del autor, por muy momentánea y material que sea tal tenencia" (pág. 17). Creemos que entre la exigencia de posesión en sentido civilístico como presupuesto del delito de apropiación indebida y la mera detentación de la cosa para que pueda surgir el mismo, cabe una postura intermedia que es la que se defiende en texto. Ya la apuntamos en *Apropiación indebida* (Jurisprudencia penal) en "Rev. Jur. de Cataluña", número 3 (mayo-junio), 1949, págs. 298 y ss.

o en la ESFERA DE ACTIVIDAD del sujeto pasivo, quien, con la entrega, no habrá concedido al agente PODER AUTONOMO alguno sobre la cosa, sino un mero contacto físico, material, más o menos momentáneo o duradero que sólo podrá generar el delito de hurto o robo en su caso. La custodia es la manifestación más sencilla y expresiva de la posesión y admite diversos grados; desde la más rudimentaria —tenencia en manos del titular— a la ejercida por persona distinta (el llamado “servidor de la posesión” en derecho alemán) o por otros medios (la que podríamos llamar *longa manu* en términos romanistas). La esfera de actividad es distinta de la de custodia. “Hay numerosos casos —dice PETROCELLI— en los que el propietario no tiene ninguna forma de custodiar la cosa transferida a otro, pero conserva el gobierno, por así decirlo, de la misma cosa”. Ahora bien, es necesario siempre un *quid* que, objetivamente, represente esa esfera de actividad, para que la misma no se reduzca a la mera voluntad o *ánimus* de conservar la posesión. Y es en esta configuración *exterior* de la intención del propietario donde creemos reside la principal ventaja del criterio propugnado, pues el Juez ya no es menester que se abandone a una difícil investigación. Si la prueba acredita que el *tradens* concedió un poder autónomo sobre la cosa del *accipiens*, podrá ya deducir que el primero abdicó el *ánimus*, transfirió la tenencia de la cosa. Por otra parte, al hablar de transferencia de la posesión, no queremos decir posesión jurídica, en el sentido que se otorga al concepto en derecho privado. Lo cierto es que el Código penal español (art. 535) no menciona la palabra posesión en la descripción típica del delito. A ello no equivale la exigencia de un *título* que produzca la obligación de entregar o devolver la cosa de que habla el precepto. Entendemos con ERNESTO URE, que este título no es más que la *causa* de la relación que produce ese deber de entrega o restitución. O dicho negativamente: todo título que no transfiera la propiedad, pues si hubo transmisión de propiedad, el delito, al menos este delito, desaparece. Del hecho de que los títulos aludidos demostrativamente en el art. 535 lleven aparejado el traslado de la posesión de la cosa, no debe deducirse que siempre haya de existir tal transferencia. Lo exigido explícitamente es que no haya transmisión del dominio. En resumen, creemos que no es necesario acudir a una noción penalista de la posesión, pero tampoco hace falta transportar los criterios y el régimen privatísticos que gobiernan la posesión. Bastará con *buscar* la tenencia de la cosa con criterio elaborado por la técnica penal y el que antes hemos expuesto creemos puede adaptarse a nuestro Derecho: Ni estricta posesión jurídica, ni mera detentación, sino que, caso por caso, habrá que decidir si el propietario concedió al entregar la cosa aquella especie de *self-government* sobre la misma, de modo que el auto-control permitido nos dará la clave de la decisión entre hurto y apropiación indebida. No hay que decir que todo lo expuesto lo es en un plano de rigurosa hermenéutica legal o dogmático. Si de una interpretación ce-

ñida a la letra y al espíritu de la Ley pueden deducirse consecuencias poco equitativas en los llamados casos-límite, por el mencionado juego de la calificante de abuso de confianza, cúlpese más bien a este influjo cualificador en el hurto, causa del acusado desnivel penológico entre los dos delitos vecinos, acentuado por la reforma de 1944 que eliminó el matiz diferencial entre el simple y *grave* abuso de confianza, de modo que sólo este último autorizaba en el texto legal anterior la fatídica subida en grado de la pena. En todo caso, tal cuestión sale ya de los cauces interpretativos para entrar de lleno en los postulados de *lege ferenda*.

Califica nuestro autor de postrer reminiscencia de la arcaica y bárbara institución del *tertium furtum*, la última cualificación de la *plurirreincidencia* en el hurto, mas si se tiene en cuenta el concepto formalista de la reincidencia de que hace gala nuestro Código. El tratamiento del habitual es más asunto asegurativo y criminológico que estrictamente penológico. Por otra parte, estima QUINTANO como un retroceso, la redacción dada por la reforma de 1963 a esta cualificativa: *Si el culpable fuere dos veces reincidente*, cuando antes se decía "dos o más veces", dando así a entender que en este último supuesto de la disyuntiva recobra todo su vigor la regla 6.^a del artículo 61 que impone "aplicar la pena superior en uno o dos grados, a partir de la segunda reincidencia". La única función que cumpliría el precepto especial del hurto sería impedir la aplicación de la pena superior en dos grados para el que sólo es dos veces reincidente.

11. EL ROBO EN GENERAL

Sabemos ya que el sistema hispánico constituye una excepción cuando incluye bajo el *nomen* de robo, no sólo el de violencia personal, sino también el real o de fuerza en las cosas, siendo así que, en derecho comparado, constituye este último un supuesto de hurto cualificado, bien sea por la fractura, bien por las llaves falsas, etc. Tal unitarismo se exacerbó en el Código de 1870 y pervive en el actual con la definición común del artículo 500 y el tratamiento de ambas especies en un mismo capítulo.

Tal asimilación es atacada por QUINTANO, aduciendo como razón más obvia el ataque a bienes jurídicos personales que se da en el robo violento y ausente en el robo con fuerza real. Este tratamiento conjunto de ambas clases de robo da por ello origen a toda suerte de incongruencias punitivas, algunas de las cuales ya se han denunciado.

Procediendo de lo general a lo particular, ahora se verán las modalidades comunes a dichas dos figuras de robo, comenzando por las *cualificativas* del artículo 506.

El unitarismo querido formalmente por la Ley tropieza ya con dificultades al encarar la primera de tales cualificativas, el *porte de armas*, pues, es evidente que la misma no podrá estimarse en el robo violento, cuando se *hiciera uso de armas* previsto en el artículo 501,

in fine, dado que el uso engloba o absorbe el porte de tales armas o medios peligrosos. Ahora bien, como la mera tenencia del arma, unida a la comisión en casa habitada atrae la pena inmediata superior (artículo 506-2.º, párrafo segundo), cosa que no está prevista cuando la conjunción se da con el uso, tenemos ya la primera incongruencia de ser más beneficioso para el reo que roba en casa habitada emplear el arma para intimidar y aun para agredir, que simplemente portarla.

Por si fuera poco perturbadora tal consecuencia, el uso de armas del artículo 501, provoca otra todavía más grave, sobre todo en aplicación al robo con homicidio que, al estar castigado con reclusión mayor a muerte, obligaría a la aplicación imperativa de esta última pena, lo que también es alógico, ya que lo normal es que la muerte se cause con arma o instrumento peligroso. RODRÍGUEZ DEVESA ha salido al paso de tan extrema consecuencia que llevaría a convertir en pena única la de muerte para el robo homicida, en contra de la prohibición establecida en el apartado a) del artículo 2.º de la Ley de Autorizaciones de 19 de julio de 1944. Claro es que ello plantea una contradicción entre el texto legal y el de la Ley de Bases en la que debería ser prevalente el primero, pero la interpretación teleológica nos lleva a rechazar de nuevo aquella grave consecuencia (30). Y es que la razón de ser de la agravación, no es otra que el peligro para la vida e integridad física inherente al porte o uso de armas, de modo que, al consumarse la muerte, tal peligro ya queda subsumido en el resultado.

Cualificante locativa es la de cometerse el *robo en casa habitada o edificio público o de culto*. La simple noción de morada se complica y amplía con una noción de la misma y de sus dependencias, tan casuística y farragosa que, al decir de QUINTANO, “haría las delicias de ESCOBAR y justificado las donosas burlas de PASCAL”. Aún se extendió más el concepto, al incluir en el mismo las habitaciones de verano, fuera de la temporada, sin parar mientes en que el precepto legal se refiere la *accidentalidad de la ausencia*, no a la *accidentalidad de la habitación*, de modo que la casa debe estar efectivamente habitada y no comprende los edificios habitualmente deshabitados, como afortunadamente ha empezado a decirse a partir de la S. de 21-3-1964 (bajo ponencia de CALVILLO), rectificando el criterio jurisprudencial anterior. Por lo demás, el casuismo legal más bien complica que resuelve la interpretación. Buen ejemplo el del jardín de recreo anejo y en comunicación con la casa que constituirá dependencia, pero no el mismo terreno dedicado a huerta o cultivo, de modo que un tal lugar agravará o no, según que el dueño lo destine “a plantar flores o coliflores”, como con frase caústica dice nuestro autor.

¿*Quid* cuándo el lugar es habitado conjuntamente por los sujetos activo y pasivo del robo? El problema es arduo y frecuente en la *praxis*, dado que la crisis de vivienda impone muchas veces tal con-

(30) RODRÍGUEZ DEVESA, *Contribución al estudio del robo con homicidio*, en “Anuario”, XI, 1958, pág. 507.

vivencia a título de hospedaje, realquiler, etc. La jurisprudencia es fluctuante, no sólo en España, sino también en Francia y Alemania. QUINTANO suministra un criterio ciertamente atendible: el de la ajenidad de la habitación, concepto tan relevante en toda la materia patrimonial y en el que parecen inspirarse las últimas decisiones del Tribunal Supremo (SS. 16-V-1962 y 13-III-1964), cuando estima que la casa en que sirve la criada no es ajena a ella. Por lo mismo, los locales de uso común en hoteles y establecimientos análogos no engendran la agravante, pero sí los que sirven de habitación a huéspedes y empleados.

La laxitud se echa de ver también en el concepto de *edificio público*, que habrá de aplicarse a los edificios estrictamente oficiales, en una especie de "desacato local" o lejana reminiscencia del *furtum aulicus* justiniano, por lo que parece abusivo aplicar la agravación a lugares tan poco aulicos, como los mercados o almacenes por muy municipalizados que estén en el orden administrativo.

La cualificativa de *asalto* en sus dos versiones del número 3 y número 4 del artículo 506, es innovación del Código vigente. Torna a ser perturbador el denunciado unitarismo, pues no es concebible que esta dinámica de asalto sea aplicable a los robos con fuerza en las cosas, pero la literalidad del precepto así lo consiente, como ha tenido que reconocer la jurisprudencia, aunque la doctrina ha denunciado unánime la anomalía (antes que QUINTANO, RODRÍGUEZ DEVESA y CUELLO CALÓN). Pero tratándose de vehículos ha exigido, lo que es más conforme con aquella dinámica, que se hallaren en movimiento y conducidos, por tanto, por personas, de modo que el asalto haga relación a éstas. Por cierto que, en este punto, escapó al casuismo del artículo 506 la comisión del delito de robo haciendo uso de vehículo de motor, norma ya usual en legislaciones extranjeras y que también preveyó la nuestra para el hurto de uso. La reforma de 8 de abril de 1967, que incluyó en el Código el robo y el hurto de uso de vehículos de motor (art. 516 bis) e introdujo, entre otras novedades, la de imponer las penas del robo violento si en la ejecución del hecho se empleare violencia o intimidación en las personas; suprimió la agravación de emplear el vehículo para cometer un delito que habían tenido en cuenta tanto la Ley de 1950 como la de 1962 sobre uso y circulación de aquellos vehículos, lo cual, después de lo dicho, ha de computarse como una regresión.

La *facultad agravatoria del artículo 511* es enjuiciada severamente por QUINTANO, crítica que confirme el escasísimo uso que la praxis ha hecho de la misma.

Como *tipologías marginales* cabe señalar: la *entrada en heredad cerrada para cazar o pescar* por algunos de los medios del artículo 500, cuyo correcto lugar está en las respectivas leyes especiales de caza o pesca, las cuales, como quiere JIMÉNEZ ASENJO (31), se re-

(31) JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, *Manual de Derecho penal especial*, Madrid, Éd. Rev. Der. Privado, 1950, pág. 210.

parten hoy la competencia con el Código en este punto: Si el acceso a la heredad es con violencia o fuerza, se aplicará la anómala figura del Código y si el acceso es clandestino la ley especial.

La *tenencia y fabricación de útiles para el robo*, otro tipo periférico, no lo considera QUINTANO como un acto preparatorio especialmente castigado, como es usual decir, sino como delito de peligro abstracto o, mejor aún, de mera sospecha, como lo confirma la alusión al “descargo suficiente” empleada en el tipo como medio idóneo de desvanecer la sospecha. No se trata, pues, de una estructura formal o de mera actividad, como en la tenencia de armas, sino que el ulterior destino delictivo de los útiles está siempre presente. Por lo mismo, no es posible el concurso con el robo cometido con tales instrumentos, salvo que el delincuente tuviere otros no empleados para el mismo. Claro es que, como tal delito de sospecha (el antiguo delito de policía), despierta animadversión por la incertidumbre típica congénita a tal especie de infracciones y que algún Código, como el alemán, trata de paliar al reducir la figura a los reincidentes.

En fin, el artículo 513 que prevee la *asociación para cometer el delito de robo* es también precepto supérfluo, dado el reenvío que hace al número 2.º del artículo 172, precepto genérico en la materia que basta y sobra para que se aplique a cada especie delictiva, como ya pusiera de manifiesto en su día VICENTE GONZÁLEZ (32).

No deja de señalar QUINTANO, antes de concluir este capítulo de generalidades, la incongruencia de considerar como delito de robo con violencia en las personas, la figura de registro domiciliario por funcionario no judicial que sustrae los efectos registrados, contenida en el último párrafo del número 2.º del artículo 191 del Código, equiparación fértil en toda clase de imprevistas y, seguramente, no queridas consecuencias por el legislador. En sentido opuesto, el apoderamiento violento de cosa perteneciente al deudor, considerado por el artículo 337 como realización arbitraria del propio derecho, reúne todos los caracteres típicos del robo, que no bastan a compensar la exigencia finalista de hacerse pago al acreedor, pues a su socaire pueden perpetrarse apoderamientos abusivos.

12. EL ROBO VIOLENTO

a) *La violencia y la intimidación.*

Ya es sabido que el concepto genérico de robo recogido en el artículo 500 necesita el complemento típico de los artículos 501 y 504, según se trate de robo violento o con fuerza en las cosas. Ahora, se ha de insistir en las profundas diferencias de ambas especies de robo, no obstante, su común tratamiento legal. Incluso dentro del primer grupo, ofrece cada tipo concreto singularidades muy dignas de mención.

(32) GONZÁLEZ GARCÍA, Vicente, *Asociación para cometer el delito de robo*, en “Rev. Leg. y Jur.”, 1947, pág. 54.

Hay, con todo, un elemento común a todas estas especies delictivas de robo violento. QUINTANO lo encuentra concretado en la cláusula “con motivo o con ocasión” del robo, siquiera por exigencia literaria no se repita en todas ellas. Esta expresión imprime una proyección finalista a cada una de estas figuras complejas del artículo 501, en las que prima el *animus lucri faciendi* y que justifica su inclusión en los delitos contra la propiedad, de modo que faltando la dirección finalista del robo, desaparece la figura para convertirse en un caso normal de concurso de delitos. Lo principal es, pues, en el ámbito subjetivo lo patrimonial, y lo accesorio lo lesivo, lo que da a estos delitos una perspectiva objetiva de resultado poco concorde con las exigencias culpabilistas.

La violencia física y la moral o intimidación quedan parificadas en la ley española de manera expresa (y no simplemente tácita como en la argentina), siquiera, como es lógico, tenga la segunda un ámbito más reducido en las distintas tipologías del artículo 501. Por lo demás, no es estrictamente necesario que la violencia anteceda cronológicamente al hecho, pero sí que sea *con motivo o con ocasión del robo*: Si perpetrado un hurto o una estafa, se causa por el agente alguno de los resultados lesivos a que alude el artículo 501, habrá un concurso de infracciones, pero no un robo de esta especie. Esta correcta solución culpabilista acogida por QUINTANO no es la predominante en la doctrina y en la jurisprudencia españolas, quienes ven un obstáculo insalvable en el último párrafo del artículo 501 al prever como agravación cualificativa el uso de armas para proteger la huida. Insiste QUINTANO en que estamos ante una mera agravación que no puede desvirtuar la exigencia, insita en cada uno de los tipos, de que los resultados lesivos que describen lo sean con motivo u ocasión del robo. A nuestro juicio se da aquí un problema más procesal que sustantivo que, como tantas veces, se resuelve por los fáciles cauces de simplificación de la prueba. En el fondo, hay unanimidad en exigir un dolo antecedente de robo y en repudiar el *dolus subsequens*, pero, de una parte, aquel dolo inicial de robo se da por supuesto en el caso de uso de armas *ex post facto*, y de otra, se prolonga arbitrariamente el proceso causal de la ocasionalidad. La jurisprudencia que, como hemos dicho, mantiene la extensión de tal proceso causal, sólo se detiene cuando las violencias son muy posteriores a la consumación del delito, como en el caso de homicidio para encubrir la sustracción ya cometida (S. 18-V-1959), o cuando el propósito de apoderamiento surge con posterioridad a la violencia ejercida sobre el sujeto pasivo (Sentencia 23-X-1953 y otras).

La *intimidación* en el robo plantea el arduo problema de diferenciario con las amenazas condicional —lucrativas del artículo 493— número 1.º. QUINTANO reitera el criterio carrariano de que, en este último delito, la entrega de la cosa no se exige de forma tan inmediata como en el robo, criterio que de tiempo atrás adoptó la jurisprudencia. Con ello se privilegia, desde luego, al delito de amenazas

remuneratorias, siendo como es un “robo aplazado”, pero ello es más bien defecto de coordinación del sistema legal, que también encontramos en otros ordenamientos.

La cuestión de la eficacia de la llamada *intimidación implícita*, ligada a supuestos de prestigio o temor reverencial, como en los casos de ejercicio abusivo de funciones autoritarias, lo resuelve QUINTANO distinguiendo dos hipótesis: La del prevalimiento acompañado de efectivas amenazas de detención o represalias, en cuyo caso no cabe la menor duda de que existe robo. Y la de mero prevalimiento que intimida de modo unilateral al sujeto pasivo, sin que el activo tenga tal propósito intimidativo, que dará lugar a hurto cualificado por el abuso de confianza o con la agravante genérica de abuso de autoridad. Una interpretación extensiva favorable al robo sólo tendrá lugar cuando la Ley lo diga expresamente, como acontece con el número 2.º del artículo 191.

b) *La extorsión o robo documental: Cuestión sobre su naturaleza.*

La llamada *extorsión* del artículo 503, la caracteriza más bien QUINTANO como *robo documental*, aduciendo en prueba su inclusión en los delitos contra la propiedad y más concretamente en el capítulo de los “robos” junto con el propósito de apoderamiento lucrativo implícito en el tipo, a través del giro finalista de *para defraudar a otro*. Enfrenta así la tesis de RODRÍGUEZ DEVESA, monografista en el tema, quien trata de separar la extorsión del robo, con base precisamente en el argumento de que la finalidad de defraudar exigida para la extorsión en el artículo 503, sustituyendo al ánimo de lucro requerido para los robos en general por el artículo 500, se satisface con el propósito de perjudicar a un patrimonio ajeno sin que contemporáneamente se exija el ánimo de enriquecerse el autor (33), a lo que QUINTANO replica que la idea de defraudación en el Código y en la interpretación jurisprudencial incluye el beneficio propio, como acontece en las estafas que tampoco exigen de manera expresa el ánimo de lucro, pero se entiende englobado en el fin de defraudar. El puro ánimo de perjudicar, desplazaría la calificación jurídica al delito de daños documentales del artículo 560 en concurso con el de coacciones, lesiones, etc.

Sin ánimo de terciar en el debate, sí nos parece que en el artículo 503 se aloja una figura especial que, ora se acerca al delito de coacciones, ora al robo, según se contemplen los dos órdenes de casos que la dicha figura encierra: Los de obligar a suscribir u otorgar el documento, con cuya actividad se consuma el delito y que claramente es una coacción de primer grado; y los de obligar a entregar el documento, cosa mueble al fin, siquiera con un contenido jurídico-patrimonial, que difícilmente pueden diferenciarse del robo violento,

(33) RODRÍGUEZ DEVESA, *Extorsión*, en *NEJ*, IX (1958), pág. 380.

si no es precisamente en razón a la naturaleza documentaria de la cosa. Claro es que la idea de defraudar perseguida por el agente, es la que aglutina ambos supuestos y la que, sin duda, sirvió al legislador para castigarlo *como culpable de robo*, pero no es menos cierto que esa figura de dición empleada y que hemos subrayado, indica bien a las claras la necesidad que se tuvo de equiparar las conductas descritas con el robo, siendo así que ya venían incluidas en el capítulo relativo al mismo, lo que excusaba la redundancia. En resumen, el *nomen* legal es el de robo, pero el contenido de la figura es ciertamente *sui generis*, lo que tal vez, en plano de *lege ferenda*, debiera obligar a una diferenciación epigráfica, aun dentro de los robos con violencia o intimidación, a la manera como se hizo con la apropiación indebida respecto a las estafas. El mismo QUINTANO contrapone esta figura delictiva con los "robos propios", prueba de su relativa ya que no plena autonomía, y denota su especialidad con el nombre de "robo documental o extorsivo".

c) Consumación y coparticipación.

De innovación valiosa califica nuestro autor la especialidad de la *consumación* contenida en el artículo 512, introducida, como es sabido, por la reforma de 1944, que puso fin a las fluctuaciones de la jurisprudencia en este punto, siquiera su redacción no resuelva todos los casos, como el supuesto inverso de que se perfeccione el propósito lucrativo y se frustré el violento (el homicidio propuesto por ejemplo), o se trató de atentado a la honestidad (violación) o a la libertad (secuestro), que también figuran en el artículo 501, pero que no lo son contra la vida o integridad a que se constríe el 512, y, en fin, los casos de intimidación o de violencia sin resultado lesivo. Todas estas hipótesis no incluidas en esta norma especial, obligarán a aplicar los preceptos generales sobre frustración y aun a la ruptura del complejo. Problema más grave es el de la *coparticipación* que, si se agudiza particularmente en el robo homicida, es general y común a todos los supuestos lesivos del artículo 501. QUINTANO comienza por discriminar la verdadera naturaleza de estos sedicentes *delitos complejos*, que no son tales sino más bien *compuestos*, con la excepción del robo violento sin resultado lesivo, que no admite escisión alguna, tal como reclama el verdadero delito complejo. Tampoco son auténticos delitos cualificados por el resultado, dado que tampoco éstos permiten la disociación de sus componentes.

A tal consecuencia se llega, en vista de la doctrina jurisprudencial que, si bien habla de delito complejo, permite el tratamiento separado de los elementos que lo integran. Así, la separabilidad es norma general cuando al resultado típico calificador del compuesto, se añaden otros resultados, como varias muertes, lesiones o violaciones, los cuales recobran su vida propia en concurso de delitos. Esta técnica, sin embargo, no se sigue enteramente en el tema de coparticipación, pues, si bien se aprovechó la fuerza lógica del artículo 60 para excluir de

la "complejidad" a los cómplices, no se hizo lo mismo, inexplicablemente con los coautores, aun en los casos más patentes de no intervención en los actos ejecutivos lesivos, ni en su planeamiento conjunto, de modo que ha sido práctica, casi constante, la de imputarles en su integridad el resultado total. No hay que decir que tal solución pugna con los puros principios de la culpabilidad y aun de la causalidad jurídica. Por ello, los fallos del Tribunal Supremo que disienten de la postura habitual alcanzan singular relieve: SS. 13-VII-1880, 11-VII-1890, 17-III-1900 y 8-XI-1935.

Se ha argumentado por la doctrina, en favor de la tesis extensiva, que la mera presencia constituye una especie de ratificación consensual tácita (34), pero ello —dice QUINTANO— no deja de ser mera sospecha, que puede ser contradicha por la real intervención y actitud del mero partícipe, la cual debe ser la decisiva. Ni tampoco es argumento la invocación del artículo 502 respecto de la cuadrilla, que extiende la autoría a los malhechores presentes a la ejecución del robo, como hizo la S. 23-II-1872, dado que la presunción que sienta el precepto es *iuris tantum* y admite, por ello, prueba en contrario. Y es que, como ya hemos subrayado anteriormente, las dificultades de prueba no pueden trocarse en presunciones de culpabilidad. Bastante es que la Ley imponga tales presunciones en casos concretos, para que se les dé luego alcance general. Estamos, pues, en un todo de acuerdo con QUINTANO al resumir así su posición: La solidaridad de los partícipes puede y debe ser aceptada, pero sólo cuando se planea la violencia, o cuando la presencia del partícipe refuerza la acción del ejecutor, en suma, cuando supone la participación una ventaja. Es recusable, en cambio, en las violencias unilateralmente ejecutadas, en situaciones de mera accidentalidad. Todo ello quiere decir que la separabilidad o inseparabilidad del "complejo" es una cuestión de puro hecho, que no puede decidirse *a priori*, con arreglo a criterios formales.

13. ROBO CON HOMICIDIO

Todo lo que antecede sirve de adecuada preparación para adentrarse en el estudio de una de las figuras más graves de la criminalidad, el delito capital de robo con homicidio, cuyos antecedentes están en la *rapina* del derecho justiniano, aplicable sobre todo a salteadores y ladrones de caminos, y en el *latrocinio* de los prácticos, siquiera este último tuviera una acepción mucho más lata que nuestra actual noción, la cual data del Código de 1848, con la misma lacónica redacción del vigente. Con todo, esta fórmula ha ido ganando terreno en Derecho comparado (Portugal, Bélgica, Grecia, Suiza y varios países hispano-americanos) en contraste con la duplicidad de tipologías que existe en los Derechos alemán y soviético que lo consideran, bien delito

(34) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Crónica del crimen*, 4.^a ed., La Habana, 1950, página 35.

contra las personas (*Raubmord*), bien contra el patrimonio, de modo que este último es un robo agravado por el resultado y el primero un asesinato con móviles codiciosos; y, en contraste, en fin, con el Derecho italiano, donde no existe complejo de clase alguna, sino simple concurrencia de delitos.

En íntimo enlace con el anterior aspecto jurídico, el robo homicida se mueve, en el plano criminológico, entre los extremos de la muerte incidental no querida ni aceptada y el del asesinato, en que lo secundario es el apoderamiento. El verdadero robo homicida se caracteriza, en este aspecto, por el hecho de planearse el robo con la *posibilidad de matar*. Su urdimbre psicológica se aleja igualmente del asesino que mata por placer como del simple ladrón que elude el derramamiento de sangre.

a) *Naturaleza jurídica*.—No hay duda de que la redacción del tipo incita a considerarlo en un plano de estricto objetivismo, de calificación por el mero resultado letal, en el que aparece como básico el propósito originario de robo y el homicidio como algo accesorio y hasta incidental o episódico. Pero tal consideración no debe extremarse hasta desbordar los límites de la causalidad jurídica y de la culpabilidad, y caer en los más recusables extremos del *versari in re illicita*.

Con todo el predominio que se quiera dar al atentado patrimonial, la figura compleja es para QUINTANO una estructura jurídica dolosa, por lo que, ciertamente, deberían quedar al margen de la misma, no sólo los resultados mortales meramente fortuitos, sino también los culposos, siquiera el autor se ve obligado a rectificar esta lógica conclusión, al estudiar en el apartado siguiente la problemática culpable.

Ciñéndonos ahora al plano causal, será menester excluir del tipo las actividades nuevas que rompen el nexo causal jurídico, aunque subsista el material, ruptura que se pone más de relieve cuando en la actuación del culpable se interfieren actos ajenos. Desgraciadamente, no ha sido siempre éste el criterio jurisprudencial y así la Sentencia 13-IX-1934, consideró aplicable la figura de robo con homicidio, si resulta muerto uno de los ladrones por la policía que les perseguía. Pero siguiendo esta trayectoria causal llegaríamos al absurdo de considerar incurso en el núm. 2.º del artículo 501, al ladrón que resulta con lesiones graves en la huída. Por el contrario, es obvia la extensión del complejo a la muerte de personas que no sean sujetos pasivos del delito patrimonial, como transeúntes, policías o personas que acudan a la persecución del ladrón, como de antiguo ha venido haciendo la jurisprudencia.

b) La *pluralidad de homicidios*, derivada del robo, mereció, como es sabido, una sucesiva y distinta solución jurisprudencial: En una primera etapa, que alcanza hasta 1929, se apreció un solo complejo, tesis unitaria que fue combatida en doctrina por CUELLO CALÓN (35), reemplazada luego por la contraria de considerar tantos complejos

(35) CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, II-2, 12.ª ed., págs. 799-800.

como muertes. No hay duda de que la primera consideración conduce a un intolerable impunidad de los homicidios excedentes, pero la segunda tampoco puede aplicarse indiscriminadamente. Según QUINTANO, habrá lugar a la plural calificación de robo con homicidio, si se planearon las distintas muertes (caso de las dos estancieras de Sevilla, contemplado por la S. 7-VII-1955), pero no si los acaecimientos fueron ocasionalmente episódicos, cual en la S. 18-V-1959 (en el caso Jarabo, respecto a la muerte de la mujer y de la sirvienta del robado). En esta segunda hipótesis de accidentalidad, sólo debe computarse para el complejo una de las muertes, y considerar las restantes como homicidios o asesinatos, según proceda. Aceptando lo esencial de esta doctrina, tal vez pudiera dársele una base legal, formulándola por analogía con lo dispuesto por el artículo 71 para el concurso instrumental de delitos, de modo que si los distintos homicidios se muestran como medio necesario para cometer el robo propuesto, habrá lugar a tantos complejos como homicidios y, en caso contrario, sólo uno de los homicidios servirá para integrar el complejo y los restantes se castigarán con independencia.

c) *¿Muerte u homicidio?*—Conforme al tenor literal del precepto, no basta que resulte *muerte*, como se dice en otros preceptos, tales como el artículo 260-1.º, 348 o último párrafo del 411, sino que es menester *homicidio*, con todo el sentido técnico que esta voz comporta, según opinión de RODRÍGUEZ DEVESA (36) que, por lo mismo, excluye, en el plano de la culpabilidad, los resultados mortales fortuitos (por no ser homicidio) e incluye los culposos, que vendrán a ser el “límite mínimo” del robo con homicidio. Ya hemos visto que QUINTANO quisiera ir más allá y excluir también el homicidio por mera culpa, si bien tropieza para ello con el objetivismo que informa la figura, acéntuado, a veces, por la interpretación jurisprudencial, y termina por reconocer —violentando su punto de partida— que la adscripción al complejo de las muertes culposas no choca demasiado al dogma de la culpabilidad “por las características de acusado peligro para la vida que entraña el robo violento, en que son ciertamente previsibles y aun probables los resultados más funestos, en una perspectiva afín al dolo eventual que justificaría la homogeneidad” (pág. 420). Lo correcto sería para nuestro autor, que tal imputación culposa se hiciese constar expresamente, como lo ha hecho el Código suizo, y el Código alemán por reforma de 1953.

En sentido inverso, se plantea también el problema de la inclusión en el tipo de muertes que integrarían por sí *asesinato* o *parricidio*. No basta para resolverlo, acudir al criterio formal de estar tales figuras comprendidas en nuestro Código (Título VIII del Libro II) bajo el capítulo del homicidio, para concluir que son homicidios cualificados y, como tales, incluibles en el robo homicida. Por la misma razón formalista habríamos de extender el complejo a las

(36) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, II, Madrid, 1949, pág. 361. El mismo, *Derecho penal español*, Valladolid, 1966, págs. 372-374.

demás figuras que abarca la rúbrica del homicidio (riña tumultuaria, inducción o ayuda al suicidio).

Por lo que respecta al asesinato, la jurisprudencia ha terminado por incluirlo en todo caso en la figura compleja, por entender que el término "homicidio" había sido empleado en el texto en su significado lato y vulgar de cualquier muerte. R. MUÑOZ-R. DEVESA, no aceptan esta tesis de la absorción, tanto por la ya dicho, de que desconoce la naturaleza propia de cada elemento componente del complejo, como por frustrar la voluntad legal de castigar más gravemente el asesinato (o el parricidio) con arreglo a las normas ordinarias del concurso de delitos y perjudica, en cambio, al reo de robo con homicidio al aplicar como genéricas del complejo las circunstancias agravantes propias tan sólo del asesinato (37). QUINTANO, prescinde de estos argumentos de la gravedad y se sitúa en el plano subjetivo del *propósito inicial*, que ya hemos visto expresado anteriormente, de modo que el complejo se mantendrá si la muerte surgió incidentalmente, sin previo plan o propósito de hacerlo, pero si se acreditase el conjunto ánimo de matar y robar, podría darse paso al concurso de asesinato y robo.

Más clara parece a nuestro autor la solución en caso de *parricidio*, ésto es, de quien matare al padre o madre (o demás sujetos pasivos mencionados en el artículo 405) para robarles, dado que la especificidad del parricidio, mantenida a ultranza por QUINTANO, deberá desplazar al complejo.

d) *Las circunstancias*.—Valores tan heterogéneos como los de la vida y propiedad, que yacen en el complejo de robo homicida, dificultan, como es lógico, la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad, pues, la que resulte aplicable a cada uno de los componentes, puede repugnar al conjunto. Dejando a un lado las eximentes, que apenas si provocan dificultades, las de aplicación más polémica son las atenuantes de *preterintencionalidad* y de *arrebato*.

La primera de las dos se ha rechazado siempre, con base en que el tipo comprende los resultados reales aun no queridos, como sucede en los supuestos de muerte por colapso cardíaco producido por el susto o en los de asfixia por la mordaza, que de otro modo serían típicamente preterintencionales. QUINTANO se une a la doctrina científica que, desde SILVELA y GROIZARD, impugna la objetividad del tipo y quiere la diferenciación entre la muerte querida y la sobrevenida episódicamente, distinción a la que puede dar cauce la jurisprudencia, precisamente con base en la preterintención, a la que sólo una S. de 21-X-1952 parece apuntar como posible, siquiera su "difícil" concurrencia la hizo inaplicable en el caso.

La atenuante de *arrebato* u *obcecación* ha conseguido algún mayor éxito, como en la interesante S. 30-I-1957, pero el Tribunal Supremo siempre se mostró reacio a la admisión de circunstancias pasionales en el delito complejo, sin duda por exigir en ellas la legitimidad de los

(37) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, II, Madrid, 1949, pág. 365.

móviles, superponiendo así un contenido ético al puramente psicológico de la atenuante.

Por el contrario, no ha habido escrúpulo en admitir las agravantes, notablemente las de premeditación y alevosía, pese a que esta última tropezaría con el obstáculo formalista de su definición en el número 1.º del artículo 10, de reservarse a los *delitos contra las personas*. La dificultad se eludió con base en la tesis de la autonomía de los componentes del complejo a la hora de estimar las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Esta postura aplaudida por QUINTANO, en principio, por lo que tiene de superación del formalismo deshumanizado por las realidades de la vida y de la lógica, peca, a juicio del mismo, de unilateral, al no ser tenida en cuenta del lado de la atenuación. Precisamente el distinguo que hace la jurisprudencia moderna al encarar la premeditación debiera extenderse a las demás circunstancias. Consiste este criterio en rechazar la premeditación si sólo se planeó el robo, de modo que la muerte surgió incidentalmente; y admitir la agravante siempre y cuando se incluyese en el plan previo la utilización de medios violentos contra las personas. Tal discriminación se ha llevado a cabo igualmente en el uso de disfraz y en la nocturnidad.

e) *Conclusión crítica*.—Conformes en líneas generales con el estudio que de este instituto hace el maestro desaparecido, sólo podemos reprocharle un cierto alogicismo, cuando partiendo de la premisa de que el robo homicida es una estructura dolosa, premisa totalmente correcta a nuestro juicio, luego acaba por admitir la posibilidad de incluir en su seno el homicidio meramente culposo (por descontado que el fortuito queda descartado en todo caso), contradiciendo su inicial aserto. Para nosotros, el legislador ha querido reunir dos delitos distintos, el robo y homicidio en una sola figura compleja, habida cuenta de que es una realidad criminológica, y por tanto psicológica y social, la del que roba aceptando la posibilidad de la muerte ajena para lograrlo; ¡No se busca matar, pero se consiente en ello, si el caso llega! Y esta situación eventual del homicidio se ha expresado con la frase *con motivo u ocasión* que no sólo acota la relación causal, sino una situación de culpabilidad comprensible, también, de lo que en doctrina se ha llamado dolo eventual. A una situación eventual, justificadora del complejo, de la unidad delictual querida por la Ley, debe corresponder, en el plano culpable, la eventual dolo-sidad del que no planea matar pero lo admite, si es necesario para conseguir éxito en el robo. En consecuencia, por arriba, queda excluido del complejo el asesinato, y por abajo, el homicidio culposo además del fortuito. RODRÍGUEZ DEVESA tiene razón al ver en el término *homicidio* un elemento normativo para postular la tesis del delito complejo y excluir la de cualificación por el resultado, pero como QUINTANO, queda a medio camino, cuando admite la posibilidad del homicidio culposo dentro del complejo. Creemos que la voluntad de agravación de la Ley al construir la figura, para incluir en la severa pena los supuestos de eventualidad en la muerte (la agravación resulta

ya innecesaria en el asesinato, como muy bien argumenta R. DEVESA), debe detenerse ante el homicidio meramente culposo aquí por notoriamente excesiva. A ello conduce también una interpretación sistemática y de conjunto del artículo 501, del que el robo homicida va en cabeza como hipótesis más grave, hasta el apartado 5.º que incluye los resultados lesivos más benignos, en una especie de unidad decreciente de gravedad. Por consiguiente si se postula como válida la inclusión del homicidio culposo en el apartado primero del precepto, habrá de admitirse igualmente la inclusión de las lesiones culposas en los restantes y respectivos apartados en que no hay duda que se mencionan en todo su sentido técnico-jurídico, como lo demuestran las citas de los distintos números del artículo 420, y no sólo ésto, sino que se ve bien claro, comparando las penalidades de este artículo 420 y las del 501, la agravación que sufren las penas del primero al entrar en el complejo. Pues bien, tal penalidad agravada no puede sino referirse a las lesiones dolosas, las cuales están situadas en la misma línea que otros delitos estrictamente dolosos, como la violación, la mutilación causada de propósito y el secuestro, con los que se emparejan las lesiones más graves. La misma conclusión se obtiene al observar cómo se igualan en la pena la violencia o intimidación manifiestamente innecesaria con las restantes lesiones graves. Si se admite que también entran en el complejo tales lesiones en su modalidad culposa, toda la armonía punitiva del precepto queda rota y la equiparación con los mencionados delitos dolosos se hace insostenible. La conclusión es obvia, por tanto: Si el artículo 501 tiene una unidad interna, basada en la misma coyuntura productora del resultado (“con motivo o con ocasión”), como ha puesto muy bien de relieve QUINTANO, y por otra parte ofrece una unidad externa basada en un orden decreciente de resultados al que se ajusta la penalidad (el que se ha llamado “precio de la pena”, no puede por menos que tenerse en cuenta como un elemento más de interpretación de la *mens legis*), la culpabilidad tendrá que ofrecer también un trazo unitario, en este caso el doloso, para no barrenar en sus cimientos toda la construcción legal.

14. OTROS ROBOS VIOLENTOS

Nuestro autor califica de “promiscuo amontonamiento de supuestos delictivos” el que muestran los restantes apartados del artículo 501. En verdad se hubiera podido evitar con una norma general, como la existente en tantos ordenamientos extranjeros, de agravar el concurso instrumental de delitos, agravación que, por otra parte, no sería privativa del robo, sino de otros concursos tan odiosos como puedan serlo el homicidio con violación o el homicidio con secuestro.

a) El robo acompañado de violación resalta más que ningún otro supuesto lo artificial de su conexión legal, dado que el delito de violación no se concibe como necesario en algún modo para perpetrar el de robo. El complejo en este caso, obedece más a razones tradi-

cionales de delincuencia atávica y rural que a razones técnicas. Por lo mismo, la jurisprudencia lo restringe sabiamente al supuesto de que exista propósito inicial de robo, de modo que si el apoderamiento patrimonial surge con posterioridad a la violación, el concurso será de este delito con el de hurto. Aun cuando carente de jurisprudencia, QUINTANO entiende que debería llegarse a igual concurso si la violación no fuera la del número 1.º del artículo 429, sino la de los números 2.º y 3.º, ya que en estos dos últimos supuestos está ausente la *violencia* o *intimidación* que exige el robo.

La obligada concordancia entre los artículos 501 y 429 suscita otras dificultades, como la eficacia del perdón por parte de la ofendida o de su representante legal respecto del complejo. Una vieja sentencia resolvió el problema negando tal eficacia con base en la inseparabilidad del complejo, doctrina en aquel entonces intangible, pero vista la autonomía acordada hoy a los delitos componentes, el problema retorna. QUINTANO se muestra decidido partidario de la ruptura del complejo, de modo que quedaría extinguida la responsabilidad por el delito contra la honestidad y viva la correspondiente al delito patrimonial. La dificultad de esta tesis está en que si el perdón se otorga después de dictada sentencia, como hemos podido comprobar en la *praxis*, la pena impuesta, por ser única, no admite tal discriminación. No vemos entonces otro recurso que el ejercicio del derecho de gracia, al amparo de la Ley de 18 de junio de 1870, de modo que pudiera indultarse la parte proporcional de pena. A la postre se trata también de perdón o gracia, aunque ejercitado a través de otra vía.

b) La *mutilación* o *lesiones* acompañantes del robo, no siempre justifican la complejidad, al frustrarse en algún supuesto la pretendida agravación punitiva buscada por el legislador al construir la figura compleja. En sentido opuesto, la discriminación penal hecha en las mutilaciones del artículo 419 por la reforma de 1963, parece debió tener paralelo reflejo en la pena del 501 que sigue conminando la única de reclusión mayor, cualquiera que sea la clase de mutilación producida. Por lo demás, se igualan en el número 2.º del artículo 501 la mutilación y las lesiones del número 1.º del artículo 420, lo que demuestra una vez más la naturaleza preordenada de la primera, bastante a compensar los resultados más graves que pueden producir las segundas.

La proporción punitiva se mantiene en los números 3.º y 4.º del artículo 501, para volver a romperse en el número 5.º del mismo: Por un lado, al quedar incluidas en este apartado, *per exclusionem*, las lesiones menos graves y leves, de modo que en todos estos casos, al igual que si sólo concurre intimidación, se impondrá la misma pena de presidio menor. Tal igualdad no es plausible y rompe con el sistema, por lo que no falta razón a QUINTANO al propugnar en tales supuestos de lesiones menos graves y leves un concurso normal con el robo. De otra parte, la pena de presidio menor puede resultar inferior a la que correspondería por la cuantía de lo robado mediante

fuerza en las cosas, lo que no deja de ser otra incongruencia punitiva. Tales anomalías subirían de punto, a no dudar, si se aceptase la inclusión en el complejo de las lesiones culposas, lo que nos reafirma en la interpretación, que hemos defendido, de que el artículo 501 es una estructura estrictamente dolosa.

c) El *rescate o secuestro*.—A la detención del robado bajo rescate, añadió la reforma de 1944 el intento de secuestro de alguna persona, expresión mucho más amplia esta última, que avanza la consumación jurídica y que hace inútil la primera. En igual superfluidad incurrió dicha reforma al introducir la cualificativa 4.^a del artículo 481 en el delito de detenciones ilegales: Exigencia de rescate para poner en libertad a la persona detenida, ya que el supuesto concuerda exactamente con el número 2.^o del artículo 501 que, siempre se aplicará preferentemente, a tenor del artículo 68, dada la mayor pena que atrae (S. 17-VI-1958). Igualmente quedaría destipificada la sustracción de menores del artículo 484 en favor de esta modalidad del robo, una vez se acreditara móvil de lucro en aquella sustracción. Por el contrario, la simple *amenaza de secuestro*, deberá integrarse en el delito de amenazas lucrativas del artículo 493 por no constituir aún un acto de ejecución intentada.

Propiamente, en este supuesto no es que se violente a una persona para robarla, sino que la persona misma es el objeto del robo a fin de obtener una ganancia ulterior, por lo que se trata más bien de una modalidad de la extorsión, como por ejemplo, la considera el Código italiano.

Volviendo a la exposición dogmática, QUINTANO encuentra abocada a confusión la frase de ser detenido el sujeto *bajo rescate o por más de un día*. Ciertamente que no se explica la detención sin propósito de rescate si nos atenemos al tenor gramatical de la disyuntiva. Lo probable para nosotros es que se haya querido introducir la presunción del rescate durando la detención del *robado* más de un día, de manera que aun sin haberse formulado la pretensión lucrativa por los que detuvieron al sujeto pasivo del robo, equivalga a ella el transcurso del mencionado lapso de tiempo. Claro está que el ánimo de lucro debe existir desde el principio, como lo denota la palabra *robado*, y sólo se trataría de inducir su existencia de aquella doble manera expresa o tácita. El problema interpretativo, quizá desaparece por entero, con la adición del *intento* de secuestro de alguna persona, introducida, como hemos dicho, por la reforma de 1944, pues, aquella dicción absorbe, por su amplitud, las hipótesis acabadas de mencionar.

La odiosidad del secuestro ha motivado la coexistencia de esta figura en el Código y en la legislación especial, comenzando por la llamada *Ley de Secuestros* de 1877, que tan eficaces resultados produjo en la represión del bandolerismo andaluz y extendida después a otras regiones españolas. Gran parte de sus preceptos revivieron después en la *Ley sobre Terrorismo* de 1934. Finalmente, la *Ley de Seguridad del Estado* de 1941, incluyó el intento de secuestro, que

se vuelve a tipificar en la de *Bandidaje y Terrorismo* de 1947 y refundida en 1960. Esta Ley especial reenvía al Código penal en caso de ausencia de riesgo para la vida o integridad física del secuestrado, aparte de la general posibilidad de inhibición de la jurisdicción ordinaria, cuando los hechos no revistieren gravedad. Por lo demás este *rigor poenalis* en la materia concuerda con otras disposiciones especiales que han proliferado en derecho extranjero, como las norteamericanas sobre *Kidnapping*, a raíz del sensacional rapto del hijo de Lindbergh, la ley alemana de 1936 o la francesa de 1937, que modificaron los respectivos Códigos endureciendo la penalidad.

d) *La gravedad manifiestamente innecesaria*.—Se trata de una agravación específica, claramente emparentada con la genérica de ensañamiento que, por lo mismo, es redundante. En tanto, le son aplicables los mismos defectos de técnica que se aprecian en la circunstancia 5.^a del artículo 10, al conectar la gravedad de los males causados con la *necesidad* del robo: Literalmente, las torturas más refinadas aplicadas a la víctima del robo, escaparían a esta agravación, siempre que hubieren sido necesarias para conseguir el propósito lucrativo. No hay que decir que la *praxis* jurisprudencial ha corregido tamaña consecuencia.

e) *La cualificación de cuadrilla y banda*.—El artículo 502 contiene una agravación para el jefe de la cuadrilla (pena superior inmediata) y una doble presunción *invis tantum* para los componentes de la cuadrilla: una, la de considerar autores a todos ellos en los delitos perpetrados, y otra, la de estimarlos presentes por el hecho de formar parte de ella. La primera de estas presunciones ya viene afirmada por la jurisprudencia en el plano general de la coautoría en el robo. La segunda incide ya en mera sospecha y como tal reprochable. El tono “procesal” o probatorio de tales presunciones, no impide la aplicación para los meros partícipes de la agravante genérica del número 13 del artículo 10, con su alcance penal sustantivo de imponer la pena en su grado máximo. Por ello se ha podido hablar, con referencia al robo en cuadrilla, no de un tipo agravado en sí mismo, sino de una *unidad delincuente*, en expresión acertada de OLESA (38). Por lo demás, la definición de la cuadrilla en el mencionado catálogo de agravantes origina nuevas dificultades de concordancia con el artículo 504 que ya prevé, en su párrafo último, el uso de armas. Todo ello pudo evitarse con una sencilla referencia a la ejecución en bandas organizadas, como en el Código alemán (*Bandendraub*) o en el argentino.

15. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. GENERALIDADES

En este apartado, acomete QUINTANO problemas comunes de tipicidad, culpabilidad (dolo), penalidad, grado de ejecución y participación, y circunstancias.

(38) OLESA MUÑOZ, Francisco Felipe, *La cuadrilla como unidad delincuente en el vigente Código español*, en “Anuario, X, 1957, págs. 299 y ss.

Como es sabido, la definición del artículo 500 —al igual que para el robo violento— es preciso completamentarla con los cuatro incisos del 504, los cuales constituyen otros tantos *elementos o concreciones típicas* de la sedicente fuerza en las cosas, que en códigos más modernos se van simplificando mediante fórmulas más latas. La reforma de 1944 ha operado aquí en un doble sentido: Suprimiendo, por un lado, las viejas circunstancias de uso de nombre supuesto o de simulación de autoridad, ajenas, en verdad, a la fuerza característica del robo; y ampliando, por otro, la eficacia de aquellos cuatro elementos típicos, o “circunstancias” en el lenguaje legal, al no exigir, ya que sirvan de medio de ingreso en determinados lugares cerrados, siquiera hayan de servir para alcanzar la cosa (S. 30-V-1962).

Paralelamente, la *culpabilidad* ha de proyectarse sobre el medio comisivo y el apoderamiento de la cosa a que aquél tiende en plano finalista. A diferencia del robo violento, en que basta que la concurrencia del apoderamiento y de la violencia resultante (homicidio, etcétera) se den ocasionalmente, en el robo real o con fuerza en las cosas es menester una relación causal entre apoderamiento y medio comisivo. Hay, en rigor, dice QUINTANO con sumo acierto, dos acciones y dos voluntades en relación de medio a fin. Por ello elogia la “muy sabia sentencia” de 19-XII-1947, que denegó la calificación de robo, pese a mediar escalamiento, en unos muchachos que, habiendo saltado una tapia *para* recobrar un balón, concibieron luego la idea de apoderarse de algunos efectos, lo que consideró hurto, precisamente por falta de la necesaria ilación de voluntades. Otro tanto debe decirse en los casos de escalamiento, fractura o uso de llaves falsas con fines amatorios u otros ajenos al lucrativo, y en los que el apoderamiento surgiese después incidentalmente.

En conexión con estos problemas de culpabilidad y acción finalista dirigida, se hallan los supuestos de “robo de uso” y de “apropiación indebida violenta”. En cuanto al primero, admitido el hurto de uso, al menos en el ámbito de los vehículos de motor, deberá ser igualmente admitido con el mismo u otro *nomen*, y ya sea igualándose en la pena, como hacían las Leyes de 1950 y de 1962, al no distinguir una u otra forma comisiva (S. 26-X-1963), ya sea agravando la pena, si se emplea fuerza en las cosas, como hace el actual artículo 516 bis del Código penal, reformado por Ley de 8 de abril de 1967.

Más arduo es el supuesto que denomina QUINTANO de “apropiación indebida violenta”, para designar el apoderamiento de las cosas ajenas legitimamente poseídas, mediante alguna de las formas comisivas del artículo 504: Caso del depositario de un mueble cerrado que lo fractura o abre con llave falsa para apoderarse de su contenido. Una vieja jurisprudencia optó en tales casos por la apropiación indebida en lugar del robo y, ciertamente, cabrían hoy apoyar la solución tradicional, dado que en el delito de apropiación indebida no se distinguen por la Ley los medios de llevarla a efecto, de modo que la fuerza que pueda emplearse es un mero episodio sin trascendencia típica. Por el contrario, en el robo, como en el hurto, se exige

un ataque no sólo a la propiedad, sino también a la posesión ajenas, doble ataque ausente en el delito de apropiación indebida que, por definición, sólo quebranta la propiedad, toda vez que la posesión ya fue legítimamente transmitida al sujeto activo.

La *penalidad* del robo con fuerza vuelve a instaurarse sobre la base de la cuantía de lo sustraído, con la única diferencia respecto al hurto, de que no existe la degradación a falta. No es cosa de insistir en las incongruencias punitivas a que tal sistema aboca y que la última reforma de cuantías por Ley de 8 de abril de 1967 ha paliado pero no suprimido: Baste pensar que el robo con fuerza real, si excede de 25.000 pesetas, atrae mayor pena que el robo con violencia personal del número 5.º del artículo 501, cualquiera que sea la cuantía de este último.

En íntima conexión con este tema penológico está el de la posibilidad del *delito continuado* en el robo real, que al acumular o restar cuantías influirá notoriamente en la pena a imponer. Desde luego es preciso afirmar la posibilidad de tal continuación delictiva (no obstante, lo que afirma demasiado categóricamente la S. 20-XII-1947) a diferencia de lo que ocurre con el robo violento que, versando sobre bienes tan personales como la vida e integridad física, impiden aquella unificación delictiva. La única duda que suscita la actual jurisprudencia es la de si el escalamiento, fractura o llave falta, han de emplearse tan sólo la primera vez, de modo que las sustracciones sucesivas no hagan sino aprovechar esa fuerza inicial, o bien puede mantenerse la continuidad, aunque en cada sustracción haya de renovarse el empleo de fuerza típica. QUINTANO se muestra partidario de esta última posibilidad, concurriendo, claro es, los requisitos esenciales y sustantivos del delito continuado. Nos adherimos a este parecer, subrayando que debe haber homogeneidad típica en la ejecución, de modo que si una vez se emplea escalamiento y otra fractura, por ejemplo, existe diversidad típica destructora de la unidad delictiva. Y ello no por mera sutileza técnica, sino porque la disparidad ejecutiva implica ruptura de la unidad de ocasión y con ella del clima favorable a la repetición del hecho. En suma, desaparece aquel especial ámbito subjetivo-objetivo, que se da especialmente trabado en el delito continuado y cuyo completo desenvolvimiento no podemos hacer aquí (39).

Aquella dualidad de acciones, propia del robo con fuerza en las cosas, vuelve a proyectar su distinta influencia en los grados ejecutivos: No son los medios comisivos elementos de consumación, sino que lo es el apoderamiento, de modo que, al igual que en el hurto, es la *posibilidad de disposición* de la cosa el criterio decisivo. Una

(39) DÍAZ PALOS, *Delitos de fraude colectivo: delito masa*, en "Revista Derecho judicial", núm. 1, 1960, págs. 72 y ss. En este trabajo hacemos un estudio paralelo del delito continuado y del llamado delito-masa (*nomen* ya admitido por la jurisprudencia española en sus últimas sentencias a la par que su construcción técnico-jurídica) para demostrar su diversidad psicológica, aunque, por otro lado, estén muy próximos.

excepción la constituye el supuesto tercero del artículo 504, en que se alteran los términos de la relación de medio a fin, pues, así como el escalamiento, fractura o llave falsa sirven de medio al apoderamiento de la cosa, aquí la sustracción de la cosa ha de ser *para* fracturarla o violentarla fuera del lugar del robo, de modo que tal fractura consumaría el delito, a no ser porque la Ley adelanta jurídicamente dicha consumación, bastando el propósito de aquella violencia posterior en la cosa.

Por lo demás, si llegó a ponerse en práctica el medio comisivo sin alcanzarse el apoderamiento de la cosa, habrá frustración, pero si la imperfección delictiva alcanza al mismo escaló, fractura o empleo de llave falsa, habrá tan sólo grado de tentativa.

Cuando la cosa carece en absoluto de valor, QUINTANO más que en la frustración piensa en el *delito imposible*, en su estricta versión de falta de objeto delictivo y no de tentativa inidónea, ya que los medios se mostraron aptos para el robo y lo que falló fue la existencia de *res furtiva*. Conocida la posición de nuestro autor en esta materia, de considerar el delito imposible por falta de objeto o sujeto pasivo como afin con el delito putativo y atípico en definitiva, no ha de extrañar que se pronuncie sobre la impunidad de estos supuestos de robo. Realmente, todo depende del alcance con que se admita el llamado delito imposible en tesis general.

La noción de *autor* se exagera por la jurisprudencia en el robo con fuerza en las cosas, al hacer depender de modo tajante la coautoría del concierto previo, sea cualquiera la participación prestada luego por cada interviniente y aun bastando ese acuerdo anterior sin ninguna intervención ejecutiva. Excepcionalmente se ha considerado *complicidad* el suministro de información a los autores del robo para facilitar su comisión. En cambio, el transporte de los efectos robados con conocimiento de su procedencia, unas veces se consideró encubrimiento (SS. 19-VI-1947 y 7-I-1949) y otras coautoría (S. 3-V-1961). Bien es verdad que esta última sentencia da a entender que los actos de transporte coadyuvaron a la consumación, "a la realización del delito", que sin ellos no hubiera sido posible.

En tema de *circunstancias*, registra QUINTANO una postura jurisprudencial restrictiva respecto a eximentes y atenuantes. Aparte las obligadas de inimputabilidad, apenas si se encuentran fallos favorables a las demás, no obstante, que alguna de ellas, como el estado de necesidad, puede tener la misma aplicación en el robo real que en el hurto.

En cuanto a las agravantes, son las de nocturnidad y despoblado las que, lógicamente, encuentran mayor aplicación sin grandes dificultades. Estas surgen, por contra, a la hora de estimar la premeditación y el abuso de confianza. Ya de antiguo se dijo que la agravante de premeditación no era adecuada al robo con fuerza en las cosas por ser, en cierto modo, inherente a la acción que exige, de ordinario, una cierta preparación de medios (S. 7-XII-1885), postura que apoya el desaparecido profesor, frente a otra favorable a la apreciación, por

ser normal en el robo esa previa excogitación de medios y plan. También se muestra adverso a la admisión del abuso de confianza: Las defensas puestas por el dueño de la cosa, que son las que quebranta el autor del robo, son la mejor prueba de la falta de confianza previa, eso sin contar con que la violencia viene a ser el polo opuesto de la astucia y prevalimiento, alma de tal agravante. En este sentido vino a pronunciarse la S. de 26-VI-1962, aunque no sea éste el sentir común de la jurisprudencia, al centrar la agravación en las facilidades comisivas que proporciona al autor su condición personal de dependiente, servidor o amigo, doctrina que una vez más impugna QUINTANO en tesis general y que en el particular caso del abuso de confianza reitera, al encontrar el fundamento de la agravante en el tradicional criterio ético de la ingratitude y quebranto de la lealtad debidas, más que en las facilidades de comisión que siempre son buscadas por el delincuente y, como tales, inherentes a la actividad delictiva.

16. LA FRACTURA

Este concepto alcanza a los medios comisivos números 2 y 3 del artículo 504. Por la violencia y primitivismo que entraña es el más característico y antiguo del robo real (o, si se prefiere, del hurto cualificado).

La *effractio* romana fue una noción más bien limitada al acceso de la casa y por ello referida al riesgo que suponía para las personas que la habitaban: De ahí la distinción entre el efractor nocturno y diurno. En consecuencia, el concepto de penetración o acceso es tradicional en nuestro Derecho (Fuero Juzgo, Partidas). Esta tradición secular se abandona cuando la interpretación independiza la fractura interna de muebles de la externa de inmuebles, llegándose a consumir el proceso cuando, en el Código vigente, se equiparan ambos *modus operandi*. Sin embargo, aflora el factor locativo, como supervivencia de su antigua importancia, en el número 3.º del artículo 504: Sustracción de muebles para fracturarlos fuera del lugar del robo. Ello obliga replantear el actual concepto de fractura.

Por de pronto, la fuerza que se exige no es la *vis in re*, sino la fuerza medio para llegar a las cosas cerradas, la *vis ad rem*, de ahí que al arrancamiento de árboles, de objetos adheridos a inmuebles, etcétera, sean casos de hurto y no de robo. Ello indica una perspectiva finalista de acceso que la jurisprudencia viene exigiendo, ya que no importa tanto la violencia *sobre* la cosa como *para* llegar a ella. Lamenta QUINTANO que este recto y restrictivo criterio no se haya tenido también en cuenta para interpretar los conceptos de escalamiento y de llaves falsas.

Sentado que la fractura actúa sobre las defensas puestas por el propietario (los *repari* de CARRARA), más que sobre la cosa misma, ya se comprende que su razón de ser como elemento típico yace en un *plus* de defensa penal, paralelo al que adopta con el cerramiento de

la cosa el titular de la misma. No es, pues, de índole subjetiva (mayor peligrosidad del agente), sino de naturaleza objetiva el fundamento de la fractura. De otra suerte, no podría transmitirse, conforme al artículo 60, a los partícipes que la conocieron y aceptaron.

En el plano criminológico, la fractura no se considera suficiente, por sí misma, para caracterizar el robo a costa del hurto. Por otra parte, el efractor que cuenta en Criminología es el que despliega una cierta técnica (apertura de cajas de caudales, por ejemplo) que evidencia al *profesional*, especialista en su "trabajo". Ello hace predominar la astucia sobre la fuerza bruta en esta modalidad delictiva, operante en la soledad a fin de evitar la violencia personal. Por otra parte, en fracturas de suma complejidad, es obligado el concurso de otras personas, hasta constituir bandas en las que se reparten los papeles, como nos muestra el cine de nuestros días al unísono con la realidad.

De lo dicho se desprende el concepto trimembre de la fractura que sigue QUINTANO en el estudio dogmático de la misma: La externa sobre inmuebles; la interna de muebles; y la fractura futura por sustracción de muebles.

La primera constituye la más caracterizada forma de fractura, y la hemos visto en la base inicial de la noción. A diferencia de otros Códigos, el español parifica los *rompimientos* externos de paredes, puertas o ventanas, con la fractura de objetos cerrados, hasta el punto de que muy bien pudieran haberse englobado ambos medios en una sola circunstancia cualificativa del robo, que siguen diversificados en los números 2.º y 3.º del artículo 504. Al no haberse llegado a tal unificación, resta alcance a la reforma de 1944, cuando se pretende que ya no cuenta la cuestión del acceso.

En efecto, la exhaustiva mención de *pared, techo, suelo, puertas o ventanas*, dice bien a las claras que el texto legal se refiere, al menos en este punto, a inmuebles y al quebrantamiento de sus elementos estructurales de acceso. De ello deducimos, una vez más, que el quebranto de tales defensas sólo constituye robo, si va encaminado al apoderamiento de los efectos que se custodian tras de los muros, puertas, etc. Y así, la sustracción de la puerta misma, desgajada para ello de sus goznes, entraña hurto y no robo, como acertadamente calificó la S. de 8-V-1954. Por lo demás, la puerta ha de estar efectivamente cerrada, si ha de cumplir su misión de defensa, siendo entonces indiferente la mayor o menor fuerza empleada para su fractura. La casuística al respecto es infinita, lo que explica la aparente contradicción jurisprudencial en tema de apertura de puertas. Por su parte, QUINTANO saca todas las consecuencias de su tesis y entiende, frente a la postura innovadora de la S. de 20-X-1947, que la fractura empleada no para entrar sino para salir del lugar, es irrelevante para calificar el robo: la fractura se desconectó finalísticamente del propósito de robar, dirigiéndose a la bien distinta de ponerse a salvo.

La fractura interna, es decir, la referida a *muebles u objetos cerrados o sellados*, se parifica con la externa, en el sentido de que ha

de servir de medio para la sustracción del contenido de tales cosas. La mención de cierres o sellos en la Ley española, coloca a nuestra jurisprudencia en una zona intermedia entre la posición de extremo rigor de la jurisprudencia italiana, y sobre todo alemana, que llega a hablar de "fractura" de los bolsillos cerrados de un traje, y la más restricta postura de la jurisprudencia francesa que exige el previo acceso a un determinado local cerrado. Por ello nuestros altos jueces entienden que las simples ataduras externas que sujetan las cosas no son cierres, pero, en cambio, el quebranto de precintos de un vagón de ferrocarril cualifica el robo en tanto que tales precintos equivalen a sellos. *De lege ferenda*, es criticable tal equiparación, de procedencia francesa, pues, como ya puso de relieve CARRARA, los sellos persiguen una simple garantía de integridad y no de defensa.

Dentro de este tipo de fractura, vuelve a solicitar nuestra atención la de automóviles, toda vez que la defendida noción finalística de la fractura, como medio de llegar a las cosas protegidas, se agudiza al tratar de vehículos de motor. Nada hay que objetar a la tesis del robo, cuando el vehículo se sustrae de local cerrado o cuando, cerrado el mismo vehículo, se sustraen las cosas en él contenidas con la consiguiente rotura de cristales, forzamiento de cerraduras, etc. Pero si tal fuerza se emplea para sustraer el vehículo en la vía pública, es decir, para entrar en él y ponerlo en marcha, el problema puede plantearse, como de hecho se plantea en la *praxis* alemana. Si en la española se ha optado por el robo, también en este caso, es porque lo permiten la distintas modalidades de la fractura. Esto lleva al estudio crítico de esa última modalidad o acepción del concepto.

Se acostumbra a decir que en la sustracción de muebles *para* violentarlos fuera del lugar del robo, se anticipa la consumación jurídica sobre la real, bastando la *amotio* o traslado de la cosa cerrada para tener por perfecta la acción. De "extraño inciso" califica QUINTANO a esta última parte del artículo 504-3.^a, por aparejar "consecuencia bien extraordinaria", pero que sirve a nuestro autor para abrir brecha en la cerrada tesis de que, a partir de la reforma de 1944, el factor de acceso es irrelevante, al menos en estos casos. Y no lo es, desde el momento en que se mienta el *lugar del robo* del que se sacan los objetos para ser fracturados o violentados *fuera* de él, de modo que si los objetos en cuestión no han sido sacados de local alguno, será lícito plantear la cuestión de si en tal caso habrá hurto y no robo. La conducta no cabe desde luego, en la primera parte de la circunstancia 3.^a, puesto que la fractura no es aquí medio de ejecución, sino que obra en función de fin. La opción en favor del hurto se impone, singularmente si la sustracción opera sobre cosas perdidas, conforme al número 2.^o del artículo 514, o si la entrega se consigue mediante engaño, en que también privaría la calificación de estafa sobre la de robo, por más que la cosa apropiada o defraudada estuviere cerrada.

Por lo demás, QUINTANO no se pliega dócilmente a la tesis dominante de que baste la mera finalidad de fractura, aunque ésta no

se lleve luego a efecto. Tan excepcional derogación de las normas comunes sobre consumación, exigiría un precepto especial, como el contenido en el artículo 512, aparte de que se incumpliría la tipicidad general del robo del artículo 500, al no concurrir efectiva fuerza en las cosas, suplantada por el mero propósito de emplearla. Y aún cabría añadir que la preposición *para* permite en lengua castellana otras acepciones finalistas que la de propósito de futuro, entre ellas la de fin o término de la acción. El perturbador precepto o bien ha de considerarse como una superflua reminiscencia o como una derogación parcial sobre las normas comunes en la materia. Esto sentado, la interpretación debe ser lo más estricta posible, de modo que sólo será aplicable a los casos de fractura llevada a cabo fuera del local del que fueron sustraídas las cosas. Con todo, la moderna jurisprudencia no ha llegado aún a imponer tal requisito.

Por nuestra parte, entendemos que tales problemas interpretativos suscitan las reformas parciales del Código, ya que el desarrollo sistemático de las instituciones, en este caso el robo con fuerza en las cosas, obedece a un pensamiento central que a modo de hilo conductor penetra toda la exposición dogmática y, no hay duda, de que tal idea aglutinante yacía en nuestro caso, en la necesidad tradicional de acceso a un local y el esfuerzo sólo hubo de polarizarse en la cuestión de lugar habitado o no, pero susceptible de serlo. Eliminada esa idea madre por la reforma de 1944, pero no radiada por entero, como lo demuestra el inciso último de la circunstancia 3.^a del artículo 504, las dificultades interpretativas ya no afectan sólo a cuestiones periféricas, sino a la validez misma del tipo, como acabamos de ver al exponer el penetrante análisis del profesor madrileño. Si la reforma de 1944 quiso cambiar, como de hecho quiso, la base en que venía reposando el robo real, de modo que las cualificativas del mismo ya no fueran *medios de acceso*, sino circunstancias *concurrentes* en la ejecución, entonces debió irse a una redacción total y no a tal o cual retoque o supresión, insuficientes por sí mismos para renovar totalmente la antigua redacción. Este "miedo al cambio" radical, hace caer en reminiscencias y contradicciones muy difíciles de superar por la *praxis*. Con todas las cautelas propias del caso, aventuramos la posibilidad de salvar la interna antinomia que se da entre dicho inciso último de la circunstancia 3.^a y las demás cualificantes del precepto, entendiendo que la palabra *lugar* en aquél empleada no debe hacerse sinónima de *local* (como hace QUINTANO siguiendo la exégesis tradicional que es la que ahora se trata de superar), por ser más amplio el primer término que el segundo, en tanto que aquél engloba a éste, pero no a la inversa. En efecto, el vocablo *lugar* alude a sitio o paraje y en cambio, *local* es sitio o paraje cercado o cerrado y cubierto. En consecuencia, para que se cumpla la exigencia típica de la cualificativa que estudiamos, bastará con que el abstractor saque la cosa del ámbito espacial que ocupa, aunque tal perímetro o espacio ocupado por la cosa mueble cerrada o sellada no esté, a su vez, cerrado o cercado.

17. EL ESCALAMIENTO

Paralelamente a la fractura, el escalamiento ha sufrido una progresiva extensión de su concepto. Por de pronto, el escalamiento no es, en sí mismo, medio de fuerza, de modo que si es cualificativo del robo, lo es a virtud de la declaración legal. Ello explica que en otros Códigos, como el argentino, el escalamiento origine un hurto cualificado, pero no dé vida al robo. Lo mismo en el Código italiano, donde el *scalamento* no es medio de fuerza sino fraudulento o de destreza.

La primera extensión, a costa de la acepción filológica ínsita en el verbo escalar, se dio al fijar la noción de manera auténtica en el Código de 1848, como acceso insólito a un determinado lugar: "Hay escalamiento cuando se entra por una vía que no sea la destinada al efecto". Por lo demás, esta definición legal, de tan bella redacción, tuvo la virtud de imponerse por su precisa brevedad en doctrinas y jurisprudencias foráneas, como la francesa y alemana. Las reformas de 1932 y de 1944 han permitido nuevas extensiones, hasta no exigirse ya el ingreso en un local, bastando el escalamiento puramente exterior del edificio o el mero salto de obstáculos, abstracción hecha de la comunicación con edificio alguno. Con todo ello, se va minimizando, cada vez más, el esfuerzo físico que la noción debería comportar, con el peligro de desnaturalizar el fundamento de esta circunstancia.

QUINTANO se muestra, con razón, reacio a tales ampliaciones y propugna una interpretación restrictiva que restituya al escalamiento su pristina pureza. La mismo en cuestiones laterales, como la del consentimiento al escaló (perpetrado con fines eróticos, por ejemplo) pero no al apoderamiento, lo cual integraría hurto si no mediaron otros modos de fuerza para la sustracción.

Por lo mismo, y al igual que en la fractura, no debe desecharse tajantemente, tras la reforma de 1944, la conexión del escalamiento con el acceso a un lugar. De hacerse de modo tan rotundo, tendríamos que concluir que si no hay robo en quien tala un árbol con sus frutos, por no haber fractura, lo habría en quien trepa por ese mismo árbol para alcanzar tales frutos. Esto sentado, el autor resuelve de manera coherente con su criterio, las dos clásicas cuestiones de la sustracción a distancia y del escalamiento de salida, exigiendo en el primer caso la penetración o ingreso en el lugar donde se encuentran las cosas, de modo que su sustracción a través de las rejas o defensas que las protegen, sin trasponer estas defensas, integraría hurto, por haber tan sólo un falso escalamiento *longa manu*; y llegando a igual conclusión en el segundo caso, ya no sólo por razones de mera tipicidad y dinámica de la acción, sino porque aquí se añaden otras tocantes a la culpabilidad, dado que el escalamiento para salir del lugar del robo ya no es coetáneo a la ejecución misma y tal dolo *subsequens* es, por tanto, irrelavante. Naturalmente que este último razonamiento de QUINTANO no será válido cuando se estime que el escaló en cuestión aún cabe integrarlo en el momento consumativo del delito.

18. LLAVES FALSAS

Es la modalidad de robo más reciente, en el plano histórico, dado que supone una cierta técnica de refinamiento y progreso, ausentes en épocas más primitivas. Es por ello artificioso equiparar jurídicamente el uso de llaves falsas con la fuerza. Tal equivalencia data del Código napoleónico, en época de plenitud burguesa y de salvaguardia a ultranza de la propiedad, y de él pasó a nuestro primer Código penal que, siguiendo tal técnica francesa, equiparaba el uso de la llave falsa y el de la verdadera sin consentimiento del dueño.

El Código de 1848 elimina esta última acepción, pensando, sin duda, que bastante era la inclusión de la llave falsa como cualificativa del robo, como para recargarla con nuevas adiciones conceptuales. Con todo, se impuso el criterio francés en Códigos y doctrina científica por la influencia de CARRARA que lo acogió (40) y ello explica su retorno al Código español de 1870. Actualmente persiste, pero suprimida, como en el Código de 1928, la exigencia de "para entrar en el lugar del robo", vuelve a plantearse la cuestión del acceso y su irrelevancia tratándose de *muebles* cerrados.

Claro es que, se trate de muebles o inmuebles, para que pueda actuar la llave falsa es menester que estén cerrados. Y en esta correlación de cerramiento y apertura, encuentra QUINTANO una primera restricción al concepto de llave falsa, que repele ser aplicado a otras conductas ajenas a su destino de abrir las cosas cerradas. Por lo mismo, le parece cuestionable la S. 23-I-1962, que entendió había robo mediante llave falsa en el caso de apoderamiento de un automóvil abierto, pero que fue puesto en marcha utilizando un artilugio para ello.

Asimismo, la llave falsa debe ser medio para el apoderamiento de las cosas, lo mismo que las restantes cualificativas del robo, tesis general en la que no es preciso insistir. En consecuencia, y tratándose de inmuebles, la llave ha de servir para entrar, no para salir del local en que se custodian las cosas.

Una triple acepción de falsedad de llaves acoge el artículo 510 que, en opinión de GROIZARD (41) agotan las posibles dudas en la materia, pero que las realidades vitales ponen en entredicho.

En primer lugar, las llaves falsas propiamente dichas: *ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para el robo* a que se alude en el artículo 509. Claro está que no todos los útiles aptos para perpetrar el delito de robo *in genere* y a los que se refiere el 509 entran en esta primera acepción de llave falsa, sino que debe limitarse a los útiles aptos para *abrir sin romper* la cerradura, idoneidad en la que, con razón, insiste la jurisprudencia. Por otra lado, llaves genuinas en sí mismas (reproducidas mediante molde, etc.), serán o no falsas según que tal reproducción se haga sin consentimiento del ti-

(40) CARRARA, *Programa*, pág. 2173.

(41) GROIZARD, loc. cit., VI, pág. 267.

tular o con anuencia del mismo, lo que desplaza el problema al de la legitimidad de la llave.

El segundo inciso del artículo 510 alude, en efecto, a las *llaves legítimas sustraídas al propietario*. Se trata de un verdadero "hurto de la llave para robar", lo que impone una doble restricción: Por una parte, hurto y no apropiación indebida de la llave que se confía; y, por otro lado, sustracción de la llave con el ulterior fin de robar, de modo que si se sustrae la llave por sí misma, por su valor intrínseco, no hay más que hurto ordinario, y si se sustrae con fin lesivo pero no lucrativo, habrá simples daños.

La primera de tales limitaciones es la que suscita más problemática. Es evidente que la sustracción de la llave ha de constituir hurto, por tanto, cualquiera de las especies legales de hurto y, entre ellas, el hallazgo casual de la llave. La complicación empieza cuando la llave no puede decirse que esté escondida o perdida para el titular, pero tampoco confiada por éste al culpable (colgada de un gancho junto a la puerta, sobre la mesa de la portería, del clavero de un hotel, etc.). La jurisprudencia ha vacilado, pero un último fallo de 9-X-1963 sienta la doctrina general de que la situación en lugares visibles, hace perder a las llaves legítimas la condición de ser sustraídas, con el argumento, aplaudido por QUINTANO, de que no se ha roto por el culpable la relación posesoria del dueño con la llave, desde el momento que se dejó al alcance de aquél. Ciertamente, nos parece decisivo el argumento, toda vez que el desplazamiento o no de la posesión sirve, en tesis general, para distinguir la apropiación indebida del hurto. Por lo mismo, no nos parece consecuente nuestro autor cuando, más adelante, impugne la distinción entre ambos institutos jurídicos basada en la posesión previa de la cosa por el sujeto pasivo o *accipiens* (págs. 915 y sgs.).

Si la llave se sustrajo violentamente, y con ella se perpetra luego el robo, aquella sustracción queda integrada finalísticamente en este último delito, en aras de la unidad de dolo, a salvo, claro es, que aquel apoderamiento violento de la llave constituyese por sí mismo un delito más grave que el propuesto como meta, lo que haría funcionar el artículo 68 del Código.

La última acepción de la llave falsa: *Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el culpable*, es la de más difícil concreción típica. Si la inclusión del hurto de la llave legítima dentro del concepto de falsedad, ha tenido éxito dentro del Derecho comparado, esta última equiparación extensiva no ha tenido igual acogimiento, de modo que la aceptación española de tal tesis napoleónica, constituye una lamentable singularidad.

Si este último apartado se entiende, no de manera abstracta y separada, sino en función de los dos apartados que le anteceden, tendremos que esas *otras llaves* no pueden ser las propiamente falsas, ya incluidas en el apartado primero, ni las legítimas sustraídas al propietario, que caen bajo el número dos del precepto. *Per exclusionem*

serán, por tanto, las legítimas obtenidas mediante engaño o abuso de confianza. Lo que sucede es que este *modus operandi*, propio de la estafa, volatiliza toda idea de fuerza, para incidir claramente en un apoderamiento engañoso: La "estafa de la llave" impregna así todo el proceso depredador y destipifica el robo. A igual consecuencia habría de llegarse si se utilizan las llaves con abuso de confianza, esto es, si se aprovecha la tenencia de las mismas para conseguir el apoderamiento, en cuyo caso tendremos hurto con abuso de confianza o apropiación indebida, según que la tenencia de las llaves la tuviera el agente a precario o hubiera verdadera posesión de ellas por parte del tenedor. Al respecto es constante la calificación jurisprudencial de hurto, de modo que para que exista apropiación indebida, será menester que el culpable tenga la posesión o *disponibilidad*, así de las llaves como del contenido de las cosas cerradas, doble exigencia que, en cierto modo, se repele y que explica la ausencia de casos en la *praxis*. De todo lo expuesto se deduce que sólo en el caso de que no haya disponibilidad de llaves ni de objetos, será pertinente acudir al robo. Pero estos supuestos residuales será difícil que no encajen ya en alguno de los otros apartados del artículo 510.

