dad de las dos modalidades de robo a efectos de reincidencia, el condenado por un delito de robo con fuerza en las cosas que cometiese otro delito de robo con fuerza en un establecimiento abierto al público se vería beneficiado penológicamente si no se conformase con el forzamiento y lograrse a la vez intimidar a alguno de los presentes. De esa forma eludiría la agravante de reincidencia y la pena se podría ver sensiblemente rebajada (sin contar ahora con el posible descenso derivado de la apreciación facultativa del 242.3).

CONCLUSIÓN

En conclusión, entre los delitos de robo con fuerza en las cosas y robo con violencia o intimidación en las personas puede afirmarse la identidad de naturaleza necesaria para sustentar la agravante de reincidencia y así lo sostendrán los Fiscales en sus dictámenes y calificaciones.

CONSULTA NÚMERO 10/1997, DE 29 DE OCTUBRE, SOBRE ROBOS CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN PERPETRADOS EN MORADA

I

La consulta versa sobre las relaciones concursales entre el delito de robo con violencia o intimidación y el delito de allanamiento de morada. El supuesto de hecho que la motiva se produce ya bajo la vigencia del Código Penal de 1995 y consiste en el apoderamiento mediante intimidación de diversos objetos en el domicilio de la víctima. Tras conseguir que se le franquease la entrada del domicilio mediante engaño, la autora exige a la moradora que le entregue dinero y diversas joyas llegando a esgrimir amenazadoramente una jeringuilla ante la resistencia presentada, para emprender finalmente la huida en el curso de la cual lesiona a una vecina que había acudido alertada por los gritos.

No cabe duda alguna de que en la calificación jurídica de los hechos están presentes un delito de robo con violencia o intimidación de los artículos 237 y 242.1 y 2 y una falta o, en su caso, delito de lesiones. La cuestión suscitada estriba en dilucidar si será apreciable también en régimen de concurso medial el delito de allanamiento de

morada previsto en el artículo 202.1 y 2, dado que en principio parecen concurrir simultáneamente todos los elementos que describen tal infracción: permanencia en el domicilio ajeno contra la voluntad del morador valiéndose de intimidación.

La Fiscalía consultante, tomando en consideración la desaparición en el nuevo Código Penal tanto de la agravante genérica de morada (art. 22) como la específica de casa habitada en el robo con violencia o intimidación (art. 242) se pronuncia por la concurrencia junto al delito de robo, de un delito de allanamiento de morada.

II

Una adecuada respuesta al problema planteado en la Consulta exige adentrarse en cuestiones muy diversas. Y parece preciso además antes que nada dibujar el *status quaestionis* de los diferentes temas comprometidos bajo la vigencia del texto penal inmediatamente anterior. Ese ha de ser el necesario punto de partida para afrontar desde una plataforma sólida el alcance que deba darse a las modificaciones operadas por el nuevo Código Penal.

La compatibilidad entre los delitos de robo y allanamiento de morada bajo la vigencia del anterior Código Penal debía negarse radicalmente. Por un lado por la existencia de la agravación específica de perpetración del robo en casa habitada (art. 506.2.^a) que era aplicable no solo a los supuestos de robo con fuerza en las cosas sino también a determinados casos de robo con violencia o intimidación en virtud de la remisión que contenía el inciso final del artículo 501.5.^o De ahí que en virtud de los principios de especialidad y absorción no cupiese ni la apreciación de la agravante genérica de morada ni, por supuesto, el concurso con el delito de allanamiento de morada. La presencia de ánimo depredatorio excluiría el allanamiento de morada.

Por otra parte, la perpetración de un robo con violencia o intimidación en el domicilio de la víctima cuando no era aplicable la citada agravación específica de casa habitada hacía entrar en juego no el delito de allanamiento de morada, sino la agravante genérica de morada que contemplaba el desaparecido artículo 10.16.^a (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero o 16 de septiembre de 1988. Con criterio distinto, únicamente la sentencia de 13 de diciembre de 1990, que, además de ir acompañada de un voto particular precisamente por esta cuestión, sin negar la compatibilidad rotundamente estima que debe matizarse según los resultados alcanzados).

III

Estas conclusiones permanecen incólumes en el nuevo Código Penal para el delito de robo con fuerza en las cosas pues sigue presente para tal infracción la cualificación agravatoria basada en la perpetración de los hechos en casa habitada (art. 241), agravación que repudia la apreciación conjunta de un delito de allanamiento de morada.

Pero en los delitos de robo con violencia o intimidación (art. 242) se han cerrado todas las puertas para contemplar específicamente esa circunstancia de perpetración de los hechos en una vivienda.

En efecto, por una parte ya no existe portillo alguno para apreciar el subtipo cualificado de casa habitada a los delitos de robo con violencia o intimidación. Se culmina así una evolución que partiendo de la aplicación de esa agravación a todo tipo de robos (antes de la reforma de 1983), y pasando por la aplicación tan solo en determinados supuestos (art. 501.5.º, inciso final en la redacción conferida por la reforma operada en virtud de Ley Orgánica 8/1983), ha llegado en el nuevo Código Penal a la aplicación de esa agravación específica en exclusividad a los delitos de robo con fuerza en las cosas.

Y, en otro orden de cosas, el vigente panorama legal queda ya completado refiriéndonos a la desaparición de la agravante genérica de morada en el listado del artículo 22 del Código Penal de 1995. La realización del hecho «aprovechando las circunstancias de lugar... que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente» (art. 22.2.ª) no cubre los supuestos que antes contemplaba la agravante de morada y obedece a una teleología sustancialmente diversa: la protección de la intimidad y santidad del hogar –que fundamentaban la agravación del artículo 10.16.ª– ya no están de manera alguna presentes en las genéricas referencias al lugar de realización del hecho que se recoge en el artículo 22.6.ª

IV

No resultando aplicables por tanto ni una agravación específica ni una genérica que contemple la circunstancia de haberse perpetrado el robo con intimidación en un domicilio ajeno, parecen haberse desvanecido con la entrada en vigor del nuevo ordenamiento penal las razones que servían de base para rechazar el concurso de delitos entre el

robo con violencia o intimidación y el allanamiento de morada ahora contemplado en el artículo 202.

La diversidad de bien jurídico protegido por ambas infracciones –en un caso, el patrimonio; en otro, la intimidad y la inviolabilidad del domicilio– abona la conclusión de que estamos ante un concurso de delitos y no ante un concurso de normas regulado en el artículo 8. Tan solo el castigo a través de ambas infracciones abarcaría el total desvalor de la conducta afectante a diversos bienes jurídicos.

V

La conclusión anterior puede merecer determinadas objeciones. En efecto se han esfumado las bases que sustentaban la opinión unánime en la práctica y en la jurisprudencia de negar la compatibilidad entre los delitos de allanamiento de morada y robo con violencia o intimidación. Pero podrían argüirse desde distintas perspectivas otras razones para continuar rechazando la existencia en esos supuestos de un delito de allanamiento de morada.

Entre esas posibles objeciones destaca en primer lugar una referida a los elementos subjetivos del delito de allanamiento de morada. En ocasiones tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que el delito de allanamiento de morada requería un elemento subjetivo específico, el ánimo de atentar contra la intimidad ajena. De hecho también en otros países (Alemania, Francia e Italia) se ha producido esa discusión aunque la doctrina más reciente no vacila en entender que para la comisión de ese delito basta el dolo genérico, prescindiéndose de los *animi* o móviles que guían al sujeto.

El artículo 490 del Código Penal derogado contenía una descripción puramente objetiva, sin referencia alguna a elementos anímicos o tendencias o intenciones específicas. Pero la necesidad de buscar mecanismos que permitiesen excluir la punición de los supuestos de imprudencia (dado el sistema de *numerus apertus* de nuestro anterior Código Penal) y la conveniencia de levantar unas fronteras más o menos claras frente a la agravante genérica de morada, motivaron que la jurisprudencia y parte de la doctrina afirmasen en ocasiones la necesidad de un dolo específico de vulnerar la morada para apreciar el delito del antiguo artículo 490. Ese criterio permitía, conforme ya propuso algún clásico tratadista en criterio que luego plasmaría en el Código Penal Argentino, excluir el delito de allanamiento de morada cuando la entrada en la vivienda ajena se realizaba con la finalidad de cometer otro delito de mayor gravedad.

La base legal de tal doctrina era endeble y aparecía incluso contradictoria por la declaración del artículo 491 que hubiese resultado superflua de exigirse un dolo específico en el delito de allanamiento de morada. Pese a ello, junto a algún señalado autor, la jurisprudencia en diversas resoluciones exigió para apreciar el delito de allanamiento de morada un dolo específico o elemento subjetivo del injusto: el ánimo de atentar contra la «paz o santidad del hogar» (entre otras, sentencias de 24 de enero de 1961, 20 de febrero y 11 de noviembre de 1965, 20 de abril de 1966, 27 de mayo de 1968, 23 de octubre de 1969 y 8 de marzo de 1979), ánimo que no sería apreciable cuando la entrada en la morada ajena se hace con finalidad de cometer otro delito: contra la propiedad, contra la libertad sexual, contra la integridad física... En esos casos no sería apreciable un concurso de delitos con el allanamiento de morada, sino tan solo, en su caso, la genérica agravante de morada.

Sin embargo la jurisprudencia mayoritaria ha rechazado con toda lógica esa exigencia de un ánimo específico: basta el dolo genérico (sentencias de 17 de abril, 8, 14 y 19 de mayo de 1970, 8 de mayo de 1973, 5 de octubre de 1974, 29 de enero de 1975, 15 de enero y 15 de noviembre de 1976). La sentencia de 8 de mayo de 1973 razonaba así:

«Que para resolver el problema atinente a la culpabilidad, ampliamente discutido en la doctrina, de si es suficiente en el delito de allanamiento de morada, con la presencia del dolo genérico, de conocer o tener voluntad de entrar o mantenerse en vivienda ajena contra la voluntad de su morador, o si requiere la presencia, del antiguamente llamado dolo específico y ahora con más técnica elemento subjetivo del injusto, de sólo violar el bien ideal de la morada ajena y la “santidad del hogar”, no teniendo relieve en el primer supuesto, por estar ya consumado el acto con la realización del acceso, las finalidades subsiguientes, que operarían en concurso delictual, mientras que en el segundo caso, la constatación de otros objetivos distintos al de violar la morada, evitarían la acción dolosa del allanamiento que quedaría absorbida, por el deseo teleológicamente buscado, del delito-fin, es evidente, que aun reconociendo las fluctuaciones de la doctrina de esta Sala, entre ambas posiciones, resulta más fundada la que declara con la mayoría abrumadora de la doctrina científica patria, que sólo debe exigirse el dolo genérico, de tener conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico –entrar o permanecer contra la voluntad del morador–, porque el artículo 490 estructura tal infracción únicamente con base en elementos objetivos, sin constancia expresa de elementos subjetivos, al no exigir nominativamente, ningún propósito, ni intención especial determinada, como sería menester para la apreciación de los elementos subjetivos del injusto, máxime cuando se trata de un delito instrumental, que se pone en relación, por lo general, según denota

la experiencia, con otras finalidades, por ser la entrada el comienzo de un proceso con objetivo más distante, por lo que el dolo de violar el domicilio ajeno, más que de propósito, es de consecuencias necesarias, en que tal acto se representa en la mente del inculpaado como medio indispensable para conseguir la meta finalmente pretendida, que no se podría lograr de manera distinta, por lo que resulta indiferente el propósito que guíe al autor, ya quiera el allanamiento como fin o como medio de ulterior logro, salvo el especial supuesto de que el delito-fin exija expresa y típicamente la ejecución en morada ajena... »

La jurisprudencia más reciente apunta ya sin fisuras y de forma inequívoca en esa dirección sin que la configuración del delito de allanamiento de morada en el Código de 1995 (art. 202) introduzca elemento alguno que pudiese hacer inaplicable ese criterio jurisprudencial. En ese sentido se pronuncian las sentencias de 6 y 20 de noviembre de 1987, 9 de febrero de 1990 o la más cercana sentencia 2107/1994, de 28 de noviembre que aunque sigue hablando de dolo específico lo hace para equipararlo con el dolo genérico, como se deduce de la solución que se da al supuesto contemplado, explicando incluso que el delito de allanamiento de morada aparecerá casi siempre en concurso con otros delitos (implícitamente también las de 22 de noviembre de 1992 o la de 8 de junio de 1992).

VI

Negada la exigencia de un especial elemento subjetivo del injusto en el delito de allanamiento de morada queda expedito el camino para llegar a una solución concursal cuando la invasión ilegítima en la morada ajena era el medio para realizar un atentado contra otros bienes jurídicos: integridad física, vida, libertad sexual... Y en la jurisprudencia existen abundantes precedentes en esta línea: concurso con coacciones (sentencia de 9 de febrero de 1964); con lesiones (sentencias de 11 de marzo de 1964, 29 de septiembre de 1967, 18 de mayo de 1979, 11 de mayo de 1985, 18 de junio de 1990 y 17 de marzo de 1992); con violación (sentencias de 13 de mayo de 1964 y 7 de febrero de 1987); con agresiones sexuales (sentencias de 19 de mayo de 1970, 18 de mayo de 1990); con amenazas (sentencias de 15 de diciembre de 1970 y 6 de noviembre de 1987); con realización arbitraria del propio derecho (sentencia de 22 de abril de 1978); o con hurto (sentencia de 21 de marzo de 1984).

Y cuando se rechazaba el concurso de delitos se hacía para afirmar la concurrencia de la agravante genérica de morada hoy desaparecida (sentencias de 11 de noviembre de 1965, 26 de abril de 1977 o 20 de diciembre de 1978), insinuándose a veces incluso que posiblemente fuese más correcta la solución del concurso con el delito de allanamiento de morada (sentencia de 22 de noviembre de 1992 que contempla un caso de delito de violación con apreciación de la agravante de morada).

Expulsada del vigente Código Penal la agravante de morada, no cabe esa posibilidad de respuesta punitiva. En consecuencia todos los casos en que la entrada o permanencia ilícita en la morada ajena conviva con otra infracción penal se penarán a través de las normas del concurso de delitos que muchas veces será medial (art. 77), aunque no es descartable que en ocasiones haya que acudir al sistema ordinario de punición del artículo 73 por tratarse de un concurso real puro (sentencias de 17 de marzo de 1992 y 2107/1994, de 28 de noviembre).

No existe ningún dato o característica especial en los delitos de robo con violencia o intimidación que, con arreglo al nuevo Código Penal, fundamenten una solución distinta a la del concurso con el delito de allanamiento de morada que se utiliza sin duda alguna para otros delitos como los de lesiones o los que atentan contra la libertad sexual. La inexistencia de elemento diferencial alguno justificativo de un tratamiento diferente obliga a dar por válida también en esos supuestos la solución concursal, única capaz de abarcar el mayor desvalor de la conducta que supone, junto al atentado a la seguridad y a la propiedad, un ataque a la intimidad encarnada en la protección del domicilio. Tan solo en el delito de robo con fuerza en las cosas es descartable esa respuesta por la previsión específica del artículo 241.1.

De esa forma además se introduce un importante paliativo al absurdo que representaría establecer una penalidad igual y con posibilidad de rebaja para el robo con violencia cometido en casa habitada (art. 242.1 y 3) que para el robo con fuerza en idénticas circunstancias (art. 241.1).

Lógicamente para que se aprecie el concurso de infracciones será necesario que se den todos los elementos definidores del delito de allanamiento: penetración en la parte cerrada de la morada; voluntad contraria del morador, que no necesariamente ha de ser expresa basando la que se deduce lógicamente y racionalmente (sentencias de 2 de febrero de 1988, 9 de febrero de 1990 o 12/1993, de 14 de enero); un mínimo de permanencia en la morada tras la exteriorización de la voluntad contraria...

Esta solución, con las matizaciones que deban hacerse, es también válida para los delitos de allanamiento previstos en el artículo 203.

CONCLUSIONES

1.^a La supresión de la agravante de morada y la limitación del tipo agravado de casa habitada al robo con fuerza en el vigente Código Penal conducen a afirmar la compatibilidad entre el delito de robo con violencia o intimidación en las personas y el delito de allanamiento de morada.

2.^a La perpetración de un robo con violencia o intimidación en morada ajena a la que se haya penetrado de forma ilegítima, dará lugar a un concurso entre los delitos de robo y allanamiento que si se da la relación de medio a fin exigida por el artículo 77 del Código Penal deberá penarse con arreglo a tal disposición.

CONSULTA NÚMERO 11/1997, DE 29 DE OCTUBRE, SOBRE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS COMETIDO EN EDIFICIO O LOCAL ABIERTOS AL PÚBLICO

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 241.1 del vigente Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, prevé un subtipo agravado de robo con fuerza en las cosas cuando se cometa «en edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias».

La Fiscalía consultante plantea sobre dicho precepto dos cuestiones diferentes. La primera, objeto central de su exposición, hace referencia a si tal agravación opera solamente cuando el robo se cometa en edificio o local durante las horas de apertura al público, o si la agravación será de aplicación también cuando el robo se cometa en horas de cierre.

La segunda cuestión, suscitada en la Consulta de forma indirecta, se refiere al alcance de la expresión «edificio o local abiertos al público» y, en concreto, a cuáles sean las características definidoras