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

de los inmuebles que hayan de entenderse incluidos en la referida agravación.

Un orden lógico en el examen de tales cuestiones aconseja comenzar por la segunda. De esa forma, una vez fijado qué deba entenderse por «edificio o local abierto al público», se analizará cuál sea el horario al que alcanza la especial protección de tales lugares.

II. EL FUNDAMENTO DEL SUBTIPO AGRAVADO

La expresión «edificio o local abiertos al público» es empleada en el vigente Código Penal no sólo en el citado artículo 241, sino también en otros preceptos que utilizan parecidas expresiones. Así, entre otros, en el artículo 120.3 respecto de la responsabilidad civil subsidiaria; en el artículo 194 referido a la clausura de establecimientos o locales abiertos o no al público en los que se realizaren conductas constitutivas de delitos relativos y a la prostitución o de exhibicionismo y provocación sexual; en los artículos 203 y 635 referidos al allanamiento de locales; en los artículos 271 y 276.2 respecto de los delitos de propiedad intelectual e industrial; 298.2 y 302 apartados a) y b) en cuanto al delito de receptación; y, finalmente, en el artículo 369.2 que recoge un subtipo agravado en el delito de tráfico de drogas y 370 apartados a) y b) que regula su clausura.

Pese a tan profusa utilización del término, no existe en el Código un concepto legal de tales lugares, a diferencia de lo que sucede con los conceptos de casa habitada o de dependencias (apartados 2 y 3 del artículo 241). La indefinición ha suscitado una diversidad de criterios interpretativos que han tenido reflejo en las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales hasta la fecha, con la consiguiente disparidad de soluciones y merma de la seguridad.

En la indagación de la solución a tales problemas deberá necesariamente partirse del fundamento último de la agravación, es decir, de la razón de política criminal que ha movido al legislador a agravar tales conductas, como pauta interpretativa de primer orden para esclarecer el concepto de local abierto al público y el alcance, en definitiva, del subtipo.

En el Código Penal de 1995 la conducta delictiva se agrava por su realización en establecimientos o locales abiertos al público en los delitos de tráfico de drogas, en los de receptación y, finalmente, en los de robo con fuerza en las cosas. La finalidad de la agravación es distinta en cada uno de tales delitos.

En aquél radica en las mayores probabilidades de difusión de la droga y de eludir la responsabilidad al realizarse la actividad desde un local abierto al público. La finalidad aparente o de cobertura es la de prestar un servicio lícito que se desarrolla para tapar o camuflar la verdadera actividad ilícita, con la especial dificultad para el descubrimiento de los hechos y su persecución que conlleva la mezcla de ambas actividades y la confusión de personas que acuden al establecimiento. Por dicha razón, el subtipo agravado del artículo 369.2 –equivalente al antiguo artículo 344 bis a) número 2– se aplicará cuando se difunda la droga por los responsables o empleados de los establecimientos abiertos al público durante las horas en las que se halle abierto el local y pueda, por tanto, confundirse la actividad ilícita con la lícita que sirve de tapadera. Es claro que una operación de tráfico de droga llevada a cabo en el interior de un local durante las horas de cierre al público no permitirá por ese solo dato reclamar la figura agravada.

En el delito de receptación se prevé una agravación cuando el receptor adquiere, recibe u oculta los efectos para traficar con ellos. Incluso la pena se agrava si el tráfico se realizase utilizando un «establecimiento o local comercial o industrial» (art. 298.2 para la receptación de efectos provenientes de delito), o un «local abierto al público» (art. 299.2 para la receptación de faltas). El artículo 302 en sus apartados a) y b) contempla la clausura definitiva o temporal de los locales o establecimientos abiertos al público de las organizaciones dedicadas a este tipo delictivo. El fundamento de la agravación estriba en la mayor peligrosidad que supone el poner un establecimiento abierto al público al servicio de la receptación, con la facilidad para dar salida de dicho modo a los efectos receptados.

Sin embargo, en el delito de robo con fuerza en las cosas, por su propia naturaleza, la ratio de la agravación no coincide con el de las anteriores figuras delictivas y, por ello, se hace precisa la tarea de indagación, máxime cuando el legislador de 1995 no ha proporcionado orientación o justificación alguna de este subtipo en la escueta Exposición de Motivos del Texto punitivo.

El artículo 241.1 al referir la agravación del robo con fuerza en las cosas a que éste se cometa «en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias», equipara un conjunto de lugares de diferente signo. Junto a la casa habitada se incluyen los edificios o locales abiertos al público. En el CP derogado eran varios los lugares dignos de especial protección en el robo: la casa habitada (506 número 2), los edificios públicos (506 número 5) y las oficinas bancarias o recaudatorias (506 número 4).

Pues bien, ha de buscarse el fundamento que justifique la inclusión, junto a la casa habitada, de determinados espacios en el subtipo del artículo 241.1 del NCP.

Para la casa habitada, la jurisprudencia unánimemente ha señalado (así, por solo citar algunas, sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1988, 1 de marzo de 1990, 10 de abril de 1992 y 14 de junio de 1993) que la mayor protección de tales lugares se dispensa en atención a la especial peligrosidad del robo por la probable presencia de personas en el interior de la vivienda y al plus que supone el ataque a lo que se ha venido en denominar la «santidad del hogar», marco físico en el que se desenvuelven facetas esenciales de la intimidad de la persona. De ahí que el Alto Tribunal aprecie la agravación aun cuando no existan moradores accidentalmente en el momento de la comisión o cuando, incluso, el agente se asegura de la inexistencia de habitantes en dicho momento, en consideración tanto a la posibilidad de un inesperado regreso de los mismos cuanto del siempre existente ataque a la referida intimidad.

El problema estriba en averiguar el fundamento que permite la inclusión junto a la casa habitada de otros lugares tales como edificios públicos o establecimientos mercantiles o comerciales.

En el CP derogado se contenía una agravación del robo en el artículo 506 número 5, que disponía: «cuando se verifique en edificio público o en alguna de sus dependencias». La jurisprudencia recaída sobre este precepto —sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991, 26 de mayo de 1989, 8 de abril de 1986, 22 de noviembre de 1985, de 5 de diciembre de 1984, y 4 de junio de 1981, entre otras— vino entendiéndose por «edificio público», a efectos de la agravación, aquellos inmuebles que por su función se encuentran adscritos a cualquier servicio oficial, civil o militar, de las Administraciones Públicas.

El fundamento de la especial protección de tales lugares se dispensaba no sólo por la naturaleza de los mismos como bienes pertenecientes a las instituciones u organismos fundamentales de la sociedad, que encarnan, en mayor o menor medida, a todos los ciudadanos, sino también por el carácter de función pública que tiene cuanto dentro de los mismos se desarrolla, como misión realizada en pro de primarios servicios sociales, en su más amplio significado, la mayoría de las veces por personas investidas del carácter de autoridad o al servicio de las mismas.

La razón de la agravación, explicitada por la jurisprudencia recaída sobre el antiguo artículo 506 número 5 y enteramente acogible, podría justificar la inclusión de tales lugares en el nuevo subtipo. Sin

embargo, el artículo 241.1 del vigente CP no se refiere a «edificios públicos», como sucedía en el número 5 del antiguo artículo 506, sino a los edificios o locales «abiertos al público». De ahí se colige que el concepto de edificio o local abierto al público no es coincidente con el anterior concepto de edificio público.

Por una parte, con la expresión abiertos al público se excluyen aquellos edificios públicos en los que la actividad desarrollada no permita en modo alguno el acceso a los mismos de terceras personas distintas de quienes allí prestan sus servicios, es decir, de público. Los locales o edificios públicos pero no abiertos al público están excluidos del subtipo del artículo 241.1, al no darse en los mismos uno de los elementos exigidos por el subtipo. Ello sin perjuicio de que la sustracción en edificios públicos de cosas destinadas a un servicio público pueda venir agravada por la remisión del artículo 241.1 a lo dispuesto en el artículo 235.2 del Código Penal.

Por otra parte, se extiende el radio de la agravación a lugares en los que no concurre la nota de la afectación de servicios públicos de interés general.

Por ello, la nota de «abiertos al público» se erige en un dato esencial para indagar el fundamento último de la protección dispensada a todos estos lugares, ya sean de destino público o privado.

La razón de la agravación del antiguo artículo 506 número 5 para los edificios públicos no subsiste en el subtipo agravado en el artículo 241.1, que sólo comprende a los edificios públicos cuando en ellos haya posibilidad de libre acceso de público. Por ello, debe buscarse una justificación del subtipo que permita explicar la razón de la inclusión en el mismo de los edificios públicos únicamente cuando, además de los funcionarios o personal existente en su interior, puedan acceder terceros a su interior, así como de los edificios o locales destinados a fines de carácter particular.

De entre las posibles razones que se han esgrimido por la doctrina cabe citar las siguientes:

1.^a La protección última de la integridad física de las personas. La inclusión de estos locales obedecería al riesgo que de tales acciones se deriva para las personas que puedan hallarse en el interior de los mismos.

2.^a La protección del derecho fundamental de la intimidad de las personas, en la medida en que ésta se vulnera mediante la entrada en algunos de dichos lugares o sus dependencias.

3.^a La protección del comercio. Respondería así la inclusión de estos lugares a la decisión del legislador de dispensar una especial protección a la actividad mercantil de los comerciantes que se desa-

rolla en determinados espacios físicos –los locales de tipo mercantil o comercial–. Esta justificación llevaría a excluir del ámbito del subtipo a los edificios públicos abiertos al público.

4.^a Meras razones de técnica legislativa: la creación en el nuevo Código de una figura que, aunando los bienes jurídicos propiedad e intimidad, evite el concurso delictivo entre delito de robo con fuerza y el delito de allanamiento de local contemplado en el nuevo artículo 203. La agravación punitiva encontraría su fundamento en la inclusión en el ámbito del artículo 241.1 de la conducta típica del artículo 203.

El acogimiento de una u otra línea de justificación llevaría a conclusiones distintas en el entendimiento del subtipo agravado. Pese a reconocer la dificultad e inseguridad de la cuestión, hemos de acoger el primero de los fundamentos señalados. A ello contribuyen las siguientes razones.

En primer lugar, existe un antecedente legislativo que abona dicha interpretación: el Proyecto del Código Penal de 1980 en su artículo 246.1 emplea, por vez primera, idéntica fórmula a la del actual artículo 241.1. Dicha agravación ha ido posteriormente recogiendo en los sucesivos Proyectos hasta plasmarse definitivamente en el presente Código. Pues bien, en la Memoria Explicativa del Proyecto de 1980 puede leerse lo siguiente: «los robos calificados son (...) el perpetrado en casa habitada o en edificio o local abierto al público, noción esta última que reemplaza a la de edificio público o destinado al culto, con lo que *se pone el acento en el riesgo de ataque para las personas...*».

La omisión de toda referencia en la Exposición de Motivos del NCP puede suplirse así mediante ese texto proyectado que, pese a no cuajar en derecho positivo, sirvió de inspiración a los siguientes proyectos y entre ellos el que ha venido a ser el vigente Código, textos que no han hecho más que transcribir la modificación del Proyecto de 1980.

De otra parte, el Tribunal Supremo, en la función de complementar el ordenamiento jurídico con la doctrina emanada de la interpretación y aplicación de las normas, ha resuelto en sentencia número 591/1997, de 16 de junio, que «el fundamento de la agravación prevista en el número 1.º del artículo 241 del Código Penal no puede ser otro que el riesgo que pueda derivarse para las personas que pueden encontrarse en su interior cuando se comete el robo». El criterio sostenido por la sentencia fue previamente sometido al Pleno de la Sala Segunda del Alto Tribunal y aprobado por unanimidad.

Por último, ninguno de los otros criterios antes señalados explica el hecho de que se incluyan en el subtipo agravado un conjunto dispar de lugares (casa habitada, edificio público, edificio comercial, o dependencias de todos los anteriores) y se exija, además, a excepción de la casa habitada, que se hallen por su propia naturaleza abiertos al público.

III. CONCEPTO DE EDIFICIO O LOCAL ABIERTOS AL PÚBLICO

Partiendo, por lo tanto, de dicha justificación, que habrá de servir de clave para la resolución de cuantas cuestiones suscite la agravación, podemos señalar que en el concepto de edificio o local abierto al público, ya sea de destino público o privado, han de darse las dos siguientes notas:

a) Existencia de una cierta infraestructura y acondicionamiento de un local que permitan el acceso físico de público a su interior.

Esta primera nota ha permitido en el delito de tráfico de drogas excluir de la agravación determinados supuestos tales como los kioscos callejeros. En relación con el tráfico de drogas, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1994 ha estimado que no cabe reputar establecimiento abierto al público un kiosco callejero de la ONCE al sostener que no tiene virtualidad, por insuficiente infraestructura, para permitir camuflar el tráfico ilícito, por lo que no concurre el fundamento de la agravación.

Cabe cuestionarse si tal solución es trasladable al delito de robo con fuerza en las cosas. El fundamento de la agravación —riesgo para las personas que se encuentren en el interior cuando el hecho se comete— reclama la aplicación de la agravante solamente en la medida en que exista una cierta infraestructura inmobiliaria que dé cobertura a la actividad allí desarrollada y permita el acceso de público al interior. El empleo del término «local abierto al público» hace referencia a espacios o lugares cerrados, tanto según la significación etimológica del término local, como el de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictada con ocasión de la legislación arrendaticia que viene entendiendo por local el «...recinto comprendido dentro de las paredes y el techo que limitan ese espacio, tanto en sentido vertical como horizontal...» (sentencia de 27 de septiembre de 1985).

La agravante, pues, so pena de interpretar extensivamente el precepto, no podrá aplicarse a aquellos lugares en los que no exista la posibilidad de acceso de público al interior, en la medida en que no son, como gramaticalmente reclama el artículo 241, «local abierto al público». Se excluyen así los puestos de venta callejera, kioscos, taquillas de despacho de billetes, venta desde vehículos, etc... La agravación precisa de la existencia de un inmueble o local a cuyo interior pueda acceder público (oficinas públicas, bares, cafeterías, tiendas de artículos, hoteles, bancos, etc.).

Baste, por último, en este sentido, señalar que en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo antes citada, de 16 de junio de 1997, se recuerda que «...se sustituyó el concepto de edificio público por el absolutamente injustificable “local abierto al público”, que se estimó omnicomprendivo y que supone una descripción amplísima que acoge desde los edificios públicos en sentido estricto hasta cualquier lugar que está a disposición de toda persona *que en él quiera entrar...*».

La posible entrada de público en el local o recinto protegido, y no la mera permanencia en la vía pública o en el exterior, se erige en nota esencial para la apreciación del subtipo. El peligro derivado del robo con fuerza en el primero de los supuestos es evidentemente mayor, lo que justifica dicho requisito.

De otra parte, los artículos 203 y 635 al referir el delito y la falta de allanamiento, respectivamente, al «domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o establecimiento mercantil o local abierto al público», contraponen los conceptos de establecimiento o local abiertos al público al resto de los lugares que mencionan. En caso de robo con fuerza en tales lugares, cuando en ellos no se den las notas que ahora examinamos, se deberán aplicar las normas concursales entre el tipo básico de robo con fuerza y las infracciones penales contempladas en los artículos 203 y 635.

b) En tales locales ha de poder acceder indiscriminadamente cualquier persona –sin perjuicio de la reserva del derecho de admisión y de la existencia de un horario de apertura.

La posible entrada de público al local debe ser entendida como acceso de carácter físico, debiendo erradicarse por ello del concepto de local abierto al público aquellas dependencias a las que el público no accede físicamente sino en forma figurada a través de la atención que reciben, generalmente las veinticuatro horas, mediante líneas telefónicas o servicios informáticos. En estos supuestos no se cubre el

requisito del posible acceso de público al local, no concurriendo la justificación del subtipo agravado.

IV. SOBRE EL PROBLEMA DE LA APRECIACIÓN O NO DE LA AGRAVANTE EN LOS ROBOS COMETIDOS DURANTE LAS HORAS DE CIERRE DE LOS ESTABLECIMIENTOS

Dos son las posibles soluciones a este problema y ambas cuentan con sólidos apoyos.

a) Criterio de la apertura administrativa.

La que se ha venido en denominar tesis de la apertura administrativa, que admite la apreciación del subtipo tanto cuando el robo se cometa en horas de apertura física del local al público cuanto durante el horario de cierre del mismo, cuenta con los siguientes argumentos.

En primer lugar, el artículo 241.1 no distingue entre horas de apertura o de cierre, lo que conlleva la imposibilidad de que se efectúe por el intérprete dicha distinción. Es más, la no distinción del artículo 241 se lleva a cabo intencionadamente por el legislador, no se trata de un olvido o de una mera falta de previsión del posible problema interpretativo generado por la ausencia de mención. Que esto es así se deduce del hecho de que en el allanamiento, en las modalidades de los artículos 203.1 y 635, se limita la conducta ilícita a su realización «fuera de las horas de apertura». Incluso en el debate parlamentario se rechazó la enmienda del Grupo Parlamentario Coalición Canaria en el Congreso de los Diputados que pretendía la supresión de la expresión «fuera de las horas de apertura». Por contra, en la modalidad de allanamiento del artículo 203.2 no se circunscribe a dicho momento la posible comisión del delito.

En segundo lugar, si bien como argumento de menor relevancia, se aduce que la propia dinámica de las cosas hace prácticamente impensables supuestos de robo con fuerza en locales durante las horas de apertura. La mayoría de tales robos se cometen en horarios de cierre.

b) Criterio de la apertura física.

Según esta línea de interpretación, el subtipo sólo entra en juego cuando el robo se cometa durante las horas de apertura física del local, no pudiendo apreciarse cuando se realice hallándose el local cerrado al público.

Es esta tesis por la que se ha decantado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la precitada sentencia de 16 de junio de 1997. Los argumentos de apoyo son los siguientes.

El motivo principal, proporcionado por la sentencia, estriba en que si el fundamento de la agravación radica en el riesgo que puede derivarse para las personas que pueden encontrarse en el interior del local cuando se comete el robo, dicho riesgo no existe durante las horas de cierre del mismo. No existiendo riesgo fuera de las horas de apertura, la agravación no puede extenderse más allá de esas horas. Carece de fundamento aplicar el subtipo en tales casos.

En la casa habitada se excepciona dicha solución en el artículo 241.2 que permite la apreciación del subtipo aunque accidentalmente se hallen ausentes los moradores cuando el robo tiene lugar. El riesgo de posible vuelta de tales moradores, al margen de la santidad del hogar, imponen la apreciación del subtipo. En los «edificios o locales abiertos al público», sólo cuando concorra dicho riesgo se apreciará la agravación. No existe tal riesgo durante las horas de cierre y sí durante las de apertura física haya o no personas en su interior, dada la posible entrada ulterior de las mismas.

La objeción antes expuesta de que son impensables supuestos de robo con fuerza en locales durante las horas de apertura no es tal si se repara, por un lado, en la extensión de la agravante a las dependencias a que se refiere el artículo 241.3 en las que cabe perfectamente pensar en la hipótesis de un robo con fuerza durante la apertura del local principal, y, por otro, en la cada vez más usual existencia dentro de determinados establecimientos (grandes superficies, joyerías, etc.) de barreras específicas de protección o sistemas de cierre individual o colectivo de determinados productos de alto valor.

El criterio de apertura física ha de ser acogido, en tanto resulta más respetuoso con el fundamento último de la agravación, con las siguientes matizaciones. Es claro que si el fundamento del subtipo no concurre no podrá apreciarse el mismo. Ahora bien, esto impone las siguientes soluciones: primero, se apreciará la agravante durante las horas de apertura del local haya o no personas en su interior; segundo, no será aplicable durante las horas de cierre si no existen personas efectivamente en el interior o de existir se desconocía tal extremo por el sujeto activo del robo; y, por último, consecuentemente se dará la agravación, por concurrir su fundamento, si durante las horas de cierre se lleva a cabo el robo conociendo el sujeto activo la existencia de personas en su interior (v. gr.: el local se cierra a terceros pero permanecen aún clientes o trabajadores dentro).

La solución que se acoge se ve posibilitada en tanto que el artículo 241.1 no limita la aplicación del subtipo a ningún horario determinado, a diferencia de lo que sucede en las modalidades de los artículos 203.1 y 635 que restringen la conducta ilícita a su realización «fuera de las horas de apertura». Por ello, la no aplicación de la agravación en el robo durante las horas de cierre se preconiza en tanto no concurra el fundamento de la agravación, no por ausencia de algún elemento del tipo. Por ello, si durante las horas de cierre se diera el fundamento de subtipo, éste habría de ser aplicado siempre que la culpabilidad del agente lo abarque.

CONCLUSIONES

Primera.—El fundamento de la inclusión en el subtipo agravado del artículo 241.1 del Código Penal, junto a las casas habitadas, de los «edificios o locales abiertos al público» estriba en el riesgo derivado del robo para las personas que puedan encontrarse presentes en el interior del local.

Segunda.—Por edificio o local abierto al público se entienden aquellos lugares con una infraestructura tal que permita el acceso físico de público a su interior y que, destinados a fines públicos o particulares, tengan abierto su acceso indiscriminadamente a cualquier persona —sin perjuicio de la reserva de derecho de admisión y de la existencia de un horario de apertura.

Tercera.—El subtipo agravado sólo se apreciará en tanto concurra el fundamento de la agravación, por tanto, siempre durante las horas de apertura al público, y también cuando, pese a tratarse de horas de cierre, el sujeto activo del robo tuviera conocimiento a la realización del hecho de la existencia de personas en el interior del local.