

Informe de Investigación

Título: Robo Simple y Robo Agravado.

Rama del Derecho: Derecho Penal.	Descriptor: Derecho Penal Especial.
Palabras clave: Robo Simple, Robo Agravado, Elementos del Tipo, Agravantes especiales, Concurso con otros delitos.	
Fuentes: Doctrina, Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 10 – 2011.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina	3
a)EL DELITO DE ROBO SIMPLE.....	3
b)EL DELITO DE ROBO.....	7
1. Descripción legal de la conducta.....	7
2. La acción: momento consumativo. Remisión.....	7
3. Elementos del tipo legal. Remisión.....	9
4. Elementos objetivos específicos.....	9
a) Noción de fuerza en las cosas.....	9
b) Problemas concursales con el delito de daño. Relación de consunción entre tipos legales o concurso ideal de delitos.....	10
c) Noción de violencia física en las personas.....	10
d) Problemas concursales con el delito de lesiones leves. Relación de consunción entre tipos legales o concurso ideal de delitos.....	11
e) Noción de intimidación.....	11
f) El tiempo en que debe ejercerse la fuerza, violencia o intimidación.....	12
g) Problemas concursales con el delito de privación ilegal de libertad.....	12
c)EL ROBO AGRAVADO.....	13
Generalidades.....	13
Las circunstancias agravantes del ordinal 2o del art. 552.....	13
1. Robo con armas.....	13
2. Robo cometido en la noche.....	16
3. Robo en despoblado.....	18
4. Robo en pandilla.....	20
5. Robo en caminos o vías públicas.....	24
d)AGRAVANTES ESPECIALES (ART. 625).....	25
1) Si el culpable, para cometer el hecho, se introduce o se detiene en un edificio o en otro	



lugar destinado a habitación.....	26
a) Violencia sobre las cosas.....	27
b) Medios fraudulentos.....	28
3) Si el culpable lleva consigo armas o narcóticos, sin hacer uso de ellos.....	29
4) Si el hecho se comete con destreza, o arrebatando las cosas de las manos o de encima de la persona.....	30
5) Si el hecho fue cometido por tres o más personas, o también por una sola, que se disfrazó o que simuló la cualidad de funcionario público o de encargado de un servicio público.....	31
e)EL ROBO.....	32
1. Robo con fuerza en las cosas.....	32
2. Modalidades agravadas de robo con fuerza.....	35
3. Robo con violencia o intimidación en las personas.....	36
3 Normativa	37
Robo.....	37
ARTÍCULO 212.- Robo simple.....	37
ARTÍCULO 213.- Robo agravado.....	38
4 Jurisprudencia.....	38
a)Robo simple: Sobre el apoderamiento y disponibilidad del bien para establecer la consumación.....	38
b)Robo agravado: Doblaje de molduras metálicas para eliminar celosías constituye perforación.....	42
c)Robo agravado: Violencia física, moral o intimidación anímica como elemento del delito.....	44
d)Robo agravado: Consideraciones acerca de las circunstancias agravantes del tipo..	46
e)Robo: Intimidación, violencia moral o vis compulsiva.....	47
f)Robo simple: Monto mínimo no es requisito del tipo objetivo.....	48

1 Resumen

Sobre el delito de robo en sus dos formas simple y agravada trata el siguiente informe. Por medio de doctrina, normativa y jurisprudencia se explican varios puntos, entre ellos: la descripción legal de la conducta, el momento consumativo de la acción, la noción de fuerza en las cosas, la de violencia sobre las personas, la noción de intimidación, las modalidades del delito, entre otros.

2 Doctrina

a) EL DELITO DE ROBO SIMPLE

[Jensen]¹

En este breviarío no se pretende entrar a un análisis extenso del delito de robo, pues ello ha sido sobradamente examinado por diversos tratadistas, sino la finalidad que se persigue es exponer al lector el planteamiento sobre un punto en particular (y que luego se dirá) que se encuentra referido en forma contraria en algunos autores, y luego en qué forma es interpretada la misma cuestión por nuestra Sala de Casación. Para efectos meramente de comprensión, resulta necesario recurrir, aunque sea someramente, a una breve mención del hecho típico a examinar.

El delito de robo guarda en su aspecto definitorio, una relación de género a especie con el de hurto, al contener el primero una descripción típica similar a la del segundo, más una condición agravante y es el que le da su distinción. El Derecho Romano consideró el delito de robo como una agravación del *furtum*, vocablo con el que designaron no solo la acción de sustraer un bien ajeno, sino el bien en sí mismo, agravación constituida por el empleo de violencia o intimidación en las personas —la rapiña—; es decir, lo conocido como la ejecución de un hurto violento.

El delito de robo es (conceptualmente si podemos decirlo) una agravación del hurto como se consideró en el Derecho Romano; para efecto de describirlo vale hacer una mención de los elementos constitutivos de la figura principal, el hurto.

Indica el artículo 208 del Código Penal que comete hurto el que se apodera ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena. Esta definición permite colegir que resulta ilegítimo el acto de tomar una cosa sin el consentimiento de su verdadero dueño, o de aquél que no lo es pero goza de la posesión del mismo, como puede suceder en el caso de un prestatario o arrendatario; con el fin de incorporar a su patrimonio el bien así adquirido, y actuar en relación con ese bien, como su propietario. El objeto sobre el cual ha de recaer la acción debe consistir en un bien mueble, entendiéndose por ello una cosa que sea susceptible de aprehensión, que tenga corporeidad, que pueda ser tomada materialmente, sin importar el estado de ella (sólido, líquido o gaseoso), remitiéndonos al concepto amplio que en derecho civil se otorga a las cosas muebles (artículo 256 del Código Civil). Esta acción de tomar como hemos dicho, puede ser directa (realizada por el sujeto activo) o bien en forma mediata a través de otra persona (entrando aquí en juego la teoría de la participación), o incluso por medio de un animal.

El bien objeto de sustracción, puede ser total o parcialmente ajeno, se entiende por ésto que comete hurto tanto aquél que conscientemente se apodera de un bien del que no resulta su propietario, como del que puede tener tanto solo una parte alícuota, como sucede en los casos de copropiedad.

Desde el punto de vista subjetivo, el sujeto activo ha de encaminar su voluntad a lograr la apropiación del bien y obtener para sí o un tercero, un lucro, un provecho, lo que puede resultar no sólo del valor económico que se le pueda dar al bien, sino de la utilidad de que pueda ser objeto.

El delito de hurto se considera consumado cuando el sujeto activo se halla en la posición de realizar actos dispositivos en relación con el bien adquirido de manera ilegítima.



Explicados de esta forma los principios fundamentales que definen la figura del hurto y que son también valederos para el de robo, conviene ahora describir los presupuestos que los diferencia y que hacen del último un delito totalmente independiente, como es considerado por la doctrina alemana.

Tanto el delito de hurto como el de robo consisten en el apoderamiento ilegítimo de un bien ajeno, pero el elemento diferencial entre las dos figuras, reside en la forma en que tal apoderamiento se lleva a cabo. En el hurto, la acción se limita a la simple sustracción que puede o no ser clandestina, sin que medie otro elemento de distinción, mientras que en el robo el apoderamiento se realiza mediante la ejecución de una fuerza que puede recaer en el propio objeto que se pretende sustraer, en algún reparo puesto por su propietario para brindarle mayor seguridad, o en algún elemento que contiene o al que está sujeto el objeto; también puede ser realizado por medio de violencia que se ejecuta, ya sea sobre la propia víctima o un tercero; violencia que puede ser directa (violencia física) o tácita (intimidación).

Para entender el delito de robo no basta la breve explicación expuesta, pues a pesar de enunciarse los elementos definitorios fundamentales que nos permiten diferenciar un hecho como hurto o robo, no resulta tan fácil en la práctica en la que se presentan multitud de casos en donde esos principios deben ser interpretados y completados con otros para lograr el mejor entendimiento. Hemos dicho que el delito de robo se distingue por la manera en que el apoderamiento de la cosa toma lugar, la acción se realiza a través de la ejecución de una fuerza; pero ¿qué debemos entender por esto? El elemento de fuerza no puede definirse mediante los conceptos que otorga la física, sino mediante los presupuestos elaborados por la doctrina del Derecho y, en este campo, no necesariamente se da una identidad en el conocimiento del concepto, pues además de la concepción física del despliegue de energía, ha de agregarse un elemento psicológico del agente que lleva a cabo esa utilización de energía y que, fundamentalmente, va dirigida al apoderamiento de la cosa. Así tenemos que el vencimiento de cercos, obstáculos y otros reparos que el propietario del bien reserva para su custodia, ha de medirse tomando en consideración que la fuerza que se ejecuta es dirigida por el agente activo a la obtención del bien, sin importar el sinnúmero de alternativas que puede dar lugar al hecho, la fuerza que se emplea es cuantitativamente distinta.

La fuerza empleada en el rompimiento de una pared, de una puerta, de un cofre o de una caja de seguridad resulta distinto al del vidrio de una ventana, al de unos cables o al de un techo, y ello es así porque la fuerza en ambos casos varía considerablemente, pero tanto en uno como el otro, el hecho cometido es calificado como robo. La fuerza que se utiliza para quitar las tuercas que sujetan un faro de un automóvil, los tornillos de una lámpara colgante o de una visagra de una puerta o cofre, sin romper nada, es calificada de manera distinta a la expuesta anteriormente, pues se considera que ella es igual a la que emplearía el dueño de la cosa para también desprenderla y, en consecuencia, la acción no reviste el carácter de fuerza que se requiere para el robo, tipificándose el hecho entonces dentro de la figura del hurto. Otra característica que ayuda a distinguir la sutil separación que se da para considerar la carencia de la fuerza y tomar el hecho como hurto, es que la ejecutada no resulta destructiva, ya sea en el bien o en sus reparos. En este punto vale volver al concepto que la fuerza a que se refiere el robo, está revestida además de un aspecto psicológico, cual es el lograr el vencimiento de obstáculos o reparos por parte del sujeto activo en el apoderamiento de la cosa.

Conviene para efectos de comentario, hacer mención de un fallo emitido por nuestra Sala de Casación Penal (Sala Tercera de la Corte, No. 39 de las 9:30 hrs. del 31 de octubre de 1980, delito de robo agravado contra R.A.S.) en un caso en donde se analizó la fuerza desplegada por el sujeto activo en la comisión de un hecho delictivo, para convenir en calificar tal fuerza como la correspondiente a un hurto y no a robo. El hecho acusado consistió en que el imputado había



penetrado a un edificio a través de una de sus ventanas, compuesta por algunas celosías las cuales fueron desprendidas de su marco mediante la operación normal que haría su propietario, sin dejar ninguna huella de daño. Por mayoría de votos la Sala de Casación reiteró el criterio mantenido en casos anteriores y semejantes al de examen, considerando que la fuerza empleada en el desprendimiento de las celosías resultaba similar a la que hubiera utilizado su propietario, sin dejar trazos de haber sido violentado el marco donde se sujetaban. En su fallo, la Sala fundamentó su criterio en lo expresado por el autor Sebastián Soler, quien a ese respecto dice que "Resulta esencial la alteración causada en las cosas que rodeaban al objeto robado. Esa alteración no se produce cuando la separación se logra de una rjiana no destructiva, semejante a la que el propietario mismo hubiera debido desplegar para sacar la cosa. El que desatornilla una tapa, un faro o un dinamo de un automóvil, sin romper nada, hurta y no roba, aún cuando deba emplear cierta fuerza para ello. En esos casos, además, debe tenerse presente que la obra realizada es absolutamente normal, y que ningún rastro deja la acción ejecutada. En este sentido, parece exacto que la acción requerida por el robo debe contener un quid pluris con respecto a la acción separativa ordinaria". (Derecho Penal Argentino, tomo IV, página 242).

El voto de minoría consideró la existencia de fuerza en las cosas, y fundamentó su criterio en el mismo autor y obra que lo hiciera la mayoría votante, arguyendo que Soler "*expone que se considera que existe tal fuerza cuando para el apoderamiento, el autor realiza actos distintos a los que tendría que hacer el propietario para sacar las cosas del edificio en donde tales bienes estaban*: en el caso concreto es indudable que los Administradores del Instituto Agropecuario de Turubares, se habrían valido de usar llave para abrir las puertas de los pabellones en que estaban las máquinas de coser, de escribir y demás objetos, si hubieran tenido necesidad de sacarlos. Para nosotros (los del voto minoritario). Sólo habría sido hurto agravado tentado el caso de autos, si los autores del hecho se hubieran encontrado abiertas las puertas de los citados pabellones, y sin nadie que vigilara el edificio, de tal manera que les habría sido fácil entrar y tomar aquellas cosas, pero si, aunque no había nadie cuidando, para entrar tuvieron que remover varias celosías, su conducta está descrita como "fuerza en las cosas..." (lo subrayado no es del original).

Llama la atención el voto de minoría de este fallo porque para emitir un criterio distinto, se basa en la misma obra y autor en que lo hace el voto mayoritario, del análisis de las conclusiones de la minoría se puede observar que si bien se llega al mismo concepto que no existe fuerza en las cosas cuando la acción ejecutada resulta igual a la que realizaría el propietario para sacar la cosa que se pretende sustraer, se agrega también el campo circunstancial en que precisamente fue sacado el objeto, comparando este campo en los mismos extremos en que ejecutaría la acción el mismo propietario. Esto quiere decir que la disparidad de circunstancias impide calificar un hecho como hurto y se ratifica como robo, siempre en el caso de la situación fáctica examinada. El hecho que el autor del ilícito haya utilizado un medio distinto para sacar los objetos sustraídos, o sea, a través de la ventana y no por la puerta como lo hubiera hecho su propietario, impiden concebirlo como hurto, pues la situación fáctica en este caso varió y consecuentemente los presupuestos establecidos por la doctrina no pueden aplicarse. Este criterio resulta interesante, al permitir una interpretación distinta a la doctrina que puede ser válida en un momento dado.

La otra modalidad del delito de robo se presenta cuando la acción es ejecutada con violencia sobre las personas (la rapiña), tal y como está comprendido en el artículo 212 inciso tercero del Código Penal.

El bien jurídico a proteger por el Derecho no es sólo el libre poder de disposición de los bienes, sino también el cuerpo y la salud de la persona. Esta figura se puede presentar a confusión con la de extorsión, pues tanto en una como en la otra el elemento de la violencia participa para producir una anulación de la voluntad de la víctima que impide oponer la natural resistencia ante la acción



propiamente. La diferencia entre una y otra se verá más adelante.

La violencia que hacemos referencia se basa en la acción (ya sea directa o tácita) tendiente a lograr la posesión o entrega de un bien, por medio de una amenaza grave e inminente, que impide al sujeto pasivo crear una resistencia a la acción contra él ejecutada o vencer la creada. Hemos dicho que la violencia puede ser directa o tácita, entendiendo la primera como la acción física emprendida en contra del cuerpo de la víctima (por medio de golpes, torceduras de brazo, etc.), y la segunda el uso de una medida intimidatoria (por medio de armas). La acción violenta para que surta el mismo efecto puede ser ejecutada también en un tercero.

La violencia tácita o intimidación permite dar un margen de similitud entre el delito de robo con violencia sobre las personas y el de extorsión, ya que en ambos casos se presenta un medio coercitivo que pretende anular la voluntad del sujeto pasivo, y lograr el desprendimiento patrimonial, pero la diferencia estriba en que, el robo con violencia procura a la víctima un daño real e inminente, en su cuerpo o el de un tercero, y el desprendimiento de la cosa resulta inmediato, mientras tanto en la extorsión el peligro puede ser real, pero el hecho que se produzca está sujeto a un plazo de tiempo más o menos corto, pero que en todo caso permite a la víctima el momento reflexivo necesario para crear un medio de resistencia.

El sujeto activo con su acción violenta pretende como ya se dijo, evitar la formación de una resistencia o vencer la ya existente en el sujeto pasivo. Este concepto, si bien puede parecer lo suficientemente claro, no lo es así en la doctrina, en donde distintos autores presentan posiciones contrarias respecto a lo que hemos definido como la acción violenta en el robo.

Sebastián Soler en el tomo IV de su obra ya mencionada, página 252, dice que "*para que exista violencia basta que se venza por la fuerza una resistencia normal, sea o no predispuesta, aunque, en realidad ni siquiera se toque o amenace a la víctima. El que de un tirón arrebató a una señora su cartera, comete robo y no hurto, aunque para ello no haya debido hacer gran despliegue de fuerza. Este caso, es, en realidad, el que constituye el ejemplo típico de la rapiña*". Para este autor entonces, comete robo con violencia sobre las personas, aquél que mediante una fuerza vence una resistencia de la víctima, sin importar que ésta haya sido o no predispuesta, para lograr la apropiación del bien. Del ejemplo que da se denota la ausencia de un peligro real e inminente para la víctima, ya sea en su cuerpo o en su salud, y la existencia de una resistencia consistente en la aprehensión material que la víctima hace de su bolso, sin que ello se pueda observar la necesidad que despliegue alguna actuación para impedir algún probable delito.

Por otro lado, existe otra corriente doctrinaria que considera que para la existencia de la acción violenta, el vencimiento de la resistencia lo ha de ser en su sentido estricto, es decir, la acción del sujeto activo tiende a eliminar la resistencia a él opuesta para impedir su cometido, y a su vez el sujeto pasivo ha de estar consciente de la resistencia que opone. Como representante de esta corriente encontramos a José María Rodríguez Devesa, quien en su obra Derecho Penal Español, parte especial, edición de 1977, en la página 387, respecto de este punto dice que "*se ha discutido si el arrancar un objeto a la víctima desprevenida, por ejemplo, un bolso de señora, es o no violencia. Las opiniones están divididas, pero estimo que en nuestro Derecho estos supuestos no pueden considerarse, en principio, incluidos en el concepto de violencia. Porque falta el ataque a la libertad de la voluntad y, por otra parte, la psicología del descuidero, característica en estos casos, no es la del ladrón violento, pues aprovecha el descuido para dar el tirón. No fuerza la voluntad del sujeto pasivo, aprovecha el momento en que no piensa en la defensa de la cosa*". Para Rodríguez Devesa entonces, sólo existirá la acción violenta cuando está dirigida al vencimiento de la resistencia opuesta por la víctima, tomarla desprevenida no es violencia pues ninguna voluntad resulta forzada.

Ante estas dos posiciones encontradas, nuestra Sala de Casación (Sala Tercera de la Corte, Voto No. 209-A de las 10:25 hrs. del 13 de julio de 1982. Delito de robo simple contra A.E.M.M.), ha emitido criterio, reflejando un fallo en el que se dijo que "el tirón que se dice dado por el procesado... para arrebatarse a la víctima, la cadena de oro con una medalla que pendía de su cueilo, constituye la agravante que caracteriza el robo con violencia en las personas que sanciona el artículo 212 inciso 3 del Código Penal. Esta agravante consiste en el despliegue de una energía física, humana, ante la víctima, para vencer su resistencia ante la sustracción, opinión que es dominante entre los autores y acogida por reiterada jurisprudencia". Tenemos entonces así que definida la posición de nuestra jurisprudencia de casación al efecto, sin embargo, resulta interesante tener la oportunidad de conocer y discutir otras opiniones respecto de un mismo tema, en aras de alcanzar una mayor comprensión de los problemas que se someten al diario conocimiento de nuestros Tribunales.

b) EL DELITO DE ROBO

[Damianovich]²

1. Descripción legal de la conducta.

El art. 164 del Código Penal repite la descripción de la conducta del hurto con el agregado de medios comisivos determinados que son la fuerza en las cosas y la intimidación o violencia física en las personas.

El esquema rector del comportamiento corresponde al tipo legal del hurto porque está definido con los mismos términos que este último: "apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble total o parcialmente ajena".

En la estructura de nuestra ley penal, el robo es, por lo tanto, una figura respecto al tipo legal que es el hurto, esquema en el que están definidos los elementos de la acción. Los dos medios antes ponderados otorgan peculiaridad a la acción descrita, acción que, en virtud de tales medios, está precisamente reprimida de modo más severo que el hurto pues el robo en cuanto figura que es, como acaba de decirse, resulta figura agravada con escalas diferentes, según la concurrencia de uno u otro.

Corresponde, pues, una remisión a todos los elementos de la descripción típica y un estudio independiente de los elementos propios de la figura.

2. La acción: momento consumativo. Remisión.

Como acaba de expresarse, la acción típica es la misma definida por el art. 162 del Código Penal: apoderarse, por lo que corresponde la remisión al Cap. III, ap. 2, en cuanto a su significado y estudio del momento consumativo.

El hurto y el robo permanecieron durante largo tiempo indiferenciados en el Derecho Romano, y su separación durante la Edad Media corresponde a influencia germánica, aunque al fin del período de la República comenzaron a establecerse ya algunas distinciones. La lex Cornelia de Si-cariis, de la época de Sila, consideraba crimen publicum a la "rapiña" —robo con violencia o intimidación en las



personas— sólo cuando el autor llevara armas fuera de su casa con intención de atacar a una persona o de apoderarse de la propiedad ajena, alcanzando especialmente al ladrón de caminos grassator. En la época imperial los delitos contra la propiedad a mano armada pasan a ser delitos contra las personas, en su mayoría, y si no se causaba lesión se trataban como hurtos agravados.

En cambio, en el derecho germánico el robo era la sustracción violenta, mientras el hurto se distinguía por la clandestinidad.

Este criterio es el que persiste en el Medioevo con la generalizada convicción de que el robo es más grave que el hurto por cuanto entraña un atentado a la persona. Mas en esta distinción se introdujo una categoría intermedia que en España dio lugar al robo con fuerza en las cosas y en Alemania e Italia fueron tradicionalmente considerados como hurto calificado, tales los perpetrados con armas mediante efracción o con llave falsa.

En el derecho español las dos formas de agravar el robo, por la fuerza en las cosas o por la violencia física en las personas, han dado lugar a diferentes figuras de robo, y aunque el art. 500 del Código, cuyo texto corresponde a la redacción de 1870, las incluya en la misma definición, su tratamiento es absolutamente independiente, y así el art. 501 reprime el perpetrado con violencia o intimidación, previéndose luego las agravantes correspondientes del robo con homicidio; del robo con violación, mutilación o secuestro; con lesiones, con violencias innecesarias; con uso de armas y otros medios peligrosos y en cuadrilla. En cambio, el art. 504 prevé que son reos de robo con fuerza en las cosas los que ejecutaren el hecho concurriendo escalamiento, fracturas o uso de llaves falsas.

Entre los antecedentes legislativos nacionales, el proyecto Tejedor distinguía las dos formas de robo, pero el que se caracterizaba por la fuerza en las cosas comprendía el escalamiento, la fractura de puertas, el uso de ganzúa, el perpetrado durante la noche y el cometido con simulación de autoridad.

Tal fue el sistema del Código de 1887, sistema en el que no toda fuerza era tomada en cuenta para considerar al apoderamiento como robo y, a su vez, algunos supuestos no representaban el despliegue de una verdadera violencia.

En el Proyecto de 1891 se considera a la fuerza en las cosas y a la violencia o intimidación en las personas como la base de la distinción entre el hurto y el robo. Es la idea central del Código de 1921, cuyo art. 164 describe la conducta de quien "se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad", pero la ley preveía la misma escala penal para los dos supuestos considerados, quedando librada a la graduación de la pena la posibilidad de distinguir entre las situaciones así contempladas.

El Anteproyecto Soler, en su art. 210, preveía las dos formas con diferentes penas y en la nota el autor señalaba que en el texto reconocía la mayor gravedad ordinaria del robo que se ejecuta con violencia o intimidación en las personas. Asimismo, incluía el término "intimidación" que, según entendía, fue erróneamente sustituido para evitar una confusión con la extorsión, que es incomprensible, dada la notoria diferencia entre ambos delitos. Por otra parte, preveía la extensión al caso en que la fuerza hubiera sido empleada después del hecho, pero inmediatamente.

Tales son las ideas esenciales recogidas por la ley 17.567, la que cita, además de los antecedentes a que nos hemos referido, los proyectos de 1881 y de 1941, como también los códigos uruguayo, brasileño, cubano, chileno, griego, suizo, alemán, italiano y español, respecto a la distinción de las dos formas de robo, de diferente gravedad. Incluye a la intimidación, de la que dice: "debe

entenderse como amenaza de violencia o mal físico inminentes para la víctima; en la extorsión el mal amenazado puede ser otro género y supone cierto intervalo temporal entre la amenaza y su cumplimiento". Aclara, por fin, que el empleo de la fuerza o de la violencia posterior debe tener lugar inmediatamente".

El texto, así consagrado por dicha ley, perdió vigencia por imperio de la ley 20.509 y lo recuperó mediante la ley actual.

3. Elementos del tipo legal. Remisión.

- a) Elementos objetivos.
- b) Elementos normativos.
- c) Noción de ilegitimidad.

En el cap. III se han estudiado estos elementos, correspondiendo también remitirse a las conclusiones allí expuestas.

4. Elementos objetivos específicos.

a) Noción de fuerza en las cosas.

La "fuerza en las cosas", que da peculiaridad al robo, consiste en el despliegue de una energía distinta en modalidad o mayor en cantidad que aquella que implica en sí el quehacer del apoderamiento.

Efectivamente, apoderarse de la cosa supone un cierto despliegue de fuerza sin el cual resultaría simplemente inconcebible.

Ese despliegue tiende a destruir defensas de la cosa que unas veces son naturales pero otras son ocasional o deliberadamente artificiales, pues dicho despliegue puede recaer tanto sobre la propia cosa como también sobre las defensas predispuestas o de contención casual que tiene la cosa en el momento en que se desarrolla la acción ejecutiva. Esta conclusión de tanta amplitud se funda en que el texto del precepto no distingue sobre qué debe recaer la fuerza.

Esta liberación de energía, que es la fuerza, debe tener una cierta exuberancia con relación a la requerida para cualquier traslado de la cosa. Y la que es semejante a la que el tenedor hubiera empleado para ello, queda integrada en la acción constitutiva del hurto.

No ha de ser la fuerza demandada por la cosa para ser llevada en razón de su propio peso, sino en razón de su colocación respecto a otras.

Siempre la acción destructiva se opone a una resistencia que podría no haberse preordenado como defensa.

Y, a su vez, el empleo de la fuerza es el medio no sólo para la comisión del apoderamiento, sino también para su facilitación y para el logro del fin propuesto o de la impunidad.

b) Problemas concursales con el delito de daño. Relación de consunción entre tipos legales o concurso ideal de delitos.

El despliegue de la fuerza en las cosas, sea que recaiga directamente sobre ésta o sobre sus defensas, puede ocasionar un resultado de destrucción, inutilización o deterioro de la cosa. La acción de causar tales efectos es descrita por el tipo legal del art. 183 del Código Penal como delito de daño.

Cuando una actividad típica está subsumida en la descrita por otro tipo legal no existe una efectiva concurrencia entre los tipos, sino que, por la relación de consunción, uno desplaza al otro siendo el concurso sólo aparente. Tal lo que comúnmente ocurre entre el daño y el robo con fuerza en las cosas: se comete un solo delito, que es el de robo, por cuanto el efecto dañoso queda absorbido, por ser ínsito al despliegue de la fuerza y el encuadre típico es sólo uno.

Empero no es descartable que en algún caso el autor quiera apoderarse de la cosa y, además, causar daño; en tal supuesto, el hecho único encuadraría en los dos tipos legales, siendo aplicable la norma del art. 54 de Código Penal, pues se trataría de un efectivo concurso.

Deben aplicarse estrictamente los principios generales que rigen la construcción jurídica del delito y tener en cuenta la coincidencia entre los aspectos objetivo y subjetivo del tipo legal —dolo— en la concepción finalista o la integración de la conducta típica con el dolo, como componente de la culpabilidad, en la concepción tradicional. Por lo tanto, para que exista concurso ideal entre los delitos de robo y de daño debe existir un dolo —en el tipo en la culpabilidad— coincidente con ambos. Si ese dolo ha sido sólo de robo habrá concurso aparente por relación de consunción.

Nuestra jurisprudencia ha entendido, así, que se configura el delito de robo con fuerza en las cosas si el procesado, luego de romper los vidrios del comercio, se apoderó de diversos objetos que había en el interior y que luego tiró a la calle, ya que se apoderó y dispuso de éstos.

c) Noción de violencia física en las personas.

A menudo, la cosa que es objeto de la acción típica guarda, en el momento del hecho, una relación espacial muy estrecha con la víctima, y el despliegue de energía inevitable para el apoderamiento supone el ejercicio de violencia en la persona de aquélla. Así, el tirón al brazo para llevar la cartera; o a la muñeca para arrebatarse la pulsera, son ínsitas en el propio apoderamiento porque el traslado de esos objetos sería imposible de otra manera.

Empero, estas mismas situaciones ejemplificadas como supuestos de hurto, pueden constituir la violencia física del robo cuando la víctima pone énfasis en su resistencia y el agente se obstina en vencerla.

También en el caso debe existir una exuberancia en el despliegue de la fuerza necesaria, que ha de recaer sobre la persona o ser distinta de la requerida para el traslado del objeto.

La jurisprudencia ha entendido que la calificante que tradicionalmente ha dado lugar a la figura de la rapiña descansa no sólo en el peligro del daño para el cuerpo, sino también en que tienda a anular su voluntad sin que sea del caso tener en cuenta, a los fines de la subsunción, la intensidad de los medios empleados.

d) Problemas concursales con el delito de lesiones leves. Relación de consunción entre tipos legales o concurso ideal de delitos.

El ejercicio de la violencia física en las personas puede producir un daño en el cuerpo o en la salud, efecto cuya acción productora está descrita por el art. 89 del Código Penal.

Debe entonces establecerse si tal efecto queda absorbido en el apoderamiento con violencia, que es el robo, o si, en cambio, concurre con el delito de lesiones leves, en los términos del art. 54 del Código Penal.

Las consideraciones efectuadas en el apartado b son estrictamente aplicables al caso y a ellas nos remitimos. Es en la completa integración del tipo y de la culpabilidad donde está la solución del problema.

La entidad del daño causado puede ser sólo una pauta, casi un indicio de hecho, para el encuadre de la conducta en uno sólo o en dos tipos legales. Así, la hemorragia que el más leve rasguño produjo a un hemofílico víctima de un robo no fundamentaría la conclusión de que hubo en el caso concurso ideal si el dolo, además de coincidir con la acción de robar, no coincidió también con la de lesionar. Debe evaluarse si se integra en una única acción y si, por sus caracteres, no adquiere autonomía.

Así, la jurisprudencia ha declarado que el delito de privación ilegal de la libertad no concurre formalmente con el de robo si el hecho se acompañó de un breve encierro impuesto a las víctimas después del apoderamiento y en un mismo contexto de acción, porque la medida estuvo orientada a procurar la impunidad y constituyó una forma de violencia personal que queda absorbida por la figura del robo. El pretense atentado a la libertad no es más que un segmento que troca el hurto en robo, por lo que hay una apariencia de concurso.

e) Noción de intimidación.

Por tal ha de entenderse la amenaza o el temor infundido a otro de sufrir un mal trascendente para el receptor.

La actividad intimidante debe reunir una entidad suficiente por su eficacia para permitir el desapoderamiento inferido a la víctima por cuanto la mera amenaza genérica no puede configurarla. Tampoco es necesario que revista una entidad tal que provoque la entrega de la cosa. Simplemente ha de ser medio efectivo para que el agente perpetre el apoderamiento por sí.

Consistiendo la extorsión en una de sus formas, en obligar a otro mediante intimidación a hacer o a no hacer una cosa para obtener para sí o para otros un provecho injusto, con perjuicio ajeno, y pudiendo consistir la conducta obligada a la víctima en la entrega de una cosa, es necesario precisar los límites entre este delito y el de robo cuando el autor emplea intimidación.

Ya nos hemos referido a la evolución legislativa que en cierto momento procuró eludir estos problemas suprimiendo el elemento "intimidación".

La estructura de ambos tipos legales es, obviamente, diferente: en el robo el autor efectúa apoderamiento; éste es un efecto, resultado directo de su propio quehacer; en la extorsión, la víctima entrega con una voluntad viciada por el temor causado por el agente; si hay entrega de una cosa, ese desapoderamiento es el resultado directo de la entrega atemorizada e indirecto del temor infundido a la víctima. En el robo, el autor facilitó su quehacer mediante la intimidación; en la extorsión esa intimidación le sirvió para promover el quehacer de la propia víctima.

Empero las situaciones fácticas presentan, a veces, confusos límites en las que la víctima, intimidada, entrega y depone resistencia al apoderamiento, a la vez.

Para esos supuestos se ha pretendido encontrar otras pautas distintivas.

Así, se rechaza toda separación apriorística que identifique con el robo a la violencia física y con la extorsión a la violencia moral, pues hay robo en el uso de cualquier amenaza cuyo contenido sea el empleo inmediato de la violencia.

Ello ha sido extensamente fundado por la jurisprudencia. Se ha considerado robo la actividad del policía que simulando cumplir una misión se apoderó ilegítimamente de efectos valiéndose para ello de la intimidación representada por el ejercicio supuestamente legítimo de autoridad y la amenaza de detención y hasta, quizás, de sufrir uno de los damnificados un mal grave o la muerte.

f) El tiempo en que debe ejercerse la fuerza, violencia o intimidación.

El agente puede desplegar los medios enumerados antes del hecho, durante su comisión o inmediatamente después de cometido para lograr el fin propuesto o la impunidad, conforme al art. 164, parte final, del Código Penal.

Cuando ha cesado la acción ejecutiva, y el agente despliega la fuerza física, ésta puede prolongarse por un lapso que no está regido por límites temporales sino que está limitado por una exigencia: lograr el fin propuesto o asegurar la impunidad.

En este orden, es frecuente que el ladrón encierre a su víctima para evitar la persecución o la denuncia, configurándose así otro efecto cuya acción está descrita en un tipo legal distinto, el del art. 141 del Código Penal, que incrimina a quien privare ilegalmente a otro de su libertad personal, y cuyas relaciones con el robo son estudiadas en apartado siguiente.

El adverbio "inmediatamente" fija una limitación temporal al ejercicio del medio calificante, limitación sin la cual todos los hurtos quedarían indefinidamente pendientes de agravación.

La otra limitación es la impuesta por el móvil que guía al autor: lograr el fin propuesto o asegurar la impunidad del hecho, pues otros móviles, como la vejación o la venganza, no tendrían la eficacia requerida para que el delito se tipifique como robo, pero podrían concurrir si encuadran en otros tipos legales.

Antigua y reiterada jurisprudencia considera integrante de la violencia del robo a los actos del ladrón contra comisiones policiales.

g) Problemas concursales con el delito de privación ilegal de libertad.

Relación de consunción entre tipos legales o concurso ideal de delitos.

El encierro es una forma de violencia física que habitualmente se convierte en medio necesario o, por lo menos, altamente favorecedor de la actividad incriminada.

Empero, ese medio puede, en algunos casos, tanto por sus modalidades como por su exceso, trascender la violencia propia de la figura que se estudia. Tampoco la solución puede apartarse del criterio expuesto en los casos anteriores, a los que volvemos a hacer inevitable remisión, pues aquellas circunstancias casuísticas de modo y duración deben ser evaluadas en relación con el contexto general del hecho.

c) EL ROBO AGRAVADO

[Zavala]³

Generalidades

Nuestro C. P. considera una serie de hipótesis referidas al robo que tienen la virtud de agravar la pena señalada anteriormente para el robo simple. Esta agravación tiene por causa diversas circunstancias referidas, ya a los resultados de las violencias (ordinal 1°, e incisos penúltimo y último del art. 552); ya a los instrumentos o el lugar en que se ejecuta el robo (ordinal 2°.); ya a la forma adoptada por la fuerza en las cosas (ordinal 3°.); ya a las circunstancias (robo calamitoso), o a los objetos de la sustracción necesarios para el paciente, o a la situación económica de la víctima (ordinal 4°.); ya, finalmente, a la concurrencia de dos o más circunstancias agravantes.

Como se observa, realmente la regla general es la de la existencia de los robos agravados, y la excepción, la del robo simple, pues, como vamos a estudiar, las hipótesis consideradas por la ley penal para agravar el robo contemplan casi todas las circunstancias que son necesarias para ejecutar el robo, por lo que es muy raro que dicho robo no se cometa con cualquiera o en cualquiera de esas circunstancias consideradas por la ley penal para agravar el robo.

No vamos a seguir en este capítulo el orden que el art. 552 sigue para establecer las diferentes circunstancias de la agravación, tanto porque nos parece que no es el conveniente, ya que comienza por hablar de los resultados de la violencia sobre las personas en la comisión del robo, y luego se refiere a circunstancias totalmente extrañas a ese resultado para concluir de nuevo con los resultados de la violencia; como porque creemos que primero es necesario tratar sobre los modos de actuar del agente en la sustracción, para luego referirnos a los resultados que uno de los modos de actuar —la violencia sobre las personas— puede causar en la víctima o en cualquier otra persona.

Las circunstancias agravantes del ordinal 2o del art. 552

El art. 552 expresa: "La pena será de reclusión menor de tres a seis años, si concurre alguna de las circunstancias siguientes: ... 2o. Si el robo se ha ejecutado con armas, o por la noche, o en despoblado, o en pandilla, o en caminos o vías públicas". Comprende, pues, este ordinal, una serie de circunstancias referidas, ya a los instrumentos con que se cometió el robo, ya al número de sujetos activos, ya al tiempo en que se lo ejecutó o el lugar en que fue ejecutado. Analizaremos cada una de estas circunstancias por separado, pues la existencia de cada una de ellas, no está relacionada con la de las otras, sino que son absolutamente independientes.

1. Robo con armas

El art. 601 dice que "se comprende por la palabra arma toda máquina, o cualquier instrumento cortante, punzante o contundente que se haya tomado para matar, herir o golpear, aun cuando no se haga uso de él". No es precisamente una definición pero para los fines de la circunstancia agravante del robo que estamos examinando es una explicación más o menos satisfactoria.

Lo primero que se observa en la indicada explicación es que el arma para el C. P. no está constituida por sí, esto es, como cualquier instrumento lacerante o letal, sino que sólo se considera arma aquel instrumento idóneo para violentar la integridad física de un hombre siempre que haya sido esgrimido "para" que cumpla la indicada finalidad, es decir, para matar, o lesionar, aunque no se haya provocado, en efecto la muerte o la lesión.

Esta manera de interpretar lo que es arma, integrándola con el elemento subjetivo de quien la porta, es de una importancia fundamental para la comprensión del robo. Puede significar la diferencia entre el hurto simple y el robo; o entre el robo simple y el robo agravado.

En efecto, si el agente portando un revólver entra en un departamento, sin que para ejecutar la sustracción saque el arma frente a la víctima, o la exhiba, sólo ha ejecutado el delito de hurto, pues es evidente que no portaba el arma para matar o lesionar.

Si el mismo agente que porta el arma para sustraer la cosa necesita amarrar a la víctima sin causarle ninguna lesión, ha ejecutado el delito de robo simple, pero no el de robo agravado, pues, como se comprende, no ha hecho uso del arma.

De lo expuesto se concluye, pues, que para la consumación del robo agravado no es suficiente que el agente porte el arma, oculta o visible, sino que es necesario que objetivamente pueda presumirse que la intención de portarla ha sido para lesionar o matar. Si objetivamente, de manera racional, no es posible presumir, por las circunstancias en que se ejecutó el delito, que la indicada ha sido la intención del agente, no se puede por el solo hecho de la portación del arma, concluir que se ha consumado el delito de robo agravado por el uso de armas.

Ahora bien, si el portar el arma sin intención de matar o de herir, no es una circunstancia agravante en el robo, en razón del ordinal 2o. del art. 552 nos parece que podría constituir la circunstancia de robo simple si es que el agente exhibe ostensiblemente el instrumento frente a la víctima, pues tal actitud puede ser idónea para provocar temor en el paciente y, por ende, para vencer cualquier resistencia que el mismo podría oponer frente al acta de la sustracción. Examinemos esta posibilidad, pues en la práctica no se ha clarificado esta posición y existen resoluciones judiciales contradictorias al respecto.

Debemos insistir en un hecho fundamental: el art. 602 no define lo que es arma. Sólo expresa lo que debe considerarse arma en razón de los delitos contra la propiedad. Es arma, dice en otras palabras el citado art. 602, aquel instrumento idóneo para lesionar o matar con la condición de que el que porte el instrumento haya tenido al portarlo, la intención de lesionar o de matar, aunque no haya tenido la oportunidad de hacer uso de dicho instrumento por razones diversas, inclusive ajenas a su voluntad y a su intención. Por lo tanto, si falta esa intención, el instrumento idóneo para lesionar o para matar, no puede ser considerado arma. Esto es lo que dice la ley y aunque a nuestra mente le repugne la mencionada conclusión, debemos aceptarla porque esto es lo que dice la ley.

Por lo tanto, si el agente porta el arma y la tiene dentro de la ropa en donde alcanza a vislumbrarla el paciente, y éste se asusta, en nuestra opinión, no hay intimidación o amenaza, pues ésta no depende sólo del grado de nerviosismo de la víctima, sino que es indudable que depende de la intención del agente. Si éste saca el arma y sin decir nada la exhibe frente a la víctima, es indudable que ese instrumento se debe considerar arma en el sentido legal de la expresión porque, aunque el agente no lesione o mate, está haciendo uso de ella con el fin evidente de atemorizar a la víctima. Habrá, pues, robo. Pero, preguntamos: ¿habrá robo agravado de acuerdo con el ordinal 2o. del art. 552? Supongamos que el agente porta un revólver de juguete y lo muestra ante la víctima. Opinamos que en este caso existe la intención manifiesta de amenazar, pero no la de lesionar o matar. Y existe lo primero porque la intención del agente es provocar el temor de la

víctima para que no se oponga al acto de sustraer la cosa; pero no existe lo segundo, porque ese instrumento no es idóneo para lesionar o para matar. Habrá, pues, robo, pero no robo agravado.

No se debe perder de vista el hecho de que el arma de juguete —si se nos permite el decir— puede, en ciertas circunstancias constituir realmente una arma en el sentido dado por el art. 602, pues si se tratara de una ametralladora de juguete, por ejemplo, fabricada de fierro, bien puede ser tomada por el agente como un instrumento contundente para, en primera instancia, atemorizar a la víctima, y si no logra ese objetivo, para lesionarla o matarla.

Por lo tanto, es importante, a base de la especial concepción establecida en el art. 602, tomar en consideración la intención del agente que porta el arma en el momento de la sustracción, intención que sólo podrá comprenderse de acuerdo a las circunstancias en que se desarrolla el delito. Por lo tanto, no es correcto decir que cada vez que el agente porta armas en el desarrollo de una sustracción, este acto constituye el delito de robo agravado con la circunstancia del arma, pues se debe tener siempre presente lo que, al respecto, dice el art. 602 que, por lo general, ha sido olvidado por los jueces y juristas dentro de nuestro medio nacional.

Anteriormente nuestra legislación penal decía que el robo quedaba agravado si es que el agente hubiera "empleado o mostrado armas". Posteriormente la disposición legal penal se limitó a decir que la agravante se constituía cuando el agente hubiera "empleado armas". Finalmente, se concretó la expresión para el robo agravado al hecho de que se hubiera cometido "con armas", como actualmente dice nuestro C. P.

Al decir la ley penal que el delito de robo agravado es aquel que se comete con armas, se está refiriendo a aquellos instrumentos descritos en el art. 602 siempre que hubieran sido "tomados" con la finalidad de lesionar o de matar, aunque no se los hubiera empleado. Ya hemos dicho que la única interpretación correcta es aquella en que exista el nexó psicológico de la sustracción con el arma tomada por el agente, pues sería absurdo pensar que se puede agravar el robo "con armas" si la comisión del delito no ha requerido del arma. La agravación no radica en el hecho de portar el arma; radica en el hecho de cometer el delito con armas, siendo ésta un medio necesario para la comisión del robo. De lo dicho se concluye, entonces, que si el agente que portaba el arma hace uso de ella para dirimir una riña producida entre dos participantes en el delito de robo, no se puede decir que se ha cometido el robo agravado por uso de armas en la sustracción, pues la finalidad con que ésta se usó no fue para consumir el delito, sino para un fin independiente de dicha comisión.

De la explicación que nos entrega el art. 602 se puede afirmar que en ella están comprendidas tanto las armas propias, como las impropias. Las primeras son todas aquellas cuya finalidad al ser fabricadas ha sido la de servir de instrumentos ofensivos, lacerantes para las personas, como los revólveres, metralletas, etc., etc. Las armas impropias son aquellas que naturalmente no están destinadas a servir de instrumentos de ofensa o de defensa, sino que su fabricación está destinada a usos diversos, como una guadaña, o una botella. También se incluyen dentro del concepto de arma impropia las piedras o las ramas de un árbol.

De acuerdo con el criterio anteriormente expuesto, es fácil comprender que el art. 602 ha incluido dentro del concepto de arma, tanto la propia como la impropia.

Ahora bien, si el agente, al momento de la sustracción no portaba arma alguna, ni propia, ni impropia, y al ser descubierto en el momento de la sustracción, alcanza a divisar un bastón y lo "toma" —para hacer uso de la palabra legal— con intención de herir o de matar, comete el delito de robo con la agravación de haber actuado con arma. Pero si el agente se limita a tomar el bastón sin hacer ninguna otra manifestación y se retira del lugar, pensamos que, a lo más, se podría hablar de robo simple ejecutado con amenazas —si se hubiera logrado la sustracción—, pero no de robo

agravado cometido con armas.

Maggiore, al sostener que la concurrencia del arma tiene un valor objetivo, concluye afirmando que carece de "importancia el fin por el cual se llevan narcóticos o armas", pues la sola portación del arma configura la agravante a la que se refiere la ley. Nosotros, como hemos explicado, no compartimos este criterio.

Se ha dicho que dentro del concepto de armas comprendido en el art. 602 no es posible incluir el uso de gases asfixiantes o lacrimógenos, etc., pues los mismos no pueden ser considerados instrumentos "cortantes, punzantes o contundentes", ni tampoco pueden ser asimilados a una "máquina", como reza el art. 602, la cual también es considerada instrumento por el citado artículo. Además, se ha dicho que como la concepción indicada —la del art. 602— viene sucediéndose históricamente en nuestros códigos penales desde antes de 1914 —pues ya se encuentra incluida en el C. P. de 1906— no se puede incorporar el indicado gas dentro del concepto dado por el art. 602. Sin embargo, pensamos que como los gases deben ser lanzados por algún instrumento, como una bomba, o una máquina, como los fusiles lanza-gases, quedan incluidos en el concepto legal de armas, capaz de matar o de lesionar.

En definitiva, pues, podemos concluir diciendo que sólo se constituye la agravante cuando el arma ha sido tomada por el agente para cometer el delito, aunque no se hubiera hecho uso de ella. Ninguna agravación puede ser independiente de la comisión del delito, esto es, en el caso del robo, de la sustracción de la cosa mueble ajena.

2. Robo cometido en la noche

La circunstancia de la nocturnidad ha sido considerada clásicamente como un elemento que aumenta el peligro que corre la víctima en la comisión de un delito. Es así como el art. 30, ordinal 4º., C. P., expresa que es circunstancia agravante para cualquier clase de delitos, el haberse ejecutado éste "buscando de propósito ... la noche".

Pero es necesario observar que cuando se trata de la circunstancia agravante general, el agente debe haber buscado de manera expresa las horas de la noche para cometer el delito. Sin embargo, tal propósito del agente no se toma en consideración cuando se trata de la agravante del robo, pues el ordinal 2o. del art. 552 se limita a decir que la agravante opera si el robo se ha ejecutado "por la noche", por lo que poco importa si el agente buscó expresamente las horas de la noche para cometer la sustracción, o si dicha sustracción en horas nocturnas fue una circunstancia accidental, no buscada por el agente.

De acuerdo con el art. 592, "robo cometido durante la noche es el ejecutado en el lapso comprendido entre las siete pasado meridiano y las cinco de la mañana". El fundamento de la agravante que estudiamos se lo debe encontrar en el mayor peligro que corren las personas cuando la sustracción se comete en horas de la noche y, además, porque la defensa, tanto personal como de las cosas, se torna difícil en horas nocturnas.

Por lo general todos los delitos de robo agravado se cometen de noche y de allí es que nuestra legislación ha tratado de señalar esa circunstancia temporal como una circunstancia que agrava la pena del robo simple.

Basta, pues, que la sustracción se cometa en horas de la noche para que el robo agravado surja. Y es en este punto en donde nuestra jurisprudencia inexplicablemente, ha tenido peligrosas vacilaciones.

En efecto, en muchas ocasiones nuestros jueces han confundido el hurto ejecutado en horas de la



noche, con el robo ejecutado en horas de la noche. No es robo aquella sustracción de cosa mueble ajena que se comete sin fuerza en las cosas, o sin violencia o amenazas contra las personas, con ánimo de apropiación, si ha sido cometido en horas de la noche. La nocturnidad, por sí sola, no es una circunstancia capaz de transformar el hurto en robo. La nocturnidad es una circunstancia que, en unión con la violencia o la amenaza contra las personas, o con fuerza en las cosas, transforma el robo simple en robo agravado. Esta posición dogmática se encuentra avalizada por el texto de la ley penal, la misma que, como hemos explicado, en el ordinal 2o. del art. 552 dice: "Si el robo se ha ejecutado ... por la noche", esto es, que deben concurrir las circunstancias calificantes del robo — violencia o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas— para que la sustracción ejecutada en la noche pueda convertir el robo simple en robo agravado.

"La noche —dice Carrara— que el poeta latino llama amiga de los amantes y de los ladrones, es al mismo tiempo enemiga de los maridos y de los propietarios", y refutando a Filangieri, a quien cita, y el mismo que expresa que no debe ser considerado el tiempo como una circunstancia agravante, por cuando "la lesión del derecho es idéntica, tanto si se la viola de noche cómo si es violada de día", expresa que "la fuerza moral objetiva del delito de hurto puede aumentar poderosamente por razón del tiempo ... porque el haberse efectuado el hurto más bien en una hora que en otra hora, además de hacer más difícil la defensa de la propiedad, añade también un peligro mayor para la seguridad personal del propietario o de otras personas que casualmente se encuentran en el lugar del hurto; y de aquí nace la calificante de tiempo nocturno".

Es indudable que nuestra legislación penal ha hecho bien en determinar lo que debe entenderse, para los efectos jurídicos, por noche, pues esta circunstancia temporal tiene gran importancia cuando de los delitos contra la propiedad se trata, ya que no sólo incide en la agravante que estamos estudiando, sino que, como sabemos, en el art. 20 se establece una causa de justificación cuando se rechaza "durante la noche el escalamiento o fractura de los cercados, murallas o entradas a una casa o departamento habitados o de sus dependencias...". Debemos recordar que el C. P. de 1906 consideraba que la noche estaba comprendida entre "media hora después de puesto el sol, hasta media hora antes de haber salido" (art. 446).

Por lo general las legislaciones extranjeras para agravar la pena del robo unen la circunstancia de nocturnidad con cualquier otra, como el despoblado, o la pandilla. Sin embargo, nuestra legislación la considera independientemente, como independientes son todas y cada una de las circunstancias a las que se refiere el ordinal 2o. del art. 552, ya que hace uso de la conjunción disyuntiva "o" para decir: "... con armas, o por la noche, o en despoblado, etc. ...", significando así que cada una de esas circunstancias por sí solas son capaces de agravar el robo, sin necesidad de estar unidas a otras circunstancias agravantes.

Queremos hacer presente que el ordinal 2o. del art. 552 se refiere de manera indiferente al hecho de que el agente hubiera buscado a propósito la noche, o esta circunstancia hubiera surgido por accidente, o que la nocturnidad hubiera sido aprovechada por el autor del delito. Esta particular posición legal para referirse a la circunstancia que estudiamos en relación con el robo, difiere notablemente de la forma como trata a la misma circunstancia el art. 30, ordinal 4°, en donde se lee que tal agravante opera cuando el agente ejecuta "el hecho punible buscando de propósito la noche".

La diferencia entre una y otra posición es tanto más notoria porque bien puede suceder, por ejemplo, que el agente haya planificado sustraer cosas de un local a las cinco de la tarde a sabiendas de que a esa hora lo cierran los respectivos propietarios, pero que, en esa precisa ocasión, por diversos motivos, de manera excepcional, los propietarios cierran el almacén a las ocho de la noche, hora en que el agente ejecuta el delito. No se puede decir, en el caso antes anotado, ni que el agente buscó de propósito la noche, ni que se aprovechó de la misma, sino que,



por imponderables que no pudo calcular, el delito se cometió "por la noche" y no "por la tarde", como fue el deseo del agente.

Pensamos que, de lege ferenda, la nocturnidad es una circunstancia que sólo debe ser apreciada cuando el agente de manera intencional busca dichas horas para asegurar, ya la consumación del delito, ya la impunidad; pues, de otra manera la agravación de la pena, en muchas ocasiones, quedaría sujeta al azar y provocaría en la práctica muchas injusticias, pues basta pensar, por ejemplo, que si un sujeto sustrae en horas del día un fajo de diez mil sucres en billetes, y otro sustrae en la noche con amenazas, cien sucres, en el primer caso habría hurto simple, en tanto que en el segundo caso habría robo ... agravado, pues aunque el agente no hubiera buscado a propósito la noche, la sustracción se ejecutó en horas de la misma y la agravación se produce automáticamente.

El Tribunal Supremo español, pese a que el art. 10, ordinal 13º., del C. P. de dicho país, se refiere a la agravante genérica de nocturnidad diciendo: "ejecutarlo de noche", sostiene el criterio que si dicha circunstancia no fue "buscada de intento" para cometer el delito "no debe aceptarse para agravar la responsabilidad del procesado", tal como lo dice en las sentencias de 5 de abril de 1879, de 26 de marzo de 1951, de 14 de mayo de 1951 y de 6 de junio de 1953.

Dada la redacción del ordinal 2o. del art. 552 de nuestro C. P. tenemos que concluir de lege lata que la pena se agrava por el solo hecho de que el robo se hubiera ejecutado "por la noche", sea que ésta hubiera sido buscada de propósito, o hubiera sido aprovechada sin haberla buscado, o hubiera surgido como mero accidente. Sin embargo, nos parece que, como dejamos explicado, se debería seguir el criterio general establecido en el art. 30, ordinal 4o por el cual sólo cuando la noche es una circunstancia buscada intencionalmente por el agente es que puede operar la agravación de la pena, ya que, con el criterio que actualmente sigue nuestra ley penal y nuestra jurisprudencia, se corre el peligro de cometer injusticias.

En el C. P. chileno la nocturnidad también es una agravante genérica, pero no está considerada dentro de las circunstancias que agravan el robo. Es así como el ordinal 12º. del art. 12 del indicado C. P. expresa que se debe considerar como agravante al cometer el delito "de noche", pero la jurisprudencia ha considerado que esta agravante genérica sólo deberá tomarse en cuenta "cuando ella ha sido buscada o aprovechada de propósito por el hechor para debilitar las posibilidades de defensa de la víctima", según lo expresa Etcheberry.

3. Robo en despoblado

En nuestro C. P. no existe una explicación sobre lo que debe entenderse por "despoblado", sin que pueda pensarse, como se ha hecho en diversas ocasiones, que por exclusión se pueda llegar a determinar el concepto legal de despoblado, pues la ley penal sólo trata de explicar lo que es "casa habitada", o "dependencias de una casa habitada", las que, como es fácil comprender, pueden estar ubicadas en sitios despoblados, en el concepto genérico de esta expresión.

"Despoblado", dice Pérez Borja⁴, es un lugar "en el cual no hay población". Este concepto extraído indudablemente del significado mismo de tal palabra, no es tan cierto cuando del derecho penal se trata.

Desde la época de los romanos la circunstancia del despoblado estaba íntimamente ligada al robo cometido en los caminos públicos. Sin embargo, nuestra legislación ha dividido en dos esta circunstancia agravante que originalmente sólo constituía una sola. Decir robo en caminos era lo mismo que decir robo en despoblado. La época podía permitir tal afirmación casi axiomática. Pero actualmente se debe hacer la apropiada pues en la práctica tiene la misma una importancia

fundamental.

No se puede dudar que el fundamento de la agravante que estudiamos se debe a que en el caso del "despoblado" la víctima tiene pocas oportunidades para recibir ayuda oportuna, por lo que corre mayor peligro tanto su vida como sus bienes. Pero mantener la agravante del "camino público" de manera independiente, aunque el camino no se encuentre despoblado nos parece que desvirtúa el fundamento de la agravación, como en el momento oportuno lo analizaremos.

No existe unanimidad dentro de la doctrina sobre lo que debe entenderse por "despoblado", pese que la corriente general se inclina a darle a este término el sentido de lugar en donde no se encuentra establecida alguna vivienda. Si esta es la significación que debe aceptarse del vocablo "despoblado", debemos aceptar también que la agravante opera siempre que en el momento en que se comete la sustracción, mediante violencia sobre las personas, o fuerza en las cosas, no circule por el lugar persona alguna.

Se ha discutido si es que puede presentarse la agravante en el caso que se encuentre una casa habitada en un lugar solitario, sin ninguna otra casa por los alrededores y el agente penetra en la misma y procede a la sustracción. Según Soler y Núñez, no puede hablarse de casa habitada en despoblado; según Gómez tal posibilidad es aceptable. Pensamos nosotros que es necesario hacer una diferencia a base del fundamento de la agravante.

Si hemos dicho que la disminución de la capacidad defensiva de la víctima y la imposibilidad de recibir ayuda oportuna es lo que justifica la agravante del robo en despoblado, opinamos que si la casa en donde se ejecuta la sustracción se encuentra habitada por una sola persona y está situada en un lugar solitario, es indudable que se ha cometido el delito de robo en despoblado, pues la víctima no tiene ninguna posibilidad de recibir el auxilio necesario ni de los vecinos, ni de los familiares ni la autoridad estatal. Pero si la casa se encuentra habitada por dos o más personas, nos parece que la agravante no opera, pues la sustracción no ha sido ejecutada en despoblado, sino en un lugar en donde las posibilidades de la defensa han disminuido por el hecho de que la casa se encuentra en un lugar solitario.

Lo dicho es lo que nos permite ratificar nuestro criterio de que no siempre el concepto de casa habitada excluye el de despoblado. En ciertas circunstancias, como la indicada en nuestro ejemplo anterior, pueden concurrir el concepto de "casa habitada" con el concepto "despoblado", pues éste no excluye necesariamente el de casa habitada.

Lo que sí es definitivamente cierto es que no se puede hablar de "despoblado" cuando el robo se comete dentro de la ciudad, de la aldea, o del recinto, pues todos ellos son lugares poblados. El hecho de que una calle se encuentre sin la concurrencia de personas y en el momento del robo sólo estén presentes la víctima y el agente del robo, no puede decirse que el robo se ha cometido en despoblado. El robo se ha cometido dentro de un poblado, en un lugar solitario de dicho poblado, pero el "lugar solitario" no es equivalente a "despoblado", ni puede ser aquel el significado que le da la ley penal cuando de la agravante que estudiamos se trata.

Núñez expresa que "para que la comisión en despoblado sea imputable es necesario que el autor del robo obre aprovechando la soledad del lugar, pues, de otra manera, la agravante carecería de fundamento subjetivo". Pensamos que esta afirmación, que podría llamar a equívocos, no quiere decir que el ilustre autor argentino opine que "lugar solitario" es todo sitio en donde, en el momento del robo, no concurre gente, aunque sea dentro de una ciudad, o de una aldea. El tratadista argentino condiciona ese "lugar solitario" sólo al lugar fuera de un poblado, pues de otra manera no opera la agravante de "despoblado", como bien lo tiene dicho en líneas anteriores.

Para que se considere la agravante que examinamos no creemos que la ley penal exija que el



agente busque de propósito el despoblado, sino que es suficiente que, aunque sea de manera accidental, el robo se cometa en despoblado como lugar no buscado de propósito por el agente. Fundamos este criterio en el texto de la ley penal que cuando se refiere a la agravante específica del robo se limita a decir que ella opera si es que la sustracción se ejecuta "en despoblado"; a diferencia de la agravante genérica comprendida en el ordinal 4o del art. 30, en donde se lee que tal agravante opera cuando el delito se lo ejecuta "buscando de propósito el despoblado".

Según nos lo dice Luis Carlos Pérez, la jurisprudencia de Colombia acepta como despoblado el lugar "fuera de un núcleo de población grande o pequeño", agregando dicho autor que, en consecuencia, no importa si en ese lugar ubicado fuera del núcleo poblacional "haya o no haya habitantes". Nos parece que esta interpretación es extender en forma por demás exagerada el concepto de despoblado, ya que si existen habitantes no puede llamarse al indicado lugar un "despoblado".

Gustavo y Gastón González P. expresan que el "despoblado es el lugar en donde no existe población, no concurre gente, es un lugar desamparado", expresando en la misma obra que "el individuo que conscientemente busca la noche o el despoblado, para llevar a efecto sus designios criminales, se coloca en una situación de ventaja frente a la víctima que en esas condiciones encuentra mayor dificultad para poder repeler el ataque". De esta manera los citados autores chilenos opinan que la circunstancia agravante debe ser buscada de propósito para que pueda ser considerada, pese a que, como dijimos anteriormente, la ley penal sustantiva chilena no exige de manera expresa que la circunstancia sea buscada de intento o que sea aprovechada de manera consciente por el agente.

4. Robo en pandilla

"Es pandilla —dice el art. 601, C. P.— la reunión de tres o más personas, con una misma intención delictuosa, para la comisión de un delito".

De lege lata pensamos que es necesario hacer una diferencia entre lo que se debe entender por "conspiración", "asociación ilícita" y "pandilla". El no diferenciar con cuidado estos conceptos puede llevar a los jueces a errores judiciales muy graves.

La conspiración, de acuerdo con el inciso segundo del art. 17, C. P., existe desde el momento en que "dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito". Características, pues, de la conspiración son: a) existencia precaria; b) concurrencia de por lo menos dos personas; c) acuerdo de ellas con plena conciencia del motivo y de la finalidad del acuerdo; y, d) intención colectiva de cometer un delito, esto es, un delito concretamente determinado.

La asociación ilícita está dada, según la explicación constante en el art. 369, ib., por el acuerdo de dos o más personas "con el fin de atentar contra las personas o las propiedades". Es decir, que las características de la asociación ilícita son: a) existencia más o menos permanente; b) concurrencia, por lo menos, de dos personas; c) conciencia en los asociados de que participan en una sociedad organizada para cometer delitos de una clase especial y, d) intención de cometer delitos contra las personas o las propiedades.

De lo dicho podemos, entonces, establecer tanto las diferencias específicas como las características comunes de la conspiración y de la asociación ilícita.

Tanto la conspiración como la asociación ilícita exigen la concurrencia previa a la comisión del delito. Los que conspiran, como los que se asocian lo hacen con la finalidad de cometer delitos en el futuro y, por lo tanto, no es posible concebir una conspiración o una asociación ilícita post delictum.



El número de personas que deben concurrir, sea a la conspiración, sea a la asociación ilícita no puede ser inferior a dos. No hay acuerdo si no existen, por lo menos, dos sujetos que concurren al acuerdo. La ley penal, cuando se trata de la conspiración, señala en forma expresa el número de los conspiradores —"dos o más"—; en tanto que no lo hace cuando de la asociación ilícita se trata, pero dicho número queda sobre-entendido desde el momento en que habla de "asociación", y para que exista la misma, como dijimos, es necesario la presencia, por lo menos, de dos personas.

La conspiración y la asociación ilícita exigen el "concierto" de los asociados, es decir, debe existir el acuerdo de los miembros de la conspiración o de la asociación para la finalidad propuesta. De lo que se infiere que tanto en la conspiración como en la asociación debe existir en el agente la plena conciencia de que forma parte de una comunidad dedicada a la comisión de actos antijurídicos de carácter penal. El que se asocia a una sociedad en la creencia de que se trata de una organización deportiva, por ejemplo, cuando realmente la sociedad tiene por verdadera finalidad la de cometer delitos, no puede ser considerado culpable del delito de conspiración punible, o de asociación ilícita, según sea la naturaleza de la sociedad. A esto es lo que podemos llamar el dolo del concierto.

Tanto la conspiración como la asociación ilícita exigen que los que se concertan sean mayores de edad, es decir, sujetos de derecho penal, y, en términos generales, imputables. No hay conspiración, ni habrá asociación ilícita, si el concierto se ha formado entre un imputable y un inimputable, pues éste no es capaz de ejecutar delitos.

Las diferencias entre la conspiración y la asociación ilícita, surgen principalmente por el hecho de la reunión esporádica que caracteriza a la primera; y por la relativa permanencia que caracteriza a la segunda. Además, en la conspiración el acuerdo se dirige a la comisión de "un" delito, de un delito particular, concreto, determinado. Se conspira, por ejemplo, para matar a Ticio; o para estafar a Sempronio; o para lograr la evasión de Cayo. En tanto que la asociación ilícita tiene una finalidad genérica, la de cometer delitos, pero delitos de una característica especial, aquellos delitos que lesionan dos clases de bienes jurídicos protegidos penalmente: la vida y la propiedad/Aquellas asociaciones ilícitas que se forman para cometer otra clase de delitos que no sean de los indicados, no son asociaciones ilícitas en el sentido del art. 369, sin perjuicio de que, en un momento dado puedan conformar cualquier otro delito, que no es del caso analizar en estos momentos.

Otra diferencia que se puede anotar de lo dicho anteriormente es que, en nuestra opinión, la conspiración exige el conocimiento entre sí de los conspiradores; en tanto que la asociación ilícita no requiere de dicho conocimiento. Es cierto que pueden existir grupos diversos que se hayan concertado para cometer un mismo delito, como por ejemplo, el de derrocar al gobierno constituido legítimamente, y que no se necesita que los miembros de un grupo conozcan a los del otro grupo, pero, en ese caso, pensamos que cada uno de los miembros de cada grupo están conspirando y se entiende que se conocen entre ellos. En tanto que en la asociación ilícita, dada la finalidad propuesta y la relativa permanencia de la misma, no es necesario que un asociado conozca a todos los demás, basta que tenga conciencia que pertenece a una asociación ilícita para que se considere que está cometiendo un delito.

Decimos que la conspiración es la reunión esporádica de dos o más personas por cuanto, formada para el cumplimiento de una sola finalidad: la de cometer un delito, una vez cumplida la finalidad desaparece la transitoria sociedad. Pero como la asociación ilícita se propone el cumplimiento de planes dirigidos a atentar en general contra las personas, o la propiedad, la ejecución de una sola de estas finalidades no extingue la asociación, la misma que se dilata en el tiempo de acuerdo al éxito de las acciones delictivas, o de la voluntad de quienes la formaron y la dirigen. Se trata, pues, de una empresa o negocio ilícito sin plazo fijo.



Diferencia también que se debe anotar entre la conspiración y la asociación ilícita es aquella en que la primera está dirigida a la comisión de un delito, lo que excluye la conspiración para la ejecución de una contravención. De otra parte, pueden existir asociaciones ilícitas destinadas exclusivamente a cometer delitos contra las personas o contra la propiedad, como destinadas a cometer contravenciones contra las personas, o contra la propiedad, o para "atentar", como dice el art. 369, contra las personas o contra la propiedad, sin que importe si dicho atentado constituye delito o contravención.

Finalmente, sea del caso observar que la conspiración por sí sola no constituye delito, salvo una que otra excepción; en tanto que la asociación ilícita es un delito "por el solo hecho de la organización de la partida", como lo dice el art. 369, in fine.

El rápido examen que hemos hecho de la conspiración y de la asociación ilícita nos permite entrar al análisis de lo que se debe entender por "pandilla" para los efectos de la agravación de la pena del robo.

Dijimos que el art. 601 hacía una explicación especial de lo que era pandilla indicando que ésta era "la reunión de tres o más personas, con una misma intención delictuosa para la comisión de un delito". Se acerca, pues, el concepto de pandilla más al concepto de conspiración que al de asociación ilícita, tanto porque se manifiesta la característica de la accidentalidad de la reunión, como porque la finalidad es la de cometer un solo delito.

Sin embargo, opinamos que en la pandilla no debe existir necesariamente un concierto previo, pues se puede actuar en pandilla sin que los miembros de ella se hayan previamente concertado para la ejecución del delito. Así, supongamos que tres personas de manera independiente hayan resuelto sustraer al pagador de una empresa mercantil la cartera en que lleva la nómina del pago de salarios. Cada uno por su cuenta ha considerado que el día más apropiado para la comisión del delito es el viernes a las tres de la tarde; y el lugar, un paraje más o menos solitario que acostumbra el pagador recorrer luego que saca del banco el dinero de la nómina. Llegados el día y la hora, los tres agentes concurren al lugar y cada cual se esconde en sitios que no puedan verse entre sí, y en un momento dado los tres concurren al sitio de la sustracción y al darse cuenta de la intención común, se ayudan entre ellos para facilitar la tarea, y mientras el uno paraliza al pagador, el otro se apodera del maletín y el tercero cubre la retirada. No se puede dudar que en el ejemplo dado ha existido el delito de robo con la agravante de pandilla, pero no ha existido concierto previo —conspiración— pues si bien han actuado más de dos personas y se ha ejecutado un delito, ninguno de los agentes había tenido el propósito de actuar conjuntamente para la comisión del delito. Faltó el nexo psicológico previo entre los autores. Sin embargo, de acuerdo con el art. 601 ha existido la pandilla, pues los tres agentes tuvieron "una misma intención para la comisión de un delito".

No se debe caer en la confusión de creer que al hacer uso la ley en la definición de pandilla en la frase "una misma intención" quiere dar a entender con ello que exige que la intención de las tres o más personas participantes en un delito debe haber sido la consecuencia de un concierto previo. Para nosotros la pandilla puede ser consecuencia de una planificación previa hecha por los conspiradores, o por los miembros de una asociación ilícita, como puede ser la actuación accidental, sin concierto previo. La "intención delictuosa" de los miembros de una pandilla puede surgir en el momento de la comisión del delito, sin que sea necesario la planificación o el acuerdo previo entre los miembros de la pandilla para que se pueda afirmar que ha existido dicha intención.

La legislación argentina creyó conveniente suprimir la referencia al "complot" o la conspiración genérica, como la denomina nuestro C. P., considerando que al definir el art. 210 de dicho Código lo que era "banda", esto es, "asociación de tres o más personas destinada a cometer delitos", se



debía entender incorporado en dicho concepto la conspiración. Sin embargo, tal criterio no nos parece exacto, pues siendo la conspiración la concertada y esporádica reunión de dos o más personas para la comisión de un delito, dicho concepto no se aviene a la explicación que de "banda" hace el citado art. 210 del C. P. argentino, el mismo que exige una permanencia más o menos relativa de la asociación para cometer "delitos". Es por ello que los autores argentinos se ven en la necesidad de aceptar que "el art. 210 del Cód. Penal, regla general definidora de la banda, no comprende el concepto de complot, entendido éste como acuerdo para cometer un delito determinado"⁷. Es esa la razón también por la que la solución para el robo agravado por la presencia de la "banda" en la Argentina no puede ser igual a la solución del robo agravado por la presencia de la "pandilla" en nuestro país, pues si la presencia en la comisión del delito de tres o más personas no obedece al cumplimiento de un plan previo elaborado por la asociación ilícita, no puede hablarse en la Argentina de robo agravado en el sentido del ordinal 2o del art. 167 de dicha Nación; en tanto que sí se constituye la agravante en el Ecuador, por cuanto la pandilla no exige el presupuesto objetivo de la asociación previa y ni siquiera, como lo hemos hecho presente, la conspiración.

Lo dicho por nosotros anteriormente lo ratifica Núñez en el párrafo siguiente de su obra: « Por lo tanto, la simple concurrencia de varias personas en la comisión del robo constituye banda, aunque esas personas hayan actuado en complot, esto es, combinadas para ejecutarlo. Es necesario que esas personas se encuentren asociadas para cometer delitos, de manera que constituyan una verdadera sociedad criminal o asociación de malhechores, uno de cuyos caracteres esenciales es la mayor o menor permanencia del grupo asociado".

Es necesario tener presente que para que opere la agravante del robo cometido en pandilla se exige que en la ejecución del delito hayan intervenido tres o más personas. Si el robo se planifica por cinco personas y lo ejecuta una, no existe la pandilla, esto es, la ley no exige que exista la pandilla para el concierto, o para constituir la asociación ilícita. La pandilla sólo existe, jurídicamente, para el momento de la comisión del delito. Así, si el robo fue planificado o inspirado por una sola persona, quien contrata a cuatro personas para su ejecución, el delito se ha cometido en pandilla, aunque no exista ni concierto, ni asociación ilícita. El autor intelectual resuelve robar, planifica el robo, prepara la forma y los medios para ejecutarlo y luego, mediante la promesa de pago, dispone que tres o más personas ejecuten la sustracción, no se duda que se ha cometido el robo en pandilla. A la inversa, si tres o más personas planifican y se concertan para la comisión de un robo, y sólo lo ejecuta una persona, no existe la agravante de pandilla.

Pensamos que es necesario aclarar que para que exista la pandilla ésta debe actuar cooperando en la consumación del delito de robo, sin que eso quiera decir en caso alguno que todos los miembros de la pandilla deben estar juntos, reunidos en un mismo lugar, pues la "división del trabajo" que realizan puede obligar a un miembro de la pandilla a estar fuera del lugar del delito (el que hace de "campana", por ejemplo; o el que distrae la atención del guardián, mientras los otros miembros de la pandilla ejecutan la sustracción), sin que ese hecho pueda desvirtuar el concepto jurídico de pandilla. Lo que importa para que opere la agravante que estudiamos es que cada miembro coopere fácticamente en la comisión del delito en cualquier forma, principal o secundaria.

Maggiore sostiene el criterio de que la reunión de tres o más personas que actúan en la sustracción agrava el robo, aunque una de estas personas sea inimputable ("niños, locos, etc.") "o no punible por cualquier causa, ya que la circunstancia del número obra objetivamente, en cuanto sirve para facilitar el delito". Nosotros opinamos que, de acuerdo con nuestra legislación, es necesario hacer una diferencia. Si se trata que la pandilla estuvo formada por tres personas, una de las cuales era inimputable, como un niño que actúa como "campana", no existe la pandilla, pues, ésta de lege lata, debe formarse por personas capaces de cometer un delito, capacidad que no la tiene el niño.

Pero si la pandilla se ha formado con una persona no punible por cualquier causa, como cualquiera de aquellas que se encuentran amparadas por la excusa absolutoria a la que se refiere el art. 588, esto es, por ser, por ejemplo, miembro de la pandilla el hijo del ofendido, es indudable que opera la agravante que analizamos, pues el hecho de que no sea punible el hijo que roba al padre, no significa que no cooperó en la consumación del delito, con plena capacidad jurídica como persona imputable.

5. Robo en caminos o vías públicas

Al hablar de la circunstancia agravante conocida como "despoblado" dijimos que ésta se encontraba anteriormente comprendida en la circunstancia de lugar cuando la sustracción se verificaba en caminos o vías públicas. Carrara¹⁰ nos hace saber que los romanos, en un comienzo, sólo aplicaban a los ladrones que operaban en las vías públicas como pena el cuádruplo del valor de lo robado y que luego se impuso la pena de muerte, cuya manera de cumplirse variaba de acuerdo a la época (presa de las fieras en el circo, crucificados, incinerados, ahorcados, etc.).

El fundamento de la agravante es proteger la circulación por los caminos, por los cuales, como bien dice Carrara, los hombres se ven obligados a transportar sus bienes, muchos de ellos de gran valor económico.

Si bien la idea de camino o vía pública se asocia a la de despoblado, no siempre puede decirse que tal afirmación coincide con la realidad. El que sustrae una cosa mueble ajena en un camino público, aunque por los alrededores existan casas habitadas, no deja de cometer el delito de robo agravado por haber sido cometido en un camino público, aunque no opere la agravante del despoblado.

Nosotros entendemos que la ley en el ordinal 2º., in fine, del art. 552, al decir "en caminos o vías públicas", está usando la conjunción "o" en sentido de equivalencia y no en forma disyuntiva. Tal opinión nuestra se fundamenta en la misma ley penal cuando expresa el artículo mencionado que si "el robo se ha ejecutado con armas ... o en caminos o vías públicas", lo que indica que la primera conjunción "o" está tomada en sentido disyuntivo, en tanto que la segunda "o" ha sido considerada como equivalente entre los conceptos caminos y vías. Además, nuestro anterior criterio se encuentra justificado en el art. 1º. de la Ley de Caminos (Registro Oficial N° 285 de 7 de junio de 1964, Decreto Supremo N° 1351), el mismo que dice: "Son caminos públicos todas las vías de tránsito terrestre construidas para el servicio público y las declaradas de uso público. Se consideran, además, como públicos los caminos privados que han sido usados desde hace más de quince años por los habitantes de una zona". Se observa, pues, que la ley especial identifica los conceptos "camino" y "vías", por lo que cualquier duda al respecto queda aclarada, no sin lamentar que el art. 558, ordinal 2º., haya escrito "caminos o vías públicas", cuando debió haberse referido a los caminos y vías públicas, es indudable que el hecho de ser públicos se refiere tanto a los caminos como a las vías.

De lo expuesto se concluye fácilmente que no pueden existir "caminos o vías" públicos dentro de las ciudades o dentro de las aldeas, o de los recintos. El camino es la vía de acceso o de salida de una ciudad o de un pueblo cualquiera. Las vías que se encuentran dentro de los poblados toman el nombre de "calles", que si bien pueden considerarse una especie de camino o vía, no es precisamente a dicha clase de caminos a los que se refiere la ley penal en la agravación del robo a que nos estamos refiriendo.

Nosotros creemos acertada la observación que hace Carrara¹⁰ en el sentido de que si la sustracción se verifica en un lugar del camino público en donde el paciente ha dejado las cosas que luego fueron sustraídas, no opera la agravante de robo cometido en camino o vía públicos, pues la vigilancia que normalmente debe hacerse de las cosas no se ha descuidado por necesidad, sino

por negligencia del dueño. En ese caso habrá robo simple, de acuerdo con las circunstancias, pero no robo cometido en camino público, pues éste no es un lugar destinado a dejar cosas que pueden ser motivo de sustracción.

Por lo tanto no es posible aceptar que dentro de un poblado se pueda ejecutar el delito de robo en despoblado, o robo en camino público, porque donde hay población no hay despoblado, y donde no hay camino público, no puede surgir la indicada agravante. En consecuencia, no se puede confundir "lugar solitario" con despoblado; ni "calle" con camino público.

Ahora bien, si hemos dicho que el camino público es la vía de acceso a la ciudad o a la vía de salida de la misma, se puede entender dentro de ese concepto a las vías férreas, las mismas que se encuentran en igual situación que los llamados caminos, con mayor razón si la ley especial de caminos, como hemos visto, se refiere en general a "las vías de tránsito terrestre" dentro de las cuales con toda propiedad reclama su sitio la vía férrea.

Sobre el tema antes planteado nosotros pensamos que es posible que surja la agravación de la pena del robo por haberse cometido éste en la vía férrea, pese a lo que nuestra legislación — probablemente para evitar diferencias en la interpretación— considera que la sustracción cometida "en" trenes, aunque no vaya acompañada de violencia o amenaza sobre las personas, o fuerza en las cosas, se asimila al robo y, por ende, merece la pena del robo simple y en caso alguno la del robo agravado, por lo que es conveniente al ladrón que robe en un tren, o que robe en un camión, pues si lo hace en el primer vehículo la pena es de uno a cinco años de prisión correccional, aunque lo haga con fuerza en las cosas, o con violencia en las personas; en tanto que si roba en el camión, en un camino público, la pena en cantidad y calidad es mucho más grave, pues el mínimo es de tres años y el máximo de seis años, ambos de reclusión menor. Ya tendremos oportunidad, al examinar el art. 553, de analizar extensamente, lo anteriormente explicado que sólo con fines aclaratorios nos hemos visto obligados a señalar en esta parte.

Por último, debemos dejar establecido, una vez más, que cualquiera de las circunstancias que hemos analizado en este párrafo, por sí solas son suficientes para constituir el robo agravado, sin perjuicio de que, como luego examinaremos, la concurrencia de dos o más de ellas vuelva a agravar la pena para el robo simple.

d) AGRAVANTES ESPECIALES (ART. 625)

[Maggiore]⁴

El Código abolió muy cuerdamente la distinción —a que nunca supo dar la doctrina bases plausibles— entre agravantes y calificantes del hurto. Por esto recogió en una sola lista y dentro de un solo artículo, después de haberlas simplificado (porque muchas han pasado a formar parte de las agravantes comunes de que trata el art. 61), las circunstancias que se enumeraban en los arts. 403 y 404 del Código derogado. La pena, para todas, es reclusión de uno a seis años y multa de mil a diez mil liras (aumentada de una tercera parte a la mitad por el decreto-ley lugartenencial 234 del 10 de mayo de 1945, art. 4).

Se trata de circunstancias de naturaleza objetiva (en cuanto se refieren a la naturaleza, la especie,

los medios, el objeto, el tiempo y cualquier otra modalidad de la acción, y a la gravedad del daño o del peligro), que quedan a cargo de los copartícipes, aunque no sean conocidas por ellos (arts. 70, núm. 1, y 118, V parte, C. P.).

1) Si el culpable, para cometer el hecho, se introduce o se detiene en un edificio o en otro lugar destinado a habitación.

La razón de esta agravante está en la mayor peligrosidad que demuestra el agente, y en la disminución que sufre la defensa de la propiedad.

"Introducirse" significa entrar con toda la persona (no con un brazo u otro medio mecánico); de otro modo sería incomprensible la hipótesis de "detenerse".

En el hecho está implícito el elemento de la antijuridicidad, que desaparece cuando la introducción se efectúa jurídicamente (por ejemplo, con consentimiento del derechohabiente). Y además está implícito el concepto de normalidad-, si la introducción se realiza de manera fraudulenta (escalamiento, llaves falsas, etc.), se aplica la agravante del núm. 2.

Cuando la introducción se lleva a cabo con abuso de autoridad privada, de relaciones domésticas, de funciones o de prestación de servicios, concurrirá también la agravante común del art. 61, núm. 11.

La introducción debe caracterizarse por el fin, que es el de cometer hurto. La ley dice: "para cometer el hecho". A este fin efectivo es al que debe atenderse, no al supuesto con que el ladrón se ha introducido en la habitación ajena. Por otra parte, este puede haberse introducido en la casa por motivos legítimos (por frecuentarla habitualmente) y "detenerse" en ella por haberle venido de improviso un deseo delictuoso.

"Edificio" es toda construcción, de manipostería, de madera, etc., rodeada de tierra y fija en el suelo (de modo que se excluyen las construcciones subterráneas, móviles, etc.).

A diferencia del art. 425, núm. 2, donde (al tratar de incendios) la ley habla de "edificios habitados o destinados para uso de habitación", aquí se considera "el edificio u otro lugar destinado a habitación". La fórmula es más amplia, e incluye a fortiori el edificio habitado actualmente. Pero este elemento no es necesario para la aplicación de la agravante. Por otro lado, está claro que ella no ocurre cuando la habitación carece de destinación formal.

El concepto de "edificio destinado a habitación" comprende, no solo todo lugar destinado en sentido estricto a ese fin, sino también el conjunto de los locales internos que tienen alguna función en el sistema doméstico (baños, cocina, corredores, escaleras y huecos de escalera, depósito de trastos, retretes, sótanos, porterías y estudios profesionales anejos a la casa de habitación).

La ley amplió (respecto al art. 425, núm. 2) el alcance de la defensa privilegiada, al extenderla a "cualquier otro lugar destinado a habitación", o sea a todo lugar, distinto del edificio, que esté destinado, de modo permanente o temporal, a ser habitado (vagones, camiones, cabañas, barracas, cavernas, barcas, etc.).

En cambio, quedan excluidas las "pertenencias" de la habitación mencionadas en los arts. 614 (violación de domicilio) y 699 (porte abusivo de armas). Tales son aquellos lugares caracterizados por su condición de accesorios, en cuanto prestan servicio a las casas de habitación sin ser parte integrante de ellas (jardines, huertos, patios, garajes, establos, depósitos, etc.).

Es indiferente que dichos lugares estén cerrados o abiertos. Una azotea también entra en lo previsto por esta agravante, por cuanto se emplea para fines inherentes a la vida doméstica.

2) Si el culpable usa violencia sobre las cosas o se sirve de algún medio fraudulento.

La aminorada defensa de las cosas y la peligrosidad demostrada por el agente, en consideración del medio empleado, justifican esta agravación de la pena.

En cuanto la violencia y el fraude constituyen dos modalidades de una misma infracción, es indiferente que en un mismo hurto se presente una sola o se presenten ambas hipótesis alternativamente previstas en esta agravante. El juez, intimada una sola de las hipótesis, puede condenar por la otra o por ambas, ya que se trata de la definición jurídica del hecho (arts. 445 y 447, C. de P. P.).

Esta circunstancia tiene valor objetivo, por referirse a los medios de acción (art. 70, núm. 1); por lo tanto, se imputa sin tener en cuenta la voluntariedad del hecho (art. 59) y se comunica a los copartícipes (art. 118).

Casi no es necesario advertir que la violencia o el fraude tienen que acompañar el delito, esto es, que deben ser inherentes a su proceso ejecutivo. Si, una vez consumado el apoderamiento, el agente emplea violencia o fraude para transportar la cosa robada, ponerla en seguro u ocultar el delito, no tiene lugar esta agravante.

a) Violencia sobre las cosas.

Esta hipótesis constituye una forma de delito complejo, por cuanto nos hallamos ante un daño considerado como circunstancia agravante del hurto, en el cual queda absorbido (art. 84) el delito de que se trata en el art. 635.

Para el concepto de "violencia sobre las cosas" vale la definición del párrafo 2° del art. 171, según la cual dicha violencia ocurre "cuando la cosa es dañada o trasformada o se le cambia la destinación".

Quedan, pues, comprendidas todas las formas de desintegración, destrucción, demolición, rotura, fractura, alteración, etc., totales o parciales.

La violencia puede recaer, o sobre la cosa que uno quiere robar, o sobre otras cosas.

Toda forma de violencia es considerada en esta hipótesis, salvo la que recae sobre personas, en cuyo caso se tendría el delito de hurto violento (art. 628).

Cuando la violencia se dirige únicamente a arrebatarse una cosa de manos del paciente, se tiene la agravante prevista en el núm. 4 del art. 625, no la que estamos examinando.

Hay violencia aun cuando esta constituya el medio indispensable para cometer el hurto (como el cortar o arrancar de raíz un árbol con el fin de apoderarse de él), va que esta circunstancia no puede influir sobre la mayor gravedad moral y jurídica del hurto cometido con medios distintos del simple apoderamiento.

Lo mismo debe afirmarse cuando el ladrón, para movilizar la cosa robada, se ve obligado a emplear violencia (para arrancar del muro un bajorrelieve, una repisa de hierro, etc.). No importa que el empleo de la violencia tienda a producir un daño menor (como en el caso del ladrón que saca de un anillo la piedra preciosa incrustada en él, para apropiarse solo de ella).

También es aplicable esta agravante en caso de muerte o daño de animales para apropiárselos.

La violencia puede emplearse sobre cosas distintas de aquellas sobre las cuales recae el delito. A

este respecto decía el Código derogado (art. 404, núm. 4): "si el culpable, para cometer el hecho o para trasportar la cosa sustraída, destruye, rompe, demuele o allana reparos de material sólido, puestos para defensa de una propiedad, aunque la rotura no se efectúe en el lugar del hurto".

Como el Código actual no reprodujo esa fórmula, debemos opinar que esta agravante existe aunque la cosa sobre la cual recae la violencia no constituya propiamente una defensa destinada a proteger la propiedad y que no sea de materia sólida. Por lo tanto, hay violencia, no solo al romper muros, rejas, cadenas, redes metálicas, cuerdas, candados, cerrojos, etc., sino también cuando se rompen envolturas de papel, de paja o de tela, empleadas para protección o despacho de las cosas. En esta forma, responderá de hurto agravado el cicatero que rompa el bolsillo ajeno para apoderarse de una cartera.

Esta circunstancia se consuma apenas se emplea violencia para dañar o transformar una cosa, no antes (como en el caso de que el ladrón haya llevado consigo los instrumentos aptos para la fractura, pero sin usarlos).

b) Medios fraudulentos.

El Código actual reunió en una sola categoría genérica las diversas hipótesis previstas en distintas disposiciones por el Código derogado (art. 404, núms. 5 y 6), como el uso de llaves falsas y el escalamiento, incluyendo en esa categoría todo medio insidioso.

"Medio fraudulento" es, ante todo, la apertura indebida de cerraduras y de otros aparatos de cierre, como cerrojos, candados, espitas con llave para toneles, aparatos con llave para inmovilizar o poner en marcha automóviles, etc.

La apertura se realiza comúnmente por medio de llaves, pero también por medio de los instrumentos más diversos. En cuanto a los candados de letras (es decir, los que se abren por medio de una combinación de letras del alfabeto), incurre en esta agravante el que, habiéndose apoderado de la palabra o cifra clave, procede a abrirlos.

Un medio fraudulento típico es la llave falsa, o sea imitada o alterada, pero también puede serlo la llave verdadera que se le haya perdido al dueño, o que le hayan robado, o sea obtenida o conservada indebidamente (como se expresaba el Código de 1889 en el art. 404, núm. 5). Además se verifica esta agravante cuando el ladrón se sirve de una llave propia para abrir, sin otro artificio especial, una cerradura ajena.

Otros instrumentos, además de las ganzúas, son todos los objetos que, ingeniosamente empleados, logran el fin de abrir una cerradura (como cortaplumas, clavos, ganchos, alambres, cordeles, etc.).

Está claro que no hay apertura, sino forzamiento, y que por tanto es aplicable la agravante del núm. 2, en vez de la presente, cuando la cerradura cede ante una acción violenta.

Se consuma esta agravante al efectuarse la apertura fraudulenta, y no puede constituir tentativa de ella el simple apoderamiento de la llave con el fin de robar, a no ser que uno sea responsable del art. 707, C. P.

Otro medio fraudulento es el escalamiento, descrito en el art. 404, núm. 6, del Código de 1889, con estas palabras: "si el culpable entra a un edificio o recinto, o sale de él, por un camino distinto del destinado al tránsito ordinario de las personas, venciendo obstáculos o reparos que no pueden evitarse sino por medios artificiales o mediante agilidad personal".

No habiendo reproducido esta definición el Código actual, debe tenerse como ampliado el concepto

de escalamiento, de modo que comprenda la introducción, mediante agilidad y por vía distinta de la ordinaria, no solo en edificios cerrados, sino también en cualquier lugar abierto, como naves, tiendas, subterráneos, etc.

Es anormal cualquier vía distinta de las puertas y verjas, es decir, las ventanas, los balcones, las terrazas, las claraboyas, los acueductos, las alcantarillas, etc. Los obstáculos pueden vencerse mediante agilidad y fuerza personal, o por medios artificiales (cuerdas, escalas portátiles, pértigas, garfios, etc.).

Se entiende que estos medios deben ser idóneos; pero es inútil cualquier indagación acerca de su idoneidad, cuando se ha logrado el fin delictivo.

Para que se verifique la agravante debe consumarse el escalamiento; no basta la simple tentativa.

Además de la apertura fraudulenta y del escalamiento, pueden emplearse otros medios fraudulentos para consumir el hurto (recuérdese la extracción de monedas de un cepillo de limosnas o de cartas de un buzón postal, mediante una varita untada de alguna materia pegajosa).

También constituye "medio fraudulento" la captación de energía eléctrica mediante enlace o conexión de alambres, etc., antes de ser registrada en el contador y sin maniobras en este. Por lo cual, en esta hipótesis se tiene, sin duda, hurto agravado, conforme al art. 625, núm. 259; en cambio habrá estafa, como ya se demostró, cuando se obtiene el provecho indebido, no mediante simple desviación de corriente, sino mediante alteración del aparato medidor.

Queda efectivamente incluida en la noción de "medio fraudulento" toda forma de actividad insidiosa, que tenga el poder de engañar a una persona normal.

No hay incompatibilidad entre las agravantes especiales de fractura, llaves falsas, escalamiento, etc., y las comunes de abuso de relaciones domésticas, de funciones, de prestación de servicios y de hospitalidad, previstas en el art. 61, núm. II.

Si entendemos el concepto de "medio fraudulento", según se debe entender, es decir, como empleo de una especial astucia o insidia apta para sorprender la vigilancia del propietario, hay razón para admitir que se presenta la agravante que examinamos cuando es invitado alguno a casa, bajo pretexto de hospitalidad o de desahogo de lujuria, con el fin de robarle⁶². Pero en este caso no podrá haber concurso con la circunstancia de abuso de hospitalidad.

3) Si el culpable lleva consigo armas o narcóticos, sin hacer uso de ellos.

La expresión "consigo" no debe entenderse en el sentido restrictivo de que las armas tienen que llevarse sobre la persona, pues basta que estén al alcance de la mano⁶³. Es superfluo advertir que no ocurre esta agravante cuando el agente ignora que lleva armas o narcóticos.

No tiene importancia el fin por el cual se llevan narcóticos o armas.

Puede haber concurso con la contravención de porte abusivo de armas (arts. 699, C. P., y 47 de la ley de seguridad pública).

En cuanto a la noción de "armas", véase el art. 585.

Esta agravante se funda en una situación de peligro.

Además, tiene valor objetivo, y por lo tanto se comunica a todos los copartícipes, conforme a los arts. 70, núm. 1, y 118, C. P.

"Narcótico" es cualquier sustancia apta para adormecer a una persona, aunque sea por el tiempo

necesario para la consumación del hurto.

Si se hace uso de las armas o del narcótico, se tendrá el delito de robo con violencia sobre las personas (art. 628). De aquí el motivo de la expresión "sin hacer uso de ellos".

4) Si el hecho se comete con destreza, o arrebatando las cosas de las manos o de encima de la persona.

Esta disposición comprende el hurto con destreza (carterismo, cicatería), ya previsto como agravante en el Código derogado (art. 403, núm. 4), y el "raponazo" previsto por el mismo Código como forma menor de hurto con violencia (art. 406, apartado 3°).

Se trata de una circunstancia objetiva, en cuanto se refiere a la modalidad de la acción, comunicable a todos los copartícipes aunque no la quieran ni conozcan (arts. 70, núm. 1, y 118, 1° parte, C. P.).

La "destreza" comprende cualquier clase de habilidad (como soltura de manos u otra agilidad) para cometer un hurto.

La destreza debe obrar sobre la persona del paciente, aunque no se mencione este elemento, como sí se mencionaba en el correspondiente art. 403, núm. 4, del Código derogado.

No tendría lugar esta agravante si la destreza recayera sobre el objeto que solamente se encuentra cerca del paciente.

El uso de la destreza debe coincidir con el desarrollo de la acción; si se efectuara después del momento consumativo (como haciendo desaparecer la cosa robada), quedaríamos fuera de esta hipótesis.

Fue objeto discutido en la doctrina y la jurisprudencia anteriores al presente Código, si constituía hurto con destreza la sustracción efectuada a una persona que duerme, a un enfermo mental o a un ebrio. Lo niega Carrara, por considerar que "la destreza tiene carácter subjetivo, cuyo punto de partida es la diligencia y habilidad especial del ladrón, que por esto se hace más peligroso y temible para todos, aun para los más despiertos, y no solo para los incautos que se ponen a dormir en lugares accesibles"®. La jurisprudencia opinó por la afirmativa, basándose en el argumento de que el hurto sobre la persona no puede ser sino cicatería o hurto con violencia, y que, siempre que esta falta, queda incluido en el primer caso. Impallomeni hizo esta distinción muy acertada: "no puede decirse de manera absoluta que el hurto sobre una persona dormida se comete con destreza o sin ella, como opinó Carrara. La agravante depende de la circunstancia de hecho. No existe, si el ladrón pudo sustraer con facilidad la cosa sin despertar al dormido; y existe, si el ladrón tuvo que emplear medios circunspectos y mesurados y dar prueba de especial habilidad"70. Esta es la opinión que debe admitirse.

La agravante que estudiamos puede concurrir con la prevista en el núm. 2, si el agente, al obrar con destreza, emplea violencia sobre las cosas (si corta con una navaja el bolsillo en que se guarda una cartera y se apodera de esta, sin que el sujeto pasivo sospeche que ha sido robado).

Fue suprimido el elemento del "lugar público o abierto al público", previsto en el Código derogado. La cicatería es punible, aunque se cometa en lugares privados.

Distinto del robo con destreza es el hurto que se comete arrebatando, y que consiste en una forma de violencia limitada a "quitar una cosa de las manos o de encima de la persona" (por ejemplo, arrancar la cadena del reloj del chaleco a que iba asegurada).

"Rapar" es quitar con violencia, venciendo la resistencia de lo que une la cosa a la persona. En el

hurto con raponazo el paciente tiene que darse cuenta del hecho, mientras que en el hurto con destreza puede que no lo advierta.

Si la violencia, en vez de recaer directamente sobre la cosa e indirectamente sobre la persona, se emplea directamente sobre esta, se tiene hurto con violencia (art. 628).

Cuando el hurto con raponazo produce alguna lesión (como la laceración del lóbulo auricular para apoderarse de un zarcillo) —puesto que en este caso el empleo de la violencia supera el mínimo indispensable para apoderarse de la cosa—, hay también hurto con violencia sobre la persona, en concurso material con el delito de lesiones. Es inútil averiguar si la lesión se produjo voluntariamente o por simple imprudencia, pues la voluntad va implícita en el modo de obrar del agente, que obró aun a costa de causar un resultado lesivo, y por consiguiente lo previo y lo quiso.

5) Si el hecho fue cometido por tres o más personas, o también por una sola, que se disfrazó o que simuló la cualidad de funcionario público o de encargado de un servicio público.

Por su naturaleza, esta circunstancia es objetiva, y por lo tanto comunicable a todos los copartícipes (arts. 70, núm. 1, y 118, V parte, C. P.).

La ley ya no dice "tres personas reunidas", como decía el art. 404, núm. 9, del Código derogado. Según aquella fórmula, se requería que las tres o más personas, aunque no estuvieran reunidas en el mismo sitio, hubieran concurrido a la consumación del delito; es decir, se requería, si no previo acuerdo, sí alguna cooperación material-, por esto no se contaban en ese número los copartícipes morales. El nuevo Código abolió esa limitación injustificada⁷². Naturalmente, no tiene valor la circunstancia de que alguna de esas personas no haya podido ser identificada o haya quedado desconocida. La agravante existe, aunque alguno de los copartícipes resulte no imputable (niños, locos, etc.), o no punible por cualquier causa, ya que la circunstancia del número obra objetivamente, en cuanto sirve para facilitar el delito".

No se requiere concierto previo-, basta el acuerdo que puede efectuarse aun en el lugar del delito, pero siempre, entiéndase bien, durante el proceso criminoso o antes de él; nunca después.

El delito de asociación para delinquir (art. 416) puede concurrir también con esta agravante.

Cuando el número de los autores es más de cinco, se aplica siempre esta agravante especial, y no la genérica del art. 112, núm. 1, en virtud del art. 15, C. P.

Para el concepto de "persona disfrazada", véase el art. 339.

No es indispensable que el disfraz constituya un medio necesario para la ejecución del hurto, o que esté preparado con anticipación, etc.

"Persona que simula la cualidad de funcionario público o de encargado de un servicio público" es la que usurpa esas cualidades. Por lo tanto, en general, este delito concurre materialmente con el previsto en el art. 357, C. P.

Si el supuesto funcionario público o encargado de un servicio público no se limitó a simular dicha cualidad, sino que empleó alguna coacción moral sobre el paciente o con ese medio lo indujo a engaño, se tendrán, respectivamente, los delitos de hurto con violencia sobre las personas o de estafa agravada (art. 640, apartado núm. 2).

e) **EL ROBO**

[Suárez-Mira]⁵

El robo se regula en el capítulo II del Título XIII (arts. 237 a 242). Tal como resulta del artículo 237 existen dos clases principales: el robo con fuerza en las cosas y el robo con violencia o intimidación en las personas.

Artículo 237 CP: «Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas.»

Comparte con el hurto la mayoría de sus requisitos, diferenciándose por los modos comisivos, los cuales delatan una mayor energía criminal.

1. Robo con fuerza en las cosas

Esta figura aparece regulada en los artículos 238 a 241 CP. El primero de ellos define las características esenciales que la configuran.

Artículo 238 CP: «Son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.) Escalamiento.
- 2.) Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana.
- 3.) Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo.
- 4.) Uso de llaves falsas.
- 5.) Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda.»

Un robo con fuerza en las cosas consiste en apoderarse de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran, pero constituyendo dicha fuerza únicamente lo que el CP entiende como tal, pues se trata de un término normativo.

Constituye una importante novedad del texto vigente el hecho de que la fuerza empleada ha de ir dirigida al acceso al lugar donde se hallan las cosas que se pretende sustraer, lo cual no se exigía expresamente en el anterior. Las circunstancias señaladas en el artículo 238 constituyen una enumeración cerrada no susceptible de ampliación por analogía, ya que, como ha señalado el TS, constituye un verdadero numerus clausus (STS de 21-5-2001, Ponente Martín Canivell).

A) Escalamiento

Señala la STS de 16-5-2002 (Ponente Saavedra Ruiz) que el escalamiento implica una acción o conducta equiparada en la tipología del artículo 238 a la fuerza, significando el despliegue de una energía similar. El acceso al lugar de los hechos a través de una vía no destinada a ello por su dueño debe implicar, pues, un esfuerzo físico de cierta significación, necesario para quebrantar la defensa de la propiedad desplegada por el titular del inmueble de que se trate, pues si no fuese así podría suscitarse la existencia del tipo del artículo 234 CP. Por lo tanto, no sólo se trata de un

acceso por vía insólita o desacostumbrada y distinta a la que ordinariamente utiliza el titular de los bienes, sino que requiere un cierto esfuerzo físico. Además, el escalamiento ha de utilizarse para la entrada, no para la salida, de tal modo que si se entra normalmente y tras el apoderamiento se escala, en realidad habría un hurto y no un robo. Es significativa también al respecto la STS de 7-2-2001 (Ponente Conde-Pumpido Tourón): «actualmente se restringe el concepto legal

de escalamiento en un doble sentido: 1) Se excluyen los supuestos de "escalamiento de salida" (SSTS de 22 de abril y 18 de octubre de 1999) al exigir el artículo 237 del Código Penal 1995 que la fuerza en las cosas se utilice "para acceder al lugar donde éstas se encuentren". 2) Se limita el escalamiento de entrada a aquellos supuestos, más acordes con los principios de legalidad y proporcionalidad, en los que la entrada por lugar no destinado al efecto haya exigido "una destreza o un esfuerzo de cierta importancia, destreza o esfuerzo presentes en la noción estricta de escalamiento (trepar o ascender a un lugar determinado), que es el punto de referencia legal del que dispone el intérprete"».

B) Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana

Como señala Alonso Pérez, es necesario que lo que se fractura esté cumpliendo la función de custodiar la cosa, dificultando el acceso a ella. Puede tratarse de un edificio o de cualquier otro lugar cerrado, como un vagón de ferrocarril, un automóvil, etc. El rompimiento puede producirse sobre la propia estructura del continente (pared, techo o suelo) o sobre los elementos que permiten el acceso intermitente al interior del mismo (puerta o ventana). A esta última modalidad se equipara la rotura de la cerradura u otros mecanismos de la puerta o, en su caso, de la ventana. Según la citada STS de 7-2-2001 por «fractura» ha de entenderse romper o quebrantar con esfuerzo el mecanismo de cierre de puertas o ventanas. El empleo de utensilios que actúan a modo de palanca para multiplicar la eficacia del esfuerzo humano, facilitando así la superación del mecanismo de cierre de una puerta o ventana, integra claramente la fuerza típica prevenida en el tipo, pues en definitiva se trata de un supuesto de aplicación de fuerza para violentar el funcionamiento ordinario del sistema de cerramiento, aun cuando no se ocasionen desperfectos definitivos.

C) Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo

A diferencia del caso anterior, en que se fracturaba un inmueble, en éste se fractura un mueble (armario, arca u otro objeto cerrado). También se da la presente circunstancia cuando se fuerza la cerradura, e incluso cuando se descubre la clave que permite su apertura, siendo indiferente que ésta tenga lugar en el lugar del robo o fuera del mismo.

D) Uso de llaves falsas

Señala la Sala 2.a en la STS de 18-2-2000 (Ponente Saavedra Ruiz) que el uso de llaves falsas no implica el desarrollo de una especial fuerza o presión para acceder al lugar donde se encuentren las cosas muebles ajenas, sino el empleo de un medio que permita dicho acceso sin causar

daños o desmedros, fundamentándose su autonomía frente al hurto, verdadero tipo básico contra la propiedad (art. 234 CP), en circunstancias relativas tanto a la defensa desplegada por el propietario o poseedor legítimo de las cosas cuya sustracción se pretende como en la mayor astucia o habilidad del agente.

El **artículo 239 CP** nos proporciona el concepto legal de llaves falsas: «Se considerarán llaves falsas:

1.) Las ganzúas u otros instrumentos análogos.

2.) *Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal.*

3.) *Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo.*

A los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia.»

Es éste un concepto funcional de llave falsa ya que puede serlo cualquier artilugio que permita la apertura de la cerradura. Normalmente el mecanismo de acción será mecánico y el material metálico, pero el artículo 239 in fine considera también llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia, es decir, objetos de plástico u otros materiales y con mecanismos de acción electrónicos o magnéticos.

a) Ganzúas u otros instrumentos análogos

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española explica el sustantivo ganzúa en primer lugar como «alambre fuerte y doblado por una punta, a modo de garfio, con que, a falta de llave, pueden correrse los pestillos de las cerraduras», de forma que cualquier artificio que funcionalmente pueda servir para dicha finalidad debe ser reconducido a la cualidad de instrumento análogo previsto por el legislador.

b) Llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal

El CP considera falsas a las llaves legítimas, pero para ello deben haber sido extraviadas por su propietario o bien haber sido obtenidas a través de la comisión de un delito o de una falta.

c) Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo

Esta cláusula abierta permite incluir en el concepto de llaves falsas otras no utilizadas por su propietario para abrir la cerradura, debiendo contemplarse así los duplicados de llaves o llaves de repuesto.

E) Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda

Esta modalidad de fuerza en las cosas consiste en impedir el normal funcionamiento de los sistemas específicos con los que el dueño trata de proteger su propiedad. La STS de 25-6-1999 (Ponente Conde-Pumpido Tourón) indica que en principio la fractura, desprendimiento o cualquier otro medio de evitar el normal funcionamiento de los dispositivos de seguridad incorporados a los objetos puestos a la venta en determinados establecimientos comerciales, realizadas con el fin de evitar la activación de la alarma situada en los controles de salida, integran el supuesto prevenido en el párrafo quinto del artículo 238, por lo que, en abstracto, constituyen una modalidad de fuerza típica, pero ello no basta para la subsunción del hecho como delito de robo, puesto que el artículo 237 establece un requisito adicional al exigir que las modalidades típicas de fuerza se empleen específicamente «para acceder al lugar» donde las cosas se encuentren.

En el mismo sentido lo había entendido la Fiscalía General del Estado, en cuya Consulta 13/1997, de 14 de diciembre, indicaba que «no toda inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda colma las exigencias típicas del delito de robo con fuerza en las cosas. Sólo aquella que se oriente a lograr el acceso al lugar en el que los objetos se encuentren permite afirmar el juicio de tipicidad propio del delito de robo. En su ausencia, los hechos habrán de ser calificados como integrantes de un delito de hurto.»

La penalidad del robo con fuerza se recoge en el artículo 240 CP:

«El culpable de robo con fuerza en las cosas será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.»

2. Modalidades agravadas de robo con fuerza

En el artículo 241 CP se castiga con mayor pena la comisión del robo en el que concurren determinadas circunstancias o efectuada en determinados lugares especialmente protegidos: «1. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 235, o el robo se cometa en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias.

2. Se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar.

3. Se consideran dependencias de casa habitada o de edificio o local abiertos al público, sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física.»

A) Mismas circunstancias que el hurto agravado

La remisión que hace este precepto al artículo 235 nos exige de analizar esta modalidad de robo agravado, pues ya se ha hecho al estudiar el hurto de igual condición, que aquí se da por reproducido.

B) Casa habitada o sus dependencias

El propio artículo contiene un concepto legal de casa habitada, el cual es vinculante para el intérprete. La casa habitada se caracteriza por constituir la morada de alguien, esté o no presente el morador en el momento en que tiene lugar el robo. La Sala 2.a ha señalado (STS de 28-6-2001, Ponente Martínez Arrieta) que el fundamento de la agravación radica en la lesión a la intimidad personal o familiar y en el incremento de riesgo que supone la realización del robo en una vivienda a la que pueden concurrir, en cualquier momento, sus moradores con el consiguiente riesgo a bienes jurídicos de carácter personal. Por eso se incluyen también en el concepto de casa habitada las casas de temporada.

Son dependencias de casa habitada los departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física, pues sólo así tiene sentido la equiparación con la propia casa. Por ello, no se pueden incluir en tal concepto los lugares que no estén comunicados directamente con la casa (p. ej., los trasteros situados en la última planta del edificio o el garaje común).

C) Edificio o local abiertos al público o sus dependencias

El TS ha considerado {vid., entre otras, STS de 20-6-2001, Ponente Marañón) que la agravante de edificio o local abierto al público debe entenderse referida exclusivamente a los supuestos en que el edificio o local están físicamente abiertos, por las siguientes razones: a) Por la mayor peligrosidad que encierra que el robo se cometa estando el establecimiento accesible al público; b) Por el mayor reproche que también merece el acto depredatorio durante las horas de apertura, al suponer un aprovechamiento de las facilidades brindadas por el carácter público del local; c) Porque si la agravante se aprecia tanto durante las horas de apertura, como durante las de cierre del local, prácticamente todos los supuestos de robo con fuerza en las cosas quedarían englobadas en el precepto agravatorio del apartado 1 del artículo 241 del CP, y no tendría prácticamente

aplicabilidad el tipo básico del artículo 240 del citado Cuerpo Legal; y d) Porque en horas de apertura son posibles e imaginables robos con fuerza en las cosas.

En cuanto a las dependencias, baste lo dicho respecto a las dependencias de casa habitada.

3. Robo con violencia o intimidación en las personas

Artículo 242 CP: «1. El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase.

2. La pena se impondrá en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevare, sea al cometer el delito o para proteger la huida y cuando el reo atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren.

3. En atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo.»

A) Tipo básico

Se halla regulado en el párrafo primero. La mayor pena con la que el Código conmina la realización de este robo tiene su razón de ser en la superior lesividad de los medios comisivos empleados: la violencia y la intimidación. Al respecto ha declarado la Sala 2.a (STS de 28-02-2002, Ponente Martínez Arrieta) que la diferencia entre la violencia y la intimidación radica, precisamente, en que la primera consiste en la que se desarrolla para lesionar la capacidad de actuación del sujeto pasivo, en defensa del bien jurídico mueble bajo su ámbito de dominio en tanto que la intimidación es aquella que se desarrolla para lesionar la capacidad de decisión del sujeto pasivo de actuar en defensa del bien mueble que se pretende sustraer.

El Tribunal Supremo, resumiendo la doctrina jurisprudencial emanada, ha señalado en la STS de 14-12-2001 (Ponente Andrés Ibáñez) que «es un tópico jurisprudencial sobradamente conocido que, a los efectos del robo, constituye violencia la acción de ímpetu o fuerza que se realiza sobre una persona para vencer su resistencia natural a la desposesión de algo que le pertenezca; mientras que intimidación es el anuncio o conminación de un mal inmediato, grave y posible, susceptible de inspirar temor en el interlocutor.»

La pena de dos a cinco años es imponible con independencia de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase el autor, estableciéndose un concurso de delitos.

B) Tipo agravado

Se contiene en el párrafo segundo un tipo agravado (mitad superior de pena) relacionado con el uso de armas u otros medios peligrosos. Para su apreciación se exige que el empleo del instrumento se haga al cometer el delito o para proteger la huida, pero también vendrá en aplicación cuando el reo atacare a los que acudiesen en auxilio de la

víctima o a los que le persiguieren. En caso de que sean varios los ejecutores de un robo, según el TS (ATS 8-3-2002, Ponente Puerta Luis) la circunstancia de que fueran todos, o uno u otro de los intervinientes quienes llevaran el arma no tiene relevancia, pues la circunstancia agravante de uso de armas es una circunstancia indudablemente de carácter objetivo, consistente en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, que permite la agravación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 65 CP, siempre que el sujeto haya tenido conocimiento de su concurrencia en el momento de realizar la acción.



En la STS de 2-10-2001 (Ponente Puerta Luís) se indica que no es preciso para la aplicación de este subtipo que el delincuente hiciese uso de las armas que llevase a lo largo de toda la secuencia de su conducta, sino que es perfectamente posible que en el momento del apoderamiento del bien ajeno, o del intento de lograrlo, se haya desarrollado una conducta intimidante para la víctima, sin utilizar arma alguna, y que luego el delincuente hiciese uso de las armas que llevase en alguno de los supuestos legalmente previstos.

C) Tipo atenuado

En el párrafo tercero se contempla la posibilidad de que en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho se pueda imponer la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero. Habrá que pensar en situaciones que posean un reducido contenido de injusto. Por ejemplo, la STS de 4-10-2002 (Ponente Martín Canivell) consideró que los empujones propinados a la víctima del robo para tratar de desapoderarlo del objeto material se incardinarían en una forma leve de violencia que hallaría mejor acomodo en este párrafo tercero.

La Sala 2.a desde la Junta General de 27 de febrero de 1998 ha estimado mayoritariamente que el apartado 3.Q del artículo 242 del nuevo Código Penal debe interpretarse en el sentido de que su inspiración atenuatoria pueda extenderse también a los casos de robo en que se haga uso de armas u otros medios peligrosos, en atención a la menor antijuridicidad del hecho y a la menor entidad de la violencia e intimidación. En tales casos, la pena básica del apartado 1 del artículo 242 deberá rebajarse en un grado por aplicación de la regla 3.a, y luego imponerse la pena resultante en su mitad superior por el juego de la regla del apartado 2.

3 Normativa

Robo

[Código Penal]⁶

ARTÍCULO 212.- Robo simple.

El que se apodere ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, será reprimido con las siguientes penas:

- 1.- Con prisión de seis meses a tres años, cuando la sustracción fuere cometida con fuerza en las cosas y su cuantía no excediere de tres veces el salario base (*).
- 2.- Con prisión de uno a seis años, si mediare la circunstancia prevista en el inciso anterior y el monto de lo sustraído excediere de tres veces el salario base.
- 3.- Con prisión de tres a nueve años, cuando el hecho fuere cometido con violencia sobre las personas.

(Así reformado el inciso anterior por el inciso g) del artículo 1 de la ley N° 8250 de 2 de mayo del 2002) (*) Sobre la interpretación del término "salario base", véanse las observaciones



(Así reformado por el artículo 1° de la ley N° 7337 del 05 de mayo de 1993).

ARTÍCULO 213.- Robo agravado.

Se impondrá prisión de cinco a quince años, en los siguientes casos:

- 1) Si el robo fuere perpetrado con perforación o fractura de una pared, de un cerco, de un techo, de un piso, de una puerta o de una ventana, de un lugar habitado, o de sus dependencias;
- 2) Si fuere cometido con armas; y
- 3) Si concurriere alguna de las circunstancias de las incisos 1), 2), 4), 5), 6) y 7) del artículo 209.

Los casos de agravación y atenuación para el delito de hurto, serán también agravantes y atenuantes del robo, y la pena será fijada por el juez, de acuerdo con el artículo 71. (Así reformado por el artículo 1° de la ley No. 6726 de 10 de marzo de 1982).

4 Jurisprudencia

a) Robo simple: Sobre el apoderamiento y disponibilidad del bien para establecer la consumación

[Tribunal de Casación Penal]⁷

Voto de mayoría

“II.-El reclamo es atendible.- A efecto de establecer la diferencia entre tentativa y consumación en el delito de «Robo simple», no sólo deben considerarse las circunstancias particulares del caso concreto -como acertadamente lo advierte la defensa- sino que el análisis debe incluir necesariamente la identificación de la *conducta* tipificada y del *plan del autor* (teoría objetivo-individual de Hans Welzel). La acción típica en el delito de «Robo simple» (como también en el «Hurto simple») consiste en *apoderarse* ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, disposición legal que es semejante a la que analizan los tratadistas argentinos, cuyo análisis es pertinente traer a colación, a efecto de entender a que se refiere la «doctrina o teoría de la disponibilidad» a la que alude la jurisprudencia de casación citada por la defensa. Para Soler el *apoderamiento* se refiere: “...a la posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre la cosa actos dispositivos, posibilidad de la que se carecía antes de la acción, porque la cosa estaba en poder de otra persona” (SOLER, Sebastian: *Derecho Penal Argentino*, tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983, pág. 174. A ese criterio también se adhiere, por ejemplo, PESSOA, Nelson: *La tentativa*, Ed. Hammurabi, Argentina, 1988, pág. 108).



A partir de ese postulado, Fontán Balestra explica la «doctrina de la disponibilidad» en los siguientes términos:

"El verbo *apoderarse*, utilizado por el Código para definir la acción ejecutiva del hurto y del robo, es más explicativo que los verbos *tomar* *osustraer* empleados por otros textos legales, que indican, más bien, medios de comisión. *Apoderarse* quiere decir tanto como *tomar una cosa para someterla al propio poder para llegar a disponer de ella*. Ese significado nos proporciona elementos de juicio útiles para determinar el momento consumativo del delito: el autor consuma el hurto cuando pone la cosa bajo su poder, al par que la quita del poder de quien la tenía, pues no puede pensarse en un poder compartido. El autor debe haber *quitado* la cosa a quien la tenía, como *medio* para *apoderarse*; de otro modo, no podrá decirse que cometió un hurto [...] Con el criterio expuesto, adquiere particular significado la circunstancia de que el ladrón haya adquirido el poder sobre la cosa; que haya tenido la posibilidad de disponer de ella, aunque sea por un corto espacio de tiempo, porque en ello se revela si ha llegado a completarse o no la acción de *apoderamiento*. Si el autor ha tenido esa posibilidad de disposición, el delito ha quedado consumado, aunque luego la pierda por causas ajenas a su voluntad y con mayor razón acaso si ha sido por su voluntad. Logrado el *apoderamiento* y con él la posibilidad de disposición, el *desapoderamiento* tiene lugar forzosamente, porque la idea de *apoderarse* importa adquirir el poder de hecho sobre la cosa y al mismo tiempo, privar de él a quien lo tenía; no pueden tener la posibilidad de disposición el ladrón y la víctima al mismo tiempo. El binomio *apoderamiento-desapoderamiento* es en este caso ineludible. En cambio, puede no coincidir el momento consumativo con el de quitar o *sustraer* la cosa, porque con ello el autor no concreta necesariamente su poder sobre ella, ni el tenedor pierde el suyo. Por otra parte, puede haberse completado el *desapoderamiento* sin que el autor tenga siquiera la posibilidad de *apoderarse* de la cosa. Esto ocurre en los ejemplos de quien deja escapar un pájaro ajeno (Mezger) o de quien arroja de un vehículo en marcha las cosas de las que piensa *apoderarse* (Núñez). Así pues, puede haber *desapoderamiento sin *apoderamiento* y que el hurto se consume: el *apoderamiento* en cambio, implica *desapoderamiento* y consumación.* Estos son, a nuestro ver, los elementos de juicio que mejor se avienen para determinar el significado del verbo *apoderarse* y el momento consumativo del hurto. La idea rectora para decidir cuándo ha tenido lugar la consumación está dada toda vez que la cosa *sustraída* ha sido *quitada* del poder del tenedor y puesta bajo el poder de hecho del autor; esto último se manifiesta en la posibilidad de realizar sobre ella actos de disposición, aún cuando sea por un breve espacio de tiempo; es decir, en tener el potencial ejercicio de facultades dominiales (Quintano Ripollés). Este es el punto de vista de la doctrina denominada de la *disponibilidad*, que no se atiene únicamente a la situación en que la cosa queda con relación al que era su poseedor o tenedor, sino, también, a la que el hecho crea entre el autor y la cosa. En eso se diferencia esencialmente la doctrina de la disponibilidad de las tradicionales, ya que no asigna valor esencial a la medida en que la cosa se remueve, y en particular de la *ablatio rei*, que se atiene a que la cosa sea sacada de la esfera de custodia o poder del tenedor, sin tener en cuenta que el hecho típico mismo de *apoderarse* haya sido *acabadamente cumplido por el autor al establecer su poder sobre ella*" (el subrayado no es del original, FONTAN BALESTRA, Carlos: *Derecho Penal Parte Especial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, págs. 416 a 417).

En la misma línea, se comenta que:

"Pero -siempre en el aspecto objetivo- el *desapoderamiento* del tenedor no basta; es necesario el *apoderamiento material* de la cosa por parte del agente. El *desapoderamiento* no implica, por sí mismo, el *apoderamiento* (como ocurre en el ejemplo de Mezger: el que *desapodera* al tenedor de un pájaro abriéndole la jaula y logrando que escape de ella, sin lograr asirlo), en tanto que el *desapoderamiento* exige, como presupuesto indefectible, el *desapoderamiento*. El *desapoderamiento sin *apoderamiento* puede constituir una tentativa de hurto...*" (el subrayado es



suplido, CREUS, Carlos: Derecho Penal Parte Especial, tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, pág. 414).

Hechas estas consideraciones procede analizar cual fue el hecho que se consideró acreditado en la sentencia impugnada, a saber:

"Primero) El día tres de febrero de dos mil nueve, al ser aproximadamente las once horas con diez minutos, en San José centro, dirigiéndose hacia el edificio del correo, por las inmediaciones de avenida tres, se encontraba la ofendida de nacionalidad británica J., en ese momento, con el fin de apoderarse ilegítimamente de bienes ajenos, se le acercó el encartado M., y de manera violenta le arrancó una cadena de oro de la cual colgaba la llave de su casa de habitación en Inglaterra, y que la agraviada llevaba en su cuello, valorada en aproximadamente sesenta dólares. El imputado se dio a la fuga con este bien en su poder. Segundo) En ese instante, oficiales de la fuerza pública que pasaban por el lugar observaron al acusado corriendo, mientras los transeúntes les indicaban que lo detuvieran, por lo cual uno de los oficiales lo persiguió y lo logró detener en la avenida tres calle diez, a pocos metros del lugar de los hechos, siendo que el encartado tenía en su mano derecha la cadena recién sustraída a la ofendida. Tercero) Una vez detenido la agraviada reconoció plenamente al encartado como la persona que le arrebató la cadena, la cual fue recuperada excepto la llave de su casa de habitación en Inglaterra" (Registro audio visual en DVD de la sentencia, desde 9:33:30 hasta 9:34:48).

El Tribunal de juicio consideró que ese hecho constituye un delito consumado de «Robo simple» y le impuso al imputado una pena de cuatro años de prisión, incurriendo así -como lo acusa la defensora Alfaro Coles- en un error en la aplicación de la ley sustantiva, concretamente de los artículos 24, 73 y 212 del Código Penal, porque en el presente caso no es claro si el autor -que fue detenido en flagrancia- en algún momento llegó a tener la posibilidad inmediata de realizar o materializar actos dispositivos sobre la llave: en realidad no hay certeza de que al menos por un instante haya tenido la posibilidad de disponer de ella, factor necesario para consumar la acción del apoderamiento. Como lo indican los autores citados, no basta con que la víctima hubiera perdido la disponibilidad inmediata de la cosa, si el autor no se ha apoderado de ella, precisión que es necesario hacer porque en este asunto incluso cabe dudar razonablemente acerca de si en algún momento el autor tuvo materialmente la llave en sus manos (la llave pudo desprenderse de la cadena y caer al suelo); o si habrá tenido conocimiento y voluntad de apoderarse también de la llave; o si su dolo se refirió únicamente a la cadena de oro que le arrebató a la víctima (es plausible suponer que él viera a la ofendida llevar la cadena de oro pero que no notara la llave que colgaba de esa prenda, o que no quisiera apoderarse de la llave, dado su escaso valor o utilidad). La descripción del hecho carece de la precisión necesaria para despejar con la certeza necesaria esa duda, la que es razonable conforme a las reglas de la experiencia, pues no se entiende cómo es que si el encartado pudo disponer de la llave, ¿por qué motivo no dispuso de la cadena? (que entre las dos cosas era la realmente valiosa, útil o apetecible). El artículo 9 del Código Procesal Penal prescribe que en caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado (*in dubio pro reo*), de manera que no es posible dar por hecho cierto que el imputado se *apoderó* de la llave. En la sentencia no se estableció cuál fue concretamente el acto dispositivo que realizó el encartado sobre la llave, sino que parece que la sola circunstancia de que esta no fuera recuperada por la víctima fue interpretada como efecto o consecuencia del presunto apoderamiento (esto no fue explicado en la sentencia), es decir, parece que por no haber sido recuperada la llave se presumió que el autor se *apoderó* de ella y que además *dispuso* de la misma, esto es, se presume no solo la *consumación formal* del delito sino también su *agotamiento* (o *consumación material*) mediante un acto dispositivo. El llamado *agotamiento* es la última etapa o momento de la fase externa en la teoría del *iter criminis*, en la cual el sujeto realiza la finalidad última que ha perseguido, como sería, por ejemplo, la venta de los bienes sustraídos, cfr. EZAINE



CHAVES, Amado: *Iter criminis, actos preparatorios, tentativa, frustración y consumación*, 5ª edición, 1987, págs. 107 a 109). Para nosotros se trata de una mera presunción del Tribunal de Juicio, una conjetura que no encuentra asidero firme en los hechos probados, no hay un solo elemento probatorio que permita tener certeza de que el agente en realidad hubiera realizado un acto dispositivo sobre la llave. No desconoce este Tribunal la jurisprudencia de la Sala Tercera que invoca en su favor la quejosa, pero al respecto es necesario hacer notar que aun cuando la Sala dice seguir la doctrina de la disponibilidad y reitera enunciados teóricos como los que cita textualmente la recurrente, lo cierto es que a la hora de aplicar esa doctrina a casos concretos incurre algunas veces en el mismo error del tribunal de juicio, presuntorio que hubo actos dispositivos; o entendiendo de manera totalmente abierta lo que es un acto dispositivo o la oportunidad de hacer un acto de disposición. Ejemplo de lo primero fue un caso análogo al presente, en el que en vez de una llave era un dije lo que colgaba de la cadena, pero la Sala, por mayoría de votos, consideró consumado el delito porque el dije no se recuperó. Resulta de interés lo que se consideró en el voto de minoría en ese caso:

"Discrepo de la decisión que ha sido adoptada por la mayoría. La sola circunstancia de que no se recuperara el dije que colgaba de la cadena arrebatada al ofendido, no implica necesariamente que el acusado hubiera tenido la oportunidad de disponer de esa pieza. En realidad, en la situación que se describe en la sentencia, no resulta plausible que en algún momento el dije hubiera tenido la calidad de disponible, no veo cómo el agente pudo haber dispuesto o utilizado libremente de esa alhaja, si lo que se acreditó es que tras el arrebato el encartado huyó, se escondió en un negocio (el ofendido lo observaba desde fuera) y fue detenido en flagrancia por oficiales, con la cadena en su mano derecha. No se acreditó con certeza en que forma concreta fue que el encartado dispuso del bien, y considero erróneo admitir el "supuesto" de que hubo un acto dispositivo, sobre todo si esa simple conjetura va a dar base a que se afirme que el delito se consumó. En realidad, la capacidad de disponer del bien se da cuando el delito ya se ha consumado (el acto de disponer de la cosa se da en la etapa de *agotamiento* del delito). En las circunstancias en que se desarrolló el arrebato, es plausible que el ofendido no recuperara el dije por un motivo diferente a la conducta dolosa del autor, como no haber revisado el área diligentemente, o que un tercero se haya llevado la pieza ante la inadvertencia del ofendido, situación que es análoga a la del precedente de esta Sala que cita el quejoso para confirmar su tesis, la sentencia N° 402 de las 14:27 horas del 31 de marzo de 2009. Por lo dicho es que considero que el reclamo es atendible, que debe anularse parcialmente la sentencia, únicamente respecto a la calificación jurídica, para que en juicio de reenvío se discuta nuevamente si son de aplicación al caso los artículos 24 y 73 del Código Penal." (Sala Tercera, N° 186 de las 14:37 horas del 10 de marzo de 2010, voto salvado del magistrado suplente Arce Víquez).

Nótese que en el precedente indicado, la mayoría de la Sala resolvió en sentido contrario a la sentencia N° 402 de las 14:27 horas del 31 de marzo de 2009, que es precisamente una de las sentencias en que la recurrente Alfaro Coles busca apoyar su reclamo. Otras veces, en situaciones de flagrancia, la mayoría de la Sala ha dado un alcance abierto al concepto de acto dispositivo, como cuando el autor, viéndose sorprendido y perseguido por la policía, se quita de encima el objeto que lo incrimina, lo que también ha sido criticado por una minoría (véanse los votos salvados de las sentencias de la Sala Tercera N° 214 de las 9:33 horas del 19 de marzo de 2010 y N° 568 de las 8:46 horas del 4 de junio de 2010). Para finalizar debe indicarse que el error acusado por la defensora Andrea Alfaro Coles ciertamente le causa un agravio al imputado, ya que de haberse calificado el hecho como tentado, se hubiera podido aplicar la regla de penalidad prevista en el párrafo segundo del artículo 73 del Código Penal, según el cual "*La tentativa será reprimida con la pena prevista para el delito consumado, disminuida o no a juicio del juez*". Ante ese agravio se debe declarar con lugar su recurso y acoger su pretensión de recalificar como tentado el delito de

Robo simple con violencia sobre las personas, ordenando el reenvío del proceso al competente únicamente para la nueva sustanciación de la pena a imponer al condenado por el delito de Tentativa de Robo simple con violencia sobre las personas. Es necesario aclarar que no procede fijar la pena directamente en esta sede, porque la enmienda del error requiere producirse con las garantías del juicio oral, público, continuo y contradictorio, si se quiere "preservar el principio de igualdad procesal y allanar los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten" (artículo 6 Código Procesal Penal), muy especialmente, si fuera el caso, al momento de individualizar y fijar la pena aplicable, en atención a lo cual se deben preservar todas las condiciones necesarias para no tornar nugatorio el derecho al recurso ni al imputado, ni al Ministerio Público."

b) Robo agravado: Doblaje de molduras metálicas para eliminar celosías constituye perforación

Análisis del concepto "ventana" en relación con su función defensiva

[Sala Tercera]⁸

Voto de mayoría

"III. Como tercer motivo, indica el recurrente que existió una violación a la ley sustantiva por cuanto debió aplicarse el numeral 212 inciso 1 del Código Penal ya que el delito acreditado fue un robo simple y no uno agravado como erróneamente estimó el Tribunal. El motivo no puede ser acogido. Se tuvo por acreditado en juicio que para ingresar a la vivienda de la ofendida, los imputados *"doblan los herrajes o soportes que sostenían las celosías de una ventana de la cocina, proceden a quitar las celosías y por el boquete que queda ingresan a la vivienda de la damnificada..."* En virtud de lo invasivo que resulta para el bien jurídico de la propiedad y de la intimidad el proceder a burlar las defensas preconstituidas de una vivienda mediante la realización de un boquete en una ventana, no sólo sacando las hojas de las celosías sino doblando los herrajes, y también tomando en cuenta la letra y el espíritu del numeral 213 inciso primero del Código Penal, la jurisprudencia nacional avala el criterio sostenido por el tribunal de juicio en el presente caso. Así por ejemplo se ha indicado: *"La jurisprudencia de esta Sala ha sido consecuente, al estimar que la fuerza ejercida en la estructura o composición de una ventana, más allá de la que se requiera para su uso o funcionamiento normal, que implique a su vez una abertura, boquete o perforación, para lograr apoderarse ilegítimamente de bienes ajenos; configura la agravante prevista en el artículo 213 inciso 1 del Código Penal"*. Propiamente, sobre las ventanas compuestas por las denominadas celosías, esta Sala ha señalado: *"... Una ventana, según el sentido común de la palabra, es una «Abertura más o menos elevada sobre el suelo, que se deja en una pared para dar luz y ventilación. 2. Hoja u hojas de madera y de cristales con que se cierra esa abertura..."* (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Madrid, 1992, pág. 1470) y el tipo penal especifica que se trata de la ventana de un lugar habitado o de sus dependencias. Las ventanas, en términos generales, pueden ser, por ejemplo, de madera, de vidrio, fijas, corredizas, o estar sujetas a un marco mediante goznes o bisagras, etc. Esto nos da una idea de la pluralidad de componentes que materialmente constituyen una ventana y que



contribuyen a darle su utilidad funcional de permitir o impedir la entrada y salida de luz y aire a un lugar habitado, a la vez de servir evidentemente como límite espacial de aquel (o de una de sus dependencias). En el caso en examen, se tiene que la ventana del frente de la casa del ofendido disponía de "celosías": varias hojas de vidrio que se montan en un sistema mecánico que permite girar y abrir aquellas desde el interior de la habitación. Materialmente se trata de un dispositivo sencillo, pero funcionalmente es de gran utilidad e importancia porque delimita, conforma y dota de seguridad y solidez a la ventana a la cual se adhiere, impidiendo el acceso al recinto (función defensiva de la ventana). De esta manera, desde un punto de vista funcional, la acción acreditada no solo violentó la función defensiva de la ventana sino que además, desde un punto de vista estructural, afectó su materialidad, pues por la fuerza ejercida por el imputado se doblaron las molduras de aluminio que servían de soporte a las hojas de cristal, lo cual constituye una perforación, desde el punto de vista material y funcional. El hecho de que no se dañara irreversiblemente el material metálico no excluye la fuerza sobre el mismo, pero sobre todo no excluye la perforación. Según lo refiere el ofendido, a quien concedió plena credibilidad el a quo, él tuvo que "enderezar" las molduras para volver a poner las celosías (cfr. sentencia a folio 42, líneas 1 y 2), lo cual evidencia que las hojas de vidrio no fueron desprendidas mediante el procedimiento correcto o normal, sino a la fuerza, como lo entendió el Tribunal. La defensa argumenta que para sacar los cristales, «la fuerza utilizada por el imputado fue la misma que hubiese hecho el dueño de la propiedad para quitarlas», argumento que es falaz pues parte de la premisa de que el imputado -o cualquier otro sujeto- puede disponer de esos bienes de igual manera que lo hace su propietario, lo cual es absurdo, además porque en este caso la moldura se dobló." Consideraciones similares se aprecian en el fallo No. 499-F-96, dictado también por esta Sala a las 10:45 horas, de 5 de setiembre de 1996, en el cual se dijo que el autor del hecho: "...con la fuerza ejercida sobre los soportes que sostenían las celosías logró abrir o hacer una brecha, boquete, abertura en la ventanal, equivalente al espacio que cubrían las tres piezas, lo que equivale a una perforación de la ventana, desde un punto de vista funcional, estructural y material, lesionando el bien jurídico tutelado por la norma, pues la acción le permitió pasar por ahí hacia el interior de la vivienda del ofendido para sustraer bienes que le eran ajenos, sin que medie causa alguna que excluya la antijuridicidad o culpabilidad de su conducta...". (Sala Tercera. Voto 2003-01097, de las 11:13 horas, del 28 de noviembre de 2003). En el presente caso, el a quo tuvo por demostrado mediante la declaración de la ofendida O., que los herrajes donde van las celosías habían sido forzados, al señalar que: "...había quitado la ventana y dijo que estaba arrugado donde van las celosías", acreditando así el delito de robo agravado que fuera acusado por el Ministerio Público.- (Exp: 06-000369-0062-PE Res: 2008-00902 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas seis minutos del veintisiete de agosto de dos mil ocho.) No observa esta Sala que exista en el presente caso argumento jurídico válido para cambiar el criterio externado de manera reiterada y que se comparte en su totalidad."

c) Robo agravado: Violencia física, moral o intimidación anímica como elemento del delito
Extorsión simple: Distinción con el delito de robo

[Sala Tercera]⁹

Voto de mayoría

“III. Segundo motivo del procedimiento de revisión: Errónea aplicación de la ley sustantiva, en relación con el delito de robo simple con violencia sobre las personas, cometido en perjuicio de R.R.: Aduce el privado de libertad, que el hecho de que portara un cuchillo en la pretina de su pantalón, no implica uso de violencia física en contra del ofendido. Estima que el concepto “violencia física”, requiere el despliegue de actividad corporal o agresión, de modo que el desapoderamiento del bien ajeno, se logre por ese medio, lesivo de la integridad de la víctima. Sin embargo, en el caso particular el ofendido, quien es el único testigo presencial de lo acontecido, no sufrió agresión física alguna, ni se le despojó de su dinero, sino que él lo entregó, motivado por la amenaza del encartado consistente en que “le diera lo que tenía porque él andaba un fierro” (f. 293), y el temor que sintió al observar el cuchillo en la pretina del pantalón del sentenciado. Indica que lo anterior bien podría configurar el delito de extorsión simple, pero nunca robo simple con violencia sobre las personas. Finalmente, explica que las razones para restar veracidad al testimonio de E., no son suficientes, pues descarta su dicho por el único motivo de que “vino a favorecer al imputado”, sin verificar objetivamente el contenido de su manifestación, consistente en que R. no podía haber estado presente en el sitio en que ocurrió el delito, ya que se encontraba visitándolo a él, en el Centro Penitenciario La Reforma. **No ha lugar el reparo:** Yerra el peticionario al considerar que la violencia de tipo físico, es la única válida para la configuración del delito de robo simple con violencia sobre las personas. A diferencia de otras legislaciones, nuestro Código penal no exige que la violencia ejercida sobre la víctima sea física. A la par de la violencia física, configura también el tipo la llamada violencia moral o intimidación. Al referirse a los caracteres generales del supuesto contenido en el inciso tercero del artículo 212 del Código Penal, esta Sala indicó: “...Esta forma de ejecución del robo supone tanto una lesión a la propiedad como un ataque a la libertad individual de la persona. La violencia es, en este tipo, el despliegue de energía física para vencer materialmente la resistencia que el sujeto pasivo opone o puede oponer al apoderamiento (vis absoluta), o la vis compulsiva (esta última representada por la amenaza de empleo inmediato de violencia). La amenaza con armas es doctrinalmente ubicada en esta vis compulsiva o violencia anímica (así BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar: Código Penal, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, pág. 547). Este despliegue de violencia puede estar destinado a vencer una resistencia en actual ejecución (para hacerla cesar) o empleado a evitar que la persona sobre la cual recae pueda, eventualmente, ponerla en ejecución cuando todavía no lo ha hecho (violencia ablativa) ... La resistencia que hay que vencer, por consiguiente, puede ser real, presunta o imaginada como posible por el agente. Ello demuestra que la energía desplegada por el autor no requiere una determinada intensidad, sino que basta su relación con el apoderamiento, cualquiera que sea aquella, así como tampoco requiere imprescindiblemente un contacto físico del cuerpo del agente con el de la víctima...” (Sala Tercera, número 179-F, de las 9:55 horas, del 23 de abril de 1993. El subrayado es suplido). La doctrina ha resaltado, en este



mismo orden de ideas, que la intimidación es el “...sucedáneo psicológico de la violencia física. En realidad, no es más que una amenaza encaminada a viciar la libre decisión de la voluntad del sujeto pasivo...La intimidación, en principio, es puramente subjetiva es decir, basta con que coaccione en el caso concreto a la persona intimidada y que además ésta haya sido la intención del sujeto activo...” (Muñoz Conde, Francisco: Derecho Penal. Parte Especial, Tirant Lo Blanch, Valencia, 9ª ed., p. 243). En el caso concreto, el ejercicio de violencia moral se evidencia en la amenaza verbal de R.: “...deme lo que anda, yo ando fierro aquí...” (f. 232). Pero además, el testigo aclara que el endilgado se levantó la camisa, para que su víctima tuviese oportunidad de comprobar que efectivamente portaba el arma blanca en la parte de la pretina de su pantalón. (ver fs. 252 y 254). La amenaza proferida por el sindicato en las circunstancias que se tienen por acreditadas, configura violencia sobre las personas, en su modalidad de violencia moral, ejercida para conseguir el apoderamiento del dinero de R.R. (f. 252). Por ello, no puede hablarse de “entrega voluntaria”. Por la inmediatez existente entre la amenaza y la entrega del bien requerido, se excluye también, que el suceso encuadre en el tipo penal de extorsión. Al respecto se ha razonado: “...Tanto la extorsión como el robo son lesiones infligidas por persona diversa al ofendido, quien actúa sujeto al talante de aquella, en aquel caso relativa y en el segundo absolutamente, puesto que resulta sabido que incluso ante una sujeción relativa, el afectado no procede por voluntad propia, sino impulsado por una situación intimidante o amenazante, que reduce seriamente su libre albedrío y, la disposición patrimonial que toma, obedece al requerimiento del agresor, y no al deseo de aquel (...)Si bien en el robo puede presentarse la intimidación y el ataque al patrimonio ajeno, al igual de cuanto sucede en la extorsión, la diferencia entre ambas figuras, la marca un factor calificante: la inmediatez, respecto al agresor, de la ventaja que procura. Así, si no la hay, dado que se pretende el cumplimiento de un acto relativo al patrimonio y previo a la ventaja o beneficio, podría tratarse de una extorsión (o secuestro extorsivo, si hay privación de la libertad de alguien); pero si hay esa inmediatez, porque se trata de una puesta ilegítima en posesión de un bien mueble, podría tratarse de un robo (sin detrimento que concorra con el delito de privación de libertad, si es que se realiza una privación mayor a la normal en el robo, y ya de por sí contenida en el disvalor de la norma correspondiente)...” (Sala Tercera, número 719-F, de las 9:45 horas, del 22 de noviembre de 1996). No hay duda en el caso concreto, acerca de la inmediatez existente entre la entrega del dinero exigido, y la amenaza verbal del uso del arma que portaba el imputado, en caso de no obedecer a sus requerimientos. Dicha inmediatez permite calificar los eventos como robo simple con violencia sobre las personas, por lo que se prohíja la conclusión del Tribunal. En cuanto a las quejas respecto al razonamiento a través del cual el a quo restó credibilidad al dicho del testigo de descargo, E., tampoco lleva razón el sentenciado. Nótese que en la especie, existen dos versiones contrapuestas, por un lado, la tesis de descargo, en cuyo apoyo se ofrece a E. Según dicho testigo, R. no pudo cometer el robo en daño de R. pues en el momento en que el ilícito ocurre, el encausado encontraba visitando a E. en el Centro de Atención Institucional La Reforma. Por otro lado, la identificación plena que de R. hizo el ofendido, señalando que, pese a que se trataba de primer servicio que le hacía como taxista, “... lo había visto varias veces...” (f. 253). Además, el afectado mantiene un relato invariable, lleno de detalles, se refiere al endilgado con naturalidad por su mote. Tuvo, adicionalmente, oportunidad de observarlo bien en el trayecto del viaje hacia Pocora, pues nada ocultaba el rostro de R., e incluso conversó con él pues como parte del plan de autor, el sindicato le ofreció a R.R., llevarlo hasta el sitio donde vivía quien acababa de despojarlo de su teléfono celular, y para ello incluso “...R. se paso (sic) para el asiento de adelante...” (f. 226). Finalmente, el justiciable forzó a la víctima a transportarle hasta Guápiles luego de haberle robado la suma de quince mil colones. En tales condiciones, no existió duda para el Tribunal, ni la hay para esta Sala, acerca de la plena identificación que hiciera R.R. de R., como autor responsable del robo del que fue víctima el 17 de marzo de 2005. Las razones que permiten establecer la credibilidad del relato de R.R., son las mismas que justifican que se descarte el dicho de E. Si bien las anteriores argumentos resultan

suficientes para motivar la falta de credibilidad del testimonio rendido por E., los juzgadores agregan que “...*extrañamente solo recuerda la visita que, según él, le hizo el imputado ese día, sin poder precisar las fechas de otras visitas que le realizará (sic) R...*” (f. 255). El fallo se encuentra ajustado a derecho tanto respecto a la valoración de la prueba, como en cuanto a la calificación jurídica otorgada a los hechos cometidos en daño de R.R. Por ello, se declara sin lugar también, el segundo motivo de la revisión interpuesta.”

d) Robo agravado: Consideraciones acerca de las circunstancias agravantes del tipo

[Sala Tercera]¹⁰

Voto de mayoría

“I. Recurso de casación interpuesto por el licenciado Díaz Sánchez en representación del Ministerio Público. Como **único motivo por el fondo** asegura que el cuerpo juzgador incurrió en el yerro de no aplicar correctamente la norma al recalificar los hechos a un delito de robo simple según inciso 2 del artículo 212 del Código Penal, cuando a su criterio los hechos encuadran en la figura prevista en el numeral 213 inciso 1 del mismo texto legal. Transcribe los hechos que el tribunal tuvo por probados según el fallo recurrido e indica que los mismos se ajustan a la tipicidad del robo agravado ya que el acusado se apoderó ilegítimamente de cosa ajena y que el robo fue perpetrado con fractura de una puerta de un lugar habitado. **El motivo debe acogerse.** Tal como indica el licenciado Díaz Sánchez, se desprende de la lectura de los hechos probados de la sentencia recurrida, que el encartado F. se introdujo en el domicilio de la ofendida S. (ver folio 82, hecho probado número 1) Tiene por cierto el a quo, que el imputado, con permiso de la vecina M , escaló la tapia que delimita las dos casas de habitación, “*ingresando así al patio de la vivienda de su ex – concubina. 3- Acto seguido procedió con un objeto no identificado a ejercer fuerza sobre la puerta trasera forzando el llavín y los picaportes que le daban seguridad a la casa, lo que le permitió el ingreso y se apoderó ilegítimamente en esa ocasión de un televisor o un microondas...*” (sic) En el acápite titulado “**Sobre la existencia del hecho y participación del acusado**” el juzgador analiza la declaración de los testigos y concluye que “*se desprende en forma clara, que el acusado utilizó fuerza sobre la puerta a tal punto que despegó tanto el llavín como los picaportes que cerraban la puerta...*” (folios 93 *in fine* y 94). Llavín y picaportes que cumplían la función de asegurar la casa y todo lo que dentro de ella se guardaba, tal como enseres, ropa y demás objetos propiedad de la ofendida y su hija. Respecto al tema de la vulneración de elementos de seguridad en casas de habitación, esta Sala ha resuelto, en otras ocasiones, lo siguiente: “...*el fundamento del tipo penal calificado reside tanto en la mayor energía criminal característica de la conducta del sujeto activo de destrucción de elementos cumplidores de una función protectora de la vivienda, en tanto se les haya dirigido a evitar ingerencias de terceras personas, como en la afectación que al derecho a la intimidad domiciliaria supone el ataque en un lugar doméstico en el que se reside habitualmente ya se ha reservado para la privacidad personal, atendiendo la disposición de los numerales 23, 24, 28 y 45 de la Constitución Política...*” (Resolución 2007-01521, de las 10 horas 40 minutos, del 21 de diciembre del año 2007). En el presente caso, aún y cuando la ofendida tenía algún tiempo fuera de su casa, ello no implica que dejara de ser su domicilio. Consta en el fallo de examen que el traslado

de la ofendida a casa de su madre fue temporal y por razones de enfermedad (condición similar a la de cualquier familia que sale de su casa por un tiempo con el fin de vacacionar), manteniendo en su vivienda objetos personales y visitándola con regularidad. Si bien no se plantea un problema de interpretación en la sentencia ni un cuestionamiento al respecto en el recurso, sí es importante tener presente que se trata de un lugar habitado. Así las cosas, no hay duda de que la descripción de hechos probados del fallo recurrido encuentra su calificación legal en el numeral 213 del Código Penal y no como erróneamente calificó el juzgador: un delito de robo simple, según artículo 212 inciso 2 del código de rito. Por todo lo expuesto se resuelve, **declarar con lugar el único motivo de casación por el fondo interpuesto por el representante del Ministerio Público y, en consecuencia, anular totalmente la sentencia N° 120-07 dictada por el Tribunal Penal de Desamparados a las 14:00 horas del 13 de abril de 2007, y ordenar el reenvío de la causa al órgano de origen, para que se proceda como en Derecho corresponde.** Habiéndose anulado en su totalidad la resolución impugnada, deviene innecesario pronunciarse sobre las demás impugnaciones toda vez que debe realizarse nuevo debate.”

e)Robo: Intimidación, violencia moral o vis compulsiva

[Sala Tercera]¹¹

Voto de mayoría

“**ÚNICO.-** Reprocha la defensa que el Tribunal no explica el contenido de la violencia ejercida durante el robo, al apoderarse el encartado de la suma de veinte mil colones. Aún cuando el recurrente no impugna la condena por el delito de violación, refiere que la fuerza utilizada para ésta, no debe trasladarse a la previa sustracción del dinero. **El motivo se declara sin lugar, por lo siguiente.** Esta Sala, en su resolución número 274, de 8 de abril de 2005, señaló: “...La violencia sobre las personas requerida por el tipo penal del delito previsto en el artículo 212 del Código Penal, debe ejercerse con el fin de vencer la resistencia ofrecida por la víctima o un tercero, en salvaguarda del bien que se pretende sustraer. El desapoderamiento es más drásticamente sancionado precisamente porque el actor no está aprovechando la desprotección del bien, sino más bien, venciendo el resguardo del que se le ha provisto...”. En el caso objeto del recurso, el encartado F. ingresa, aproximadamente a las diecinueve horas, a la cabina donde laboraba la ofendida E.A.G.Q. haciendo uso de una escalera, por encima de una de las paredes. Es decir, la entrada del imputado fue nocturna, clandestina y sorpresiva. Una vez dentro del sitio el justiciable ordena a la víctima -quien se encontraba sola- que le entregue el dinero, por lo que ésta le señala el escritorio donde se hallaba y, entonces, aquél procede a tomarlo, momento en que E.A.G.Q. procede a huir del sitio, siendo perseguida por F , quien la agarra del pelo, la lanza al piso y la lleva a un rancho del complejo turístico, donde procede a violarla para, después, marcharse del lugar con el dinero en su poder. Así se describen los acontecimientos en la pieza acusatoria (folios 163 a 164), en el acápite destinado a los “Hechos Probados” (folios 164 a 165) y de esa manera se explican, a lo largo del razonamiento del Tribunal, como derivados de los elementos de prueba incorporados al debate (folios 171 a 172, 177 a 179, 185, 187 a 188). Señala, por ejemplo, el órgano de sentencia: “...el aquí encartado F ... se enteró que ella estaba completamente sola...”

situación que aprovechó para inmediatamente poner una escalera, escalar el muro, llegar hasta donde ella estaba y exigirle que le diera todo el dinero que allí se encontraba, ante lo cual, por el grave temor a que el imputado realizara algún tipo de agresión hacia su persona y al sentirse totalmente intimidada, decidió de inmediato indicar que la caja chica -que tenía veinte mil colones-, se encontraba en una gaveta del escritorio de esa recepción, por lo cual el endilgado seguidamente se apoderó de esa cantidad de dinero... Hasta aquí, queda plenamente acreditada la intimidación y violencia psíquica utilizada por el encartado... para consumir el primer hecho delictivo de robo simple con violencia sobre las personas, toda vez que logró apoderarse ilegítimamente de un bien ajeno... mediante la utilización de la vis compulsiva, violencia moral o intimidación recaída sobre la señora G.Q., quien no tuvo otra alternativa que señalar inmediatamente el lugar donde se hallaba la caja chica del negocio que esa noche se encontraba cuidando..." (folios 187 a 188). Como se desprende de lo expuesto, la clandestinidad y lo sorpresivo del ingreso nocturno del justiciable a la cabina (por encima de un muro, haciendo uso de una escalera), donde la ofendida E.A.G.Q. se encontraba sola laborando, y la posterior orden para que entregara el dinero (aspectos todos que no se deben analizar de forma aislada), resulta suficiente para comprender, conforme a la lógica, la psicología y la experiencia, que la víctima fue compelida mediante el temor que dichas circunstancias supusieron. No en vano, la ofendida pretendió -sin lograrlo-huir del sitio mientras el imputado tomaba el dinero. Nótese que no se trató de una simple petición de dinero *en condiciones normales* que podrían no haber generado miedo en una persona, sino de que la orden que el encartado le dirige a la víctima, se vierte en un contexto excepcional y de fuerte impacto emocional que, como sucedió en el caso, infundió comprensible temor, mecanismo idóneo para anular o disminuir cualquier posible resistencia por su parte, como se describe y razona a lo largo del fallo. Por consiguiente, se declara sin lugar el recurso de casación interpuesto por la defensa."

f) Robo simple: Monto mínimo no es requisito del tipo objetivo

Substracción con fuerza de tubos metálicos que sirven para tendido eléctrico

[Tribunal de Casación Penal de Cartago]¹²

Voto de mayoría

"I.- **Recurso presentado por el imputado Luis Ángel Barboza Murillo**, contra la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio de la Zona Sur, Sede Pérez Zeledón, número 139-2008, de las 15:00 horas del 9 de abril de 2008. **Motivo por la forma:** En el único extremo alega falta de correlación entre acusación y sentencia, por cuanto estima que la pieza acusatoria carece de una relación clara, precisa y circunstanciada de los elementos necesarios y esenciales, para encuadrar la conducta descrita en los numerales 212 inciso 1), 24 y 73 del Código Penal, ya que no determina la fuerza en las cosas ni la cuantía, aspectos que no pueden ser subsanados por el *a quo*, ya que implica una violación al principio de legalidad. Agrega que se debió interpretar lo más favorable al acusado, a saber que los tubos metálicos estaban en desuso y sin valor comercial. **El reclamo no resulta atendible.** Examinado lo resuelto en contraste con el contenido de los aspectos reprochados, no se encontraron los vicios formales acusados. Según se colige del contenido del

fallo, los hechos que constan en la pieza acusatoria (ver folios 94 y 95), se corresponden plenamente con los que el Tribunal tuvo por demostrado, a saber que: "... 1.-) El día quince de mayo de dos mil siete, aproximadamente a la una y cincuenta minutos de la madrugada, el imputado **LUIS ÁNGEL BARBOZA MURILLO** sustrajo cuatro tubos metálicos redondos de la base de un poste de cemento, que sirve para el tendido eléctrico, el cual se encontraba sobre vía pública, frente a la entrada de Barrio Nuevo, en San Isidro de Pérez Zeledón, lo anterior arrancando los tubos del poste de cemento del cual se sostenían. 2.- En pleno desarrollo de la acción delictiva anterior, cuando el encartado ya se había apoderado de tres de los cuatro tubos metálicos redondos y se aprestaba a arrancar el cuarto tubo que se encontraba en el poste de luz, fue sorprendido por los vecinos **OLMAN FALLAS SEGURA** y **SERGIO FROILÁN PORRAS CALVO**, quienes alertaron a la autoridad de la fuerza pública, por lo que se logró la detención del endilgado, no logrando así el imputado disponer efectivamente de los bienes que estaba sustrayendo. 3. Que el imputado Luis Ángel Barboza Murillo, presenta juzgamiento según se desprende del certificado de juzgamiento de folios 11 a 14." (cfr. folios 95 y 96). Ahora bien, más que una inconformidad con la correlación desde un punto de vista estrictamente formal, lo que no se comparte es la tipicidad asignada al comportamiento tenido por acreditado. En tal sentido, estimar el recurrente que la pieza acusatoria adolecía de precisión en cuanto a la forma en que se ejerció la violencia sobre las cosas y la cuantía o valor que tenían los bienes que el justiciable iba a sustraer, y que la inclusión de tales aspectos es la que genera la ausencia de correlación reclamada. Al respecto, se consignó en la sentencia: "... En la presente causa aunque no se logró determinar la cuantía y no fue consignada en el cuadro fáctico establecido en la Acusación del Ministerio Público, así como no fue adicionado durante la audiencia preliminar, razón por la cual el Ministerio Público solicitó que se Absolviera al imputado, considera la suscrita que los referente a la cuantía en el delito de robo (a diferencia del delito de Hurto), solo viene a establecer si estamos en presencia del inciso 1 o del inciso 2 del artículo 212 del Código Penal, pues si se analiza dicho artículo solo se señala en el inciso uno, que es el que se esta condenando, un tope a la cuantía pero no una base (como se establece para diferenciar entre Hurto y Hurto menor), siendo que en caso de robo se requiere que se apodere o trate de apoderarse (en el caso de la tentativa) ilegítimamente de un bien ajeno y que su valor, si se determinó, no exceda los tres salario base, pues sino estaríamos ante el inciso 2 del artículo supra mencionado, al no existir cuantía y al haberse tratado de apoderar de manera ilegítima de un bien ajeno, que en base a la lógica y la experiencia debe tener algún valor patrimonial, nos encontramos ante lo establecido en el inciso uno del artículo en mención, aunado a que el imputado sabía que ese bien no le pertenecía y aun así trató de sustraerlo, por lo que se dan los elementos objetivos y subjetivos del tipo, siendo que la acción realizada por el encartado es típica. La presente causa se da en grado de tentativa como lo establece el artículo 24 del Código Penal, pues el encartado no logró su cometido, pues fue observado por los vecinos del lugar quienes dieron parte a la policía, evitando de esa manera que el imputado Barboza Murillo retirara del lugar los tubos metálicos del ICE." (cfr. folios 105 a 107). En el presente asunto la acusación sí señala claramente cual fue el comportamiento ejecutado por el acusado, específicamente el arrancar los tubos del poste de cemento del cual se sostenían, en tal sentido desde el punto de vista gramatical según se consigna en el Diccionario de la Real Academia Española, el término "arrancar" -en una de sus acepciones- se define como: " Sacar con violencia algo del lugar a que está adherido o sujeto, o de que forma parte", sobre esa base y contrario al interés del gestionante esa indicación en la acusación sin necesidad de mayor ampliación o aclaración resulta suficiente, o sea que dicho verbo se basta a sí mismo para poder tipificar el comportamiento ejecutado, y al mismo tiempo permite al acusado ejercer adecuadamente su derecho de defensa. Es más, según se observa el testigo Sergio Froilán Porras Calvo señaló al respecto: "... La fecha no preciso, pero era como las doce de la noche o la una de la madrugada, estábamos dormidos, y escuche el perrillo que no estaba tranquilo, cuando salí escuche que le daban a los tubos, cuando llegue a la carretera vi a este señor que esta aquí (el



imputado), y le dije que estuviera tranquilo que eso era del ICE, y me dijo que eso no era de nadie, yo espere que llegara la policía . Yo espere ahí no se quien de los vecinos llamo la policía. **Yo lo vi que lo estaban arrancando (los tubos), a este señor que esta aquí (vio al imputado). El le estaba dando como con un tubo de soldar para arrancarlos, sonaba duro eso, a mi me despertó y a todos, le daba al tubo y además lo estaba palanqueando, eso son tubos que están metidos. Sí, los estaban despegando. El los estaba despegando. Si los tubos estaban acostados en una base, van metidos en unos tubos de pbc, y están con una prensa de metal y estaba dañada, esa prensa sujeta a los tubos.**" (folios 97 y 98, la negrita es suplida). En lo que respecta al valor asignado a los tubo metálicos, si bien se observa que en la pieza acusatoria no se les asignó un valor contable desde el punto de vista económico, si se indicó que se ubican en la base de un poste de cemento, que sirve para el tendido eléctrico, lo que inobjetablemente descarta que se trate de bienes en desuso o sin valor comercial como pretende adicionar en esta instancia el justiciable, aspecto que incluso válidamente fue aclarado en el debate con el testimonio de José Leandro Parra Elizondo, quien señaló: "... **El valor comercial de los tubos es de tres mil colones, pero el valor es que lo viven(sic) a hacer desde Cartago, pues ello son los encargados, puede ser de unos dos mil quinientos colones cada tubo. .. Los tubos son de acero inoxidable. Si son previstas que sale cable telefónico. Por lo menos si había un cable existente, porque a los días fui a reparar el cable cortado, no se había reparado el daño, pero a los días fui porque no se había reparado.**" (folios 96 y 97). Cabe destacar, que en este caso concreto la ausencia del valor de los bienes que el justiciable iba a sustraer en la acusación, como adecuadamente lo resolvió el Tribunal, no afectó la tipicidad del hecho, por cuanto : "...**El hurto previsto en el Código Penal, en cualquiera de sus formas (hurto simple, hurto agravado, hurto de uso y hurto famélico) supone un apoderamiento con exclusión de fuerza en las cosas o de violencia en las personas. Cuando cualquiera de estos dos medios concurre junto con el apoderamiento, se produce el delito de robo que contiene el hecho básico del apoderamiento, pero además otras acciones que, por lesionar con mayor amplitud los bienes jurídicos del ofendido, se constituye en una figura independiente de tal modo que no se trata de un delito agravado o calificado de hurto. Así, aunque el delito de robo simple contenga el apoderamiento del hurto, la utilización de medios como fuerza en las cosas o violencia en las personas lo convierten en una figura distinta e independiente. De este modo, la cuantificación del daño como elemento distintivo entre una forma contravencional y otra delictiva, que caracteriza al hurto (al distinguirse entre hurto menor y hurto simple), no resulta aplicable al robo porque los tipos penales que describen a este último no hacen aquella distinción. En consecuencia, cuando en el apoderamiento concurren los elementos típicos del robo (violencia sobre las personas o fuerza en las cosas), el hecho no puede ser contravencional independientemente de su cuantía, aún tratándose de la sustracción de un objeto de escaso valor, porque en ese evento se ponderan otros aspectos pues se afectan los derechos fundamentales de la víctima, en mayor medida que en los casos en los que se produce sólo un apoderamiento (hurto).**"(Sala Tercera, número 35-F-94, de las 9:25 horas, del 21 de enero de 1994, la negrita es suplida). Así las cosas, apreciándose que en este caso el hecho realizado se ejecutó usando como medio la fuerza sobre las cosas, y que el tipo penal aplicable es el robo simple con fuerza sobre las cosas, contemplado en el inciso 1) del artículo 212, que señala: "**El que se apodere ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, será reprimido con las siguientes penas: ...1.- Con prisión de seis meses a tres años, cuando la sustracción fuere cometida con fuerza en las cosas y su cuantía no excediere de tres veces el salario base...**", o sea que no establece una cuantía mínima sino solo máxima en relación con el valor de los bienes, carece de interés el reclamo, y por consiguiente, no estando en presencia del vicio alegado debe declararse sin lugar el recurso interpuesto."



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Jensen P., C. W. (Setiembre, 1984). El Delito de Robo Simple. Revista Judicial. Año IX, Número 30. San José, Costa Rica. 107-110.
- 2 Damianovich De Cerredo, L.T.A. (1983). Delitos contra la propiedad. Editorial Universidad. Buenos Aires. Pp. 131-142
- 3 Zavala Baquerizo, J. E. (1988). Delitos Contra la Propiedad. Editorial Edino. Guayaquil. Ecuador. Pp. 160-181.
- 4 Maggiore, G. (1972). Derecho Penal. Parte Especial. Volumen V. Delitos en Particular. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. Pp. 46-59.
- 5 Suárez-Mira Rodríguez, C., Judel Prieto, A., Piñol Rodríguez, J. R. (2008). Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. Quinta Edición. Editorial Thomson Civitas. Navarra, España. Pp. 252-259.
- 6 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley número 4573 del cuatro de mayo de 1970. Código Penal. Fecha de vigencia desde 15/11/1970. Versión de la norma 36 de 36 del 03/08/2011. Datos de la Publicación Gaceta número 257 del 15/11/1970. Alcance: 120A.
- 7 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.- Sentencia número 828 de las catorce horas treinta minutos del ventiseis de julio de dos mil diez. Expediente: 10-000089-1092-PE.
- 8 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 686 de las catorce horas veinticinco minutos del dieciocho de junio de dos mil diez. Expediente: 08-200007-0315-PE.
- 9 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 323 de las nueve horas dieciocho minutos del treinta de abril de dos mil diez. Expediente: 08-000285-0006-PE.
- 10 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 687 de la dieciseis horas trece minutos del doce de mayo de dos mil nueve. Expediente: 04-001621-0276-PE.
- 11 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 416 de las catorce horas cincuenta y un minutos del treinta y uno de marzo de dos mil nueve. Expediente: 07-000677-0573-PE.
- 12 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE CARTAGO.- Sentencia número 218 de las diecinueve horas diez minutos del treinta y uno de julio de dos mil ocho. Expediente: 07-000809-0219-PE.