

CONSIDERACIONES SOBRE LOS DELITOS DE HURTO Y ROBO COMETIDOS EN ESTABLECIMIENTOS DE AUTOSERVICIO*

I.

1. Los delitos de hurto y robo forman parte del núcleo de conductas clásicas del Derecho penal. La variedad de las conductas incluídas bajo tales denominaciones es tanta como su antigüedad. Pero no por ello quedan resueltos todos los problemas. En concreto, plantea algunos problemas el peculiar modo de llevarse a cabo las operaciones mercantiles en la actualidad. En este trabajo se pretende efectuar unas reflexiones sobre las estructuras de los delitos de hurto y robo, y su aplicación a los casos de sustracción de bienes en grandes almacenes u otros establecimientos caracterizados por el autoservicio, es decir, caracterizados por la posibilidad de que sea el cliente quien conozca, escoja y traslade la cosa hasta su posterior pago en el punto señalado¹.

2. El Código penal del Perú tipifica separadamente, como la mayoría de los Derechos de nuestro entorno, el hurto y el robo. El delito de hurto (artículo 185 CP) se caracteriza por el apoderamiento ilegítimo de un bien mueble total o parcialmente ajeno, mediante la sustracción del lugar donde se encuentra. Junto a esta modalidad de hurto, determinadas circunstancias (de lugar, tiempo, medios, etc.) obligan a sancionar de forma agravada (artículo 186), con la pena privativa de libertad desde tres a seis años; o desde cuatro a ocho años en otros casos más graves (agentes integrados en organizaciones...)². Por su parte, el delito de robo se configura como apoderamiento ilegítimo de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, mediante la sustracción del lugar donde se encuentra, "empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física", conducta sancionada con pena privativa de

* Principales abreviaturas empleadas: AP, Revista *Actualidad Penal*; CP, Código penal; DP, Derecho penal; PE, Parte Especial; StGB, Código penal alemán; STS, Sentencia del Tribunal Supremo español.

** Profesor Titular de Derecho penal. Universidad Pompeu Fabra. El presente trabajo se enmarca en el Proyecto PB 98-1063, financiado por la Dirección General de Enseñanza Superior, del Ministerio de Educación y Cultura (España). Deseo agradecer la colaboración e información aportada por Percy García Cavero, Julio Mazuelos, José Antonio Caro John y Reiner Chocano, del Instituto Peruano de Ciencias Penales. Ante la imposibilidad de abarcar desde España toda la bibliografía peruana sobre los delitos de hurto y robo, he visto preferible limitarme a la doctrina penal española y parte de la publicada en el Perú y Alemania.

¹ A este respecto, es digno de mención que en Alemania se ha planteado hace años desde la política criminal, la posibilidad de despenalizar algunas conductas de hurto realizadas en grandes almacenes. Cfr. KINDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil. Straftaten gegen Vermögensrechte, I, Eigentumsdelikte*, 2ª ed., Baden-Baden, 1999, § 2, n.º marg. 5.

² Pena que se incrementa (desde ocho a quince años) si se actúa como jefe o cabecilla de una organización destinada a la comisión de estos delitos: cfr. art. 186, *in fine*.

libertad desde tres a ocho años (artículo 188)³. Y que se agrava también cuando se comete en determinadas circunstancias de lugar, tiempo, medios, etc., fijándose entonces la pena desde veinte a veinticinco años; o pasando a ser la de cadena perpetua si se actúa "en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, o si como consecuencia del hecho se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental" (artículo 189)⁴.

3. La principal distinción entre ambas conductas reside en ese empleo de violencia y/o intimidación, sobre la base común de un apoderamiento y sustracción. En ambas modalidades de robo se trata de neutralizar la libertad de disposición de la víctima⁵, que se ve privada de ella, bien sea por no poder formar con plena voluntad su decisión sobre la "entrega" del bien en cuestión: sustracción violenta -que excluye la misma voluntad o volición del agente-, o bajo la presión de una amenaza de un mal inminente -que excluye la plena voluntariedad. Aparte, los delitos de hurto y estafa se basan en una víctima que ignora, o bien el apoderamiento por el autor, la situación fáctica -que también hace desaparecer la misma voluntad o volición-, o bien el sentido con el que transmite la posesión del bien, la situación jurídica -que excluya la plena voluntariedad-, respectivamente⁶.

³ Así, según la redacción dada al art. 188 en virtud de la Ley n.º 27472, de 1 de junio de 2001. Con anterioridad, la pena prevista era la de prisión entres seis y quince años.

⁴ También la Ley n.º 27472 ha modificado las penas, cuyo mínimo pasa de quince a veinte años.

⁵ Sobre el análisis de los delitos patrimoniales de contenido sustractorio, resulta de gran interés el planteamiento de HRUSCHKA, "Das Opferverhalten als Schlüssel zum System der Sachentziehungsdelikte", en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. II (1994), pp 177 ss (pp 186-187), quien ha analizado dichos delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción desde la óptica de la posición que adopta la víctima respecto a su "acto de transmisión" de la posesión. De dicho acto de transmisión la víctima "no responde", no constituye una transmisión (donación) que excluya la responsabilidad penal de quien se apodera del bien, porque concurren en ella alguno de los supuestos (genéricos) en los que desaparece la responsabilidad: *vis* (absoluta o compulsiva -mejor: *necessitas simplex seu absoluta* frente a *necessitas cum adiunctione*-) e *ignorantia (facti o iuris)*. No respondiendo la víctima por esa transmisión, el "problema se traslada" al que le sustrae, al autor del delito. De dichos supuestos de *vis* e *ignorantia* surgen las diversas figuras típicas que conocen los Códigos penales desde antiguo: la víctima "no responde" por transmitir la posesión en situación forzada -*necessitas absoluta*- (robo violento); "no responde", a su vez, por hallarse en error -*ignorantia facti*- (hurto); o bien por estar sometido a presión de su voluntad -*necessitas cum adiunctione*- (robo intimidatorio); o en fin por actuar en error sobre la valoración de sus actos -*ignorantia iuris*- (algunos supuestos de estafa). Sobre la consideración del delito de estafa como una estructura de instrumentalización del poseedor-víctima, por parte de quien genera en él un error y obtiene así un desplazamiento patrimonial, la doctrina ya ha llamado la atención desde hace tiempo: cfr. por ejemplo, KINDHÄUSER, "Betrug als vertypte mittelbare Täterschaft", en SCHULZ/VORMBAUM, *Festschrift für Günter Bemmman*, Baden-Baden, 1997, pp 339-361. En un sentido más amplio, cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, trads. Cuello/Serrano, 2.ª ed., Madrid, 1997, apartado 7, n.º marg. 104a, segundo párrafo. Cfr. también los casos de instrumentalización de la víctima a merced del autor, que se imputarían (al menos preferentemente) al autor, en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Barcelona, 1998, pp 347 ss, con abundantes referencias; también, el mismo, "La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima ("imputación a la víctima")", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, julio 1998, n.º 2, pp 80-81. Cfr. HRUSCHKA, *ibidem*, pp 186-189.

4. El código español⁷ prevé la modalidad de “robo con fuerza en las cosas”, consistente en el apoderamiento empleando fuerza para violentar o superar los medios de seguridad, puertas, paredes, cerraduras, etc., o accediendo mediante escalamiento⁸. Dicha conducta, denominada y considerada desde antiguo en España “robo”, se halla más próxima al delito de hurto, por cuanto los medios comisivos no afectan directamente a la libertad de la víctima, sino a los medios materiales que ésta ha dispuesto para la tutela del bien⁹, y que vendrían a ser superados y con ello inutilizados (escalamiento, fractura, etc.). Aparte, el robo con fuerza en las cosas se agrava en casos de comisión en casa habitada o local abierto al público. Tampoco el Derecho alemán conoce una figura de robo con fuerza en las cosas, aunque pueden agravarse algunos supuestos de hurto (Diebstahl) al cometerse en casa habitada o por el empleo de llaves falsas (§ 243 StGB). A pesar de la denominación clásica en España, las conductas de «robo con fuerza en las cosas» se hallan más próximas al hurto que al robo. Y ello porque la superación de los obstáculos establecidos por la propia víctima para la tutela y conservación del bien se lleva a cabo frente a una víctima que, o desconoce, o nada puede hacer para evitar la sustracción. En línea de principio, se percibe cómo la víctima, se halla en situación de error sobre la situación fáctica o en situación de imposibilidad de actuar. Sobre estas conductas no trataremos ahora, aunque también plantean problemas en el ámbito de establecimientos de autoservicio (inutilización de los específicos sistemas de seguridad que acompañan a determinadas prendas, por ejemplo).

II.

1. El Código penal peruano parece explícito al definir las conductas de hurto y robo: ambas requieren apoderarse de un bien “sustrayéndolo del lugar donde se encuentra” (artículos 185 y 188, respectivamente). Dicha mención plantea dos cuestiones básicas: la primera, la de la relación en la que se hallan sustracción y apoderamiento; en definitiva, cuándo cabe entender que la sustracción es apoderamiento, cuándo se consume (cfr. *infra* 2-8); y la segunda, dependiendo de cuál sea el momento de la consumación, qué tratamiento han de recibir los actos de violencia física o las amenazas realizadas antes de la consumación; es decir, la cuestión de la violencia sobrevenida durante la ejecución de lo que comienza siendo un hurto (cfr. *infra* III).

2. Sobre la consumación de los delitos patrimoniales de apoderamiento se hace referencia por la doctrina tradicional a cuatro estadios que condicionan otros tantos

⁷ Se trata de los supuestos previstos en los arts. 238-241 CP español de 1995.

⁸ También el CP peruano prevé (art. 186.I.3) una modalidad de hurto agravado, por el empleo de destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos, que encuentra en el robo con fuerza en las cosas un punto de referencia.

⁹ Por lo que no faltan voces contrarias a seguir considerando como robo esta figura híbrida (entre robo genuino y hurto). Cfr. por todos PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ, *et al.*, *Compendio de Derecho penal (parte especial)*, II, Madrid, 1998, p 372, con referencia a González Rus e, incluso, a una resolución del Tribunal Supremo español que considera el robo con fuerza en las cosas como un caso de hurto agravado.

momentos de consumación. Así, en concreto, se distinguen¹⁰ : a) la llamada *contrectatio*, o acción de entrar en contacto con el bien; b) la *aprehensio*, o toma del bien, en cuanto hacerse con él, prenderlo o asirlo; c) la llamada *ablatio*, o desplazamiento espacial, siquiera sea mínimo, del bien; y d) la denominada *illatio*, o incorporación del bien al patrimonio del sustractor. Se trata de cuatro formas graduales de acción de un sujeto sobre el bien protegido, de manera que cada una de ellas incluye la anterior o anteriores. A partir de aquí, la doctrina y jurisprudencia han de apreciar y decidir cuál de ellas permite afirmar la consumación de forma idónea y respetando la letra de los artículos 185 y 188. Se trata en definitiva de una decisión práctica a adoptar con arreglo a criterios valorativos, de la que depende en buena medida la vigencia de los delitos en cuestión. En efecto, dentro de los límites establecidos por la letra de la ley, es preciso proceder a una decisión valorativa sobre el momento consumativo que se estima adecuado. Caben, por tanto, diferencias según los sistemas jurídicos y épocas, pero también según cuáles sean las peculiaridades de los bienes en cada caso objeto del delito. Así, la jurisprudencia española parte de la base de que los delitos de apoderamiento se consuman en el momento de la disponibilidad potencial por el agente sobre el bien. Como ya ha señalado la doctrina, este criterio, con ser cierto y estable en buena parte de casos, no coincide exactamente con ninguna de los cuatro estadios tradicionales¹¹. En Alemania, en cambio, tendría lugar con la instauración de una nueva posesión sobre el objeto del delito¹²: cuando el autor toma la cosa (aprehensio) sin ser inquietado en su nueva posesión, de modo que el anterior tenedor de la posesión habría de emplear violencia frente a él para obtener la devolución¹³.

3. La concreta redacción legal de los artículos 185 y 188 del Código penal peruano parece condicionar la respuesta que se dé sobre el momento consumativo: ambos tipos exigen apoderarse mediante sustracción. Sin embargo, ello no resuelve la cuestión. En buena medida, no parece muy acorde con la lógica establecer en el Código penal la tutela del patrimonio -

¹⁰ Cfr. por todos, PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ, *et al.*, *Compendio*, II, pp 348-349. Cfr. también BRAMONT ARIAS/GARCÍA CANTIZANO, *Derecho penal. Parte especial*, Lima, 1998, p 268.

¹¹ En efecto, la consumación se considera producida en un momento que se halla entre la *ablatio* y *illatio*, es decir, entre el desplazamiento y la obtención de una ventaja patrimonial. Sobre este tema, y la posición concreta de la jurisprudencia, según grupos de casos, cfr. PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ, *et al.*, *Compendio*, II, p 349. Cfr. también BRAMONT ARIAS/GARCÍA CANTIZANO, *DP. PE*, pp 265 y 268 para el delito de hurto; y 281, para el de robo: la consumación se entiende producida en el momento de la posibilidad inmediata de realizar actos de disposición sobre el bien sustraído; ROJAS VARGAS, *Delitos contra el patrimonio*, I, Lima, 2000, pp 159 y 391: con la disponibilidad.

¹² Se distingue, a su vez, entre la llamada *Vollendung* o consumación, y la *Beendigung* o terminación. Entre ambas queda abierta la posibilidad a la defensa o autotutela del bien por el poseedor, que desaparecería con la terminación.

¹³ Cfr. KINDHAUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 1, § 2, n.º marg. 62; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25ª ed., München, 1997, § 242, n.º marg. 37 y 40, quien señala cómo dicho criterio en la práctica exige *aprehensio* seguida de la posibilidad de *ablatio*. Por otra parte, para concretar el criterio de la *aprehensio*, se acude en la jurisprudencia y parte de la doctrina a la "interpretación natural de la vida", "visión cotidiana de la vida" o "modo de ver social" (cfr. KÜHL, en LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 21ª ed., München, 1995, § 242, n.º marg. 9); críticos con estas concreciones ESER, *ibidem*, n.º marg. 40; SAMSON, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, II, 4ª ed., Berlin, entrega n.º 27 (julio 1990), § 242, n.º marg. 18 ss; RUß, en JÄHNKE/LAUFHÜTTE/ODERSKY, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11ª ed., Berlin/New York, entrega n.º 15, 1994, § 242, n.º marg. 18.

vinculado a la libertad de la persona- y reducir a continuación la libertad de actuación de todos los sujetos distintos del poseedor mediante la sanción como consumado del mero contacto con bienes ajenos (por ejemplo, no sería oportuno, en la mayoría de los casos desde el principio de proporcionalidad, considerar que la mero tocar o asir el bien consuma ya el delito). Pero tampoco resulta del todo lógico exigir la efectiva disposición del autor sobre el bien aprehendido, pues frustraría en algunos casos la pretensión de tutela penal del patrimonio. En una posición algo más sopesada, el criterio de la disponibilidad potencial del agente sobre el bien objeto del delito, criterio empleado por la jurisprudencia española, puede servir también en el sistema peruano para considerar consumados los delitos de apoderamiento con la posibilidad de ejercicio de facultades de dominio. La letra de los preceptos en cuestión permite entender que el apoderamiento así entendido, no se da con el mero contacto ni traslación, sino al menos con el inicio del ejercicio por el agente de facultades de dominio, lo cual exige extraerlo del ámbito de dominio del hasta entonces poseedor.

4. Pero dicho criterio encuentra problemas cuando la sustracción se lleva a cabo en el marco de negocios configurados como autoservicio. En efecto, el momento de la consumación de estos delitos se ve afectado por el modo de llevarse a cabo las operaciones en un negocio de esas características. Según entiendo, en el contexto y peculiaridades de esta clase de comercio, la disponibilidad parcial no es apoderamiento a efectos típicos, pues la voluntad del propietario sigue efectivamente manifestándose sobre los objetos, a pesar de la posesión de ellos por los clientes¹⁴. En virtud de la tesis que sustenta la jurisprudencia española para entender consumados los delitos contra el patrimonio, no se da en estos casos la disponibilidad potencial del objeto material por el sujeto activo, en tanto éste se mantenga a la vista durante su estancia en el establecimiento. Efectivamente, si dichos delitos no se consuman ni por la aprehensión de la cosa, ni por la traslación de la misma, ni menos aún por la disponibilidad efectiva, sino sólo por la disponibilidad potencial, en acciones de apoderamiento cometidos en negocios de autoservicio falta ésta a pesar de existir una disponibilidad parcial, restringida. En efecto, en muchos casos, el propietario, o quienes trabajan para él, despliegan una pretensión efectiva sobre los bienes objeto del delito, sin interrupción, mediante el recurso a medidas de control o vigilancia. Y con ello, en consecuencia, impiden que los actos de apoderamiento se consumen¹⁵. Esto se lograría, en cambio, si el apoderamiento viniera seguido de una fase en la que el sujeto se sustrajera a las miradas del propietario, y fuera entonces cuando sacara la cosa objeto del delito de la esfera de control del propietario (aprovecha la ocasión para ocultarla bajo una alfombra; o para cambiarla de lugar dentro del local pero dejándola donde el propietario no pueda hallarla;

¹⁴ Lo he expuesto en otro lugar: "Actos de violencia sobrevenidos durante el apoderamiento: ¿hurto o robo violento? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala II) de 23 de marzo de 1998 (ponente Sr. Martín Pallín)", en *Actualidad Penal*, 1999, II, pp 809-811 (807-823).

¹⁵ Distinto sería en el Derecho alemán, donde se entiende de manera dominante en la jurisprudencia y doctrina que los delitos de apoderamiento se consuman con la *aprehensio* -aunque con matices- del objeto: cfr. *supra* nota 13. La reforma del StGB que tuvo lugar en 1998, no afectó sin embargo a los problemas aquí tratados.

etc.)¹⁶. En este sentido, cabría plantear si la ocultación por el agente de objetos dentro de la ropa, al sustraerlos de las miradas y situarlos en un ámbito donde el propietario renuncia previamente a controlar, produciría ya la consumación¹⁷. Sin embargo, según entiendo, si la ocultación es ostensible (se sustrae sólo parcialmente a las miradas) podrá negarse la consumación.

5. Es evidente que la peculiaridad del trato comercial en un supermercado, autoservicio o gran almacén, puede condicionar el momento de la consumación: ello no es sino consecuencia de la organización de la realidad y actividad económica concretas en este ámbito¹⁸. Dado que el elemento de apoderarse de la cosa es esencial al tipo de robo, el si y el cuándo del apoderamiento dependerán de cómo estén configuradas la situación de la cosa, su relación con los sujetos. Por tanto, la realización de los tipos de hurto o robo en un gran almacén se encuentra condicionado por las peculiaridades de este género de negocios (la manera de cerrar las operaciones comerciales...), propias del sector de actividad y del específico estilo de la empresa en cuestión: la pretensión de acercar los objetos al cliente. La idea de la disponibilidad potencial permite afirmar que la consumación se produce precisamente al utilizar el sujeto activo una oportunidad para extraer la cosa del ámbito de control del propietario. Las peculiaridades de los grandes almacenes pueden influir para aumentar el margen de las conductas atípicas, pues el cliente cuenta efectivamente con mayores posibilidades de disponibilidad parcial sin que quepa considerar que ha dado comienzo el apoderamiento (puede tomar los bienes, probarse una prenda, trasladarla a su antojo dentro del local, etc.). Pero estas mismas posibilidades de libertad (extraatípicas, por tanto) se ven contrarrestadas por la adopción de medios de mayor control y más eficaces en buena parte de los casos (personal de vigilancia, medios magnéticos, cámaras de control de la imagen, etc.)¹⁹.

¹⁶ Entiendo que aun situando (dejando) la cosa dentro del "ámbito" (espacial) de la víctima cabe consumir el delito, siempre que la ocultación lleve consigo extraerla de su ámbito de control: lo relevante no es el "lugar" donde queden las cosas, sino la sustracción a la disposición. GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, Valencia, 1998, pp 146-148 (con referencia a GONZÁLEZ RUS), da noticia de la apreciación de tentativa por la jurisprudencia española en casos de ocultación de la cosa, y alerta del cambio que supone poner el centro de atención en la pérdida de disposición de la víctima en lugar de la disponibilidad del autor.

¹⁷ Así, el caso analizado y comentado en AP, 1999-II, pp 807-823: "Probado, y así se declara, que el día 26 de septiembre 1996, sobre las 13 horas, Antonia..., y Virtudes..., mayores de edad y sin antecedentes penales, acompañadas de una tercera mujer no identificada, en el interior del supermercado..., se fueron escondiendo, bajo las ropas hasta nueve quesos, de 1 k aproximadamente, y la tercera mujer botellas de licor en número no determinado, hechos que advirtió la encargada del local, que dio aviso al vigilante del establecimiento, el cual siguió a las mujeres hasta que pasaron por caja, donde abonaron los productos que llevaban a la vista. En ese momento, el vigilante les manifestó que debían entregar todo lo que habían escondido, negando las mujeres llevar nada, a la vez que gritaban y empujaban al vigilante para poder huir del lugar; llegando una de las mujeres a golpearlo en los testículos. Tras un forcejeo logró retener a las dos acusadas, escapándose la tercera. En el interior de sus ropas escondieron los 9 quesos reseñados, siendo la que escapó portadora de al menos una botella de licor.." A pesar de la condena por dos infracciones, una de hurto y otra de lesiones, en aquel comentario se sustenta la tesis de que en realidad se trataba de un robo violento que quedó en fase de tentativa: cfr *ibidem*.

¹⁸ Destacando que precisamente en este género de casos no es posible enunciar reglas generales para determinar el momento consumativo, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 48ª ed., München, 1997, § 242, n.º marg. 15.

¹⁹ Cfr: AP, 1999-II, p 810.

6. Según entiendo, la consumación puede considerarse producida en estos casos al extraer la cosa de la esfera de control del propietario. Debido a las peculiaridades de los grandes almacenes, lo relevante y decisivo no es tanto sacarlos físicamente del local, cuanto extraerlos del ámbito de control del titular (esto segundo se producirá a menudo al sacarlos del local). Pero ello puede producirse también dentro del local (si se esconden, si en la zona de alimentación se ingiere un producto, etc.). La disponibilidad parcial de que goza el cliente en unos grandes almacenes no constituye todavía apoderamiento a efectos típicos, pues es el propietario quien ha puesto los objetos en la esfera organizativa de aquél: acerca los objetos al cliente, que se ve cercado por ellos, si se me permite la expresión²⁰. Por eso se explican las medidas de mayor seguridad. Sólo cuando se extraiga la cosa de dicho ámbito de control estaremos ante la consumación. Por esta razón, si a la disponibilidad parcial (por los clientes) va unida la adopción (por el propietario) de un sistema de controles magnéticos, por ejemplo, el apoderamiento típico no comenzará hasta que se llegue al ámbito en el que operan los medios de control ("línea de caja" en la salida, etc.); y la disponibilidad potencial no se dará hasta que se rebasen dichos controles²¹ ("barreras" magnéticas, presencia de vigilante, etc.). Sin embargo, la disponibilidad potencial podrá existir si son precisamente los dispositivos electrónicos de control los que se ven inutilizados (cuando se suprimen o retiran, se despegan, se desconectan, etc.) y a continuación se extraen los objetos de la esfera de control²². Lo cual puede darse sin llegar a sacarlos del local, debido a que en el momento de inutilizarlos se frustra el modo de funcionamiento de un medio de control no humano -que no admite adaptación al cambio de factores-, por lo que la falta de pago difícilmente podrá ser detectada²³. Si no se trata de inutilización o extracción de dichos dispositivos, y sí en cambio del traslado del objeto, el apoderamiento típico que daría comienzo a la tentativa y el momento consumativo se retrasarían hasta la evitación del control del propietario (rebasar la "línea de caja", salir, etc.).

²⁰ Lo expresa con claridad KINDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil, 1*, § 2, n.º marg. 43, quien entiende que, aunque durante su recorrido por el establecimiento de autoservicio, el propietario intenta conseguir del cliente la disposición, no se produce ésta hasta pasar por caja (cfr. *ibidem*, n.º marg. 42); distinto sería si el cliente esconde la cosa en un ámbito (bolsillo, por ejemplo) que queda reservado (*Tabusphäre*), y adonde no puede acceder el propietario: con ello se produciría la consumación. Así también, al consumir un comestible: TRÖNDLE, *StGB*, § 242, n.º marg. 15; KINDHÄUSER, *ibidem*.

²¹ Cfr. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial, I*, Madrid, 1996, p. 579; GARCÍA ARÁN, *El delito*, pp. 147-148. También en la doctrina alemana, con un criterio de consumación anterior al empleado en nuestra doctrina, se entiende que la existencia de medios de control no impide la consumación, pero para los casos de sustracciones en establecimientos de autoservicio se exige además rebasar la línea de control de la caja (así, KÜHL, en LACKNER/KÜHL, *StGB*, § 242, n.º marg. 16; TRÖNDLE, *StGB*, § 242, n.º marg. 15; RUF, en JÄHNKE/LAUFHÜTTE/ODERSKY, *StGB. Leipziger Kommentar*, entrega n.º 15, 1994, § 242, n.º marg. 43), en la medida en que quepa todavía al desposeído que ha observado la acción evitar el dominio por el autor: en este sentido, ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, § 242, n.º marg. 40; TRÖNDLE, *ibidem*. Cfr. sobre la incorporación de la cosa a la "esfera reservada" del autor, *supra*, nota 20.

²² Aunque estaríamos ya ante un tipo de "robo con fuerza en las cosas" (arts. 238-241 CP español).

²³ Es decir, la utilización de los habituales medios mecánicos o automáticos, a pesar de su eficacia, encierra un mayor riesgo de error, por no adaptarse a la variedad de situaciones como podría hacerlo en cambio el vigilante. Distinto será, si se desarrollan técnicamente y permiten cubrir estas deficiencias.

7. El que los hechos tengan lugar en el marco y entorno de un supermercado o autoservicio, cuyo sistema de comercio se basa en la disponibilidad parcial por voluntad del propietario, determina que en muchos casos el apoderamiento de objetos no llegue a ser típico cuando ya lo sería en los mismos delitos cometidos en otra clase de negocios. En los negocios de los que ahora tratamos, pienso que ha de esperarse a que comience la sustracción al control del propietario. Existen casos en que el propio sistema de negocio del supermercado o autoservicio es aprovechado para disponer parcialmente de los productos, y dar comienzo al apoderamiento (comienzo de la tentativa), pero que no llega a consumarse por mantenerse dentro de la esfera de control del propietario, bajo su observación siquiera sea virtual (cámaras de grabación, en funcionamiento o no) o potencial (paso por caja como «única» vía para salir del establecimiento). Pero a partir de aquí, la consumación se dificulta enormemente, pues, estando dentro del supermercado o autoservicio, y disponiendo éste de medios para, una vez observadas las conductas de los clientes-autores, evitar la salida sin pago²⁴, será muy difícil consumir el delito, tener la disponibilidad potencial que se exige por la jurisprudencia española. Por lo que, las posibles conductas dudosas de los clientes que se apoderan de bienes con intención (pero no inequívoca) de sustraerlos han de quedar en la impunidad, porque de lo contrario no sería proporcionado que el propietario ofrezca los bienes a los clientes de una forma tan «entrometida» y luego sea él mismo quien decida cuándo se consuma el delito²⁵.

8. En definitiva, el momento consumativo de estos delitos en el marco de establecimientos de autoservicio, manteniendo el mismo criterio que en otros casos—que aquí no se discute, a reservas de una mejor formulación—, se produciría en el momento de la extracción al control del propietario. Y ello se produce no con la toma de los bienes o su traslación dentro del establecimiento, sino con la frustración de la pretensión del propietario de mantener bajo su control los bienes que ha colocado al alcance de los eventuales clientes.

III.

1. Llegados a este punto, es preciso afrontar la segunda de las cuestiones más arriba planteadas: ¿qué tratamiento han de recibir los actos de violencia física o las amenazas realizadas antes de la consumación? Es decir, la cuestión de si la violencia sobrevenida durante la ejecución de lo que comienza siendo un hurto transforma el hecho siempre y en todo caso en robo²⁶.

²⁴ Ciertamente no busca el propietario que los productos sean escondidos (de ahí la insistencia “dejen los bolsos en la puerta” o el empeño en el uso de carros -aunque éstos además posibilitan una cuantiosa compra-, etc.). Cfr. *supra*, nota 20.

²⁵ Más válidos y eficaces parecen criterios como el de la *Tabusphäre* (cfr. *supra* nota 20), y no los que pretenden dilucidar la intención -siempre de casi imposible acceso- del sujeto.

²⁶ No se tratará ahora la interesante cuestión planteada por el art. 189.II.1 y III, para la causación de lesiones durante el robo.

2. Si la anterior argumentación (II) es correcta, nos encontramos ante un caso en el que los actos de violencia surgen durante la fase ejecutiva. Efectivamente, si se inicia el apoderamiento de objetos y todavía se mantiene el sujeto dentro del ámbito de control del propietario, los actos de violencia²⁷ que se ejerzan antes de dicho momento consumativo, se producen durante el apoderamiento. Puede decirse entonces que lo que habría comenzado siendo un apoderamiento constitutivo de hurto acaba siendo uno de robo violento²⁸. Si se considera el hecho como tal robo con violencia, los actos de apoderamiento previos quedarán incluidos dentro del delito de robo, cuya sanción abarca (concurso de leyes) todo el desvalor del acto de apoderamiento. Aparte, habrá que analizar cómo sancionar el desvalor de las lesiones.

3. Un primer argumento para entender que la violencia propia del delito de robo violento puede tener lugar en toda la fase ejecutiva proviene de un dato gramatical, como es la propia denominación de "robo con violencia", al permitir incluir una conexión entre los actos de violencia y el apoderamiento, como la doctrina había expresado ya²⁹. Este argumento encuentra en el propio capítulo dedicado a los delitos de robo, una referencia muy oportuna para integrar el régimen de este delito³⁰. Se expresa en el artículo 188 que el robo existe cuando contemporáneamente, a la vez, el sujeto se apodera "empleando... violencia"³¹. De este modo, con base en el modo verbal empleado, puede entenderse como violencia contemporánea al apoderamiento -aunque sea finalmente la víctima quien prefiere ceder la cosa antes de que la violencia sea superior-; y, además, orientada al apoderamiento, y así lo había venido entendiendo la doctrina española³². De esta forma, la violencia vendría a romper la relación del que ostenta la propiedad actuando sobre los medios dispuestos a tal fin (en estos

²⁷ Sobre el concepto de violencia, que no analizaremos, cfr: por todos, PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ, *et al.*, *Compendio*, II, pp 396-399; y BRAMONT ARIAS/GARCÍA CANTIZANO, *DP PE*, p 280.

²⁸ Cfr: BRAMONT ARIAS/GARCÍA CANTIZANO, *DP PE*, p 279.

²⁹ En la doctrina, cfr: LANDECHO VELASCO/MOLINA BLAZQUEZ, *Derecho Penal, Parte especial*, Madrid, 1996, p 194; BENÉYTES MERINO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1997, p 2619; SÁNCHEZ TOMÁS, en RODRÍGUEZ RAMOS/COBOS GÓMEZ DE LINARES/SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal, Parte especial*, I, Madrid, 1997, p 124; GARCÍA ARÁN, *El delito*, p 174 ("la violencia o la intimidación tienen en el robo un valor instrumental constituyendo los medios utilizados para lograr el apoderamiento. De esta forma, en principio, las formas violentas que acompañan al apoderamiento pero no constituyen medio para éste, mantienen la calificación como hurto y entran en concurso real de delitos con éste."); PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ, *et al.*, *Compendio*, II, pp 404-405, con referencias; GOYENA HUERTA, en MUÑOZ CUESTA (coord.) *et al.*, *El hurto, el robo y el hurto y robo de uso de vehículos*, Pamplona, 1998, p 129. Otro sector de la doctrina entiende, por su parte, que no sólo cabe la relación medio-fin, sino también la violencia ejercida en cualquier momento previo a la consumación de la sustracción (VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSAC, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia, 1996, p 1168; los mismos, en VIVES ANTÓN *et al.*, *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 1996, p 366, aunque cfr también *ibidem*, respectivamente pp 1170-1172 y 368; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 11ª ed., Valencia, 1996, pp 338 y 342; GONZÁLEZ RUS, en *Curso. PE*, I, p 614, pero téngase en cuenta también p 613 para las violencias ocasionales).

³⁰ Argumentos semejantes cabe emplear para el Derecho español: cfr: el trabajo citado en nota 14, pp 813-814.

³¹ Este mismo argumento, para la situación del Código penal español, en GONZÁLEZ RUS, en *Curso. PE*, I, p 615.

³² Cfr: nota 29.

casos la propia voluntad manifestada a través del ejercicio de actos de dominio). Pero lo que la actual letra de los preceptos del robo violento no permite es entender que sea indiferente, a efectos de la naturaleza del apoderamiento, la violencia ejercida por el autor cuando éste ya ha asumido los objetos por la posesión, pero está todavía en la esfera del propietario, y a la vista de él.

4. Una consideración adicional, esta vez de orden teleológico, lleva a poner en duda que sea coherente un sistema de protección del bien jurídico patrimonio que tras haber previsto el tipo de robo violento, permita sancionar separadamente violencia y apoderamiento. Un sistema así, más bien, perdería de vista lo que da sentido al acto de violencia: el apoderamiento; y con ello, haría perder sentido a la clasificación legal del delito de robo. El robo violento se basa en la idea de una peculiar forma de violencia, la que adquiere el sentido de ser "de apoderamiento", de ruptura de la relación de tenencia de la cosa por anular la capacidad de voluntad del poseedor³³. Por esta razón, la que exceda del apoderamiento, o la que se dé además de éste (antes, con ocasión, etc.), deberá sancionarse aparte, como delito contra el bien jurídico en cuestión en cada caso³⁴. Pero en este caso, si se sancionan por separado violencia y apoderamiento -como debería hacerse, con coherencia lógica-, puede suceder que desaparezca el robo, y nos hallemos ante infracciones de *hurto y lesiones* (por ejemplo). Lo coherente, si se mantiene la figura -por otra parte, tradicional- de robo violento, es sancionar como un sólo tipo, salvo que hacerlo de ese modo suponga pasar por alto o desatender el desvalor de las conductas de violencia³⁵.

5. En conclusión, la violencia ejercida para lograr la disponibilidad, aunque haya *sobrevenido* durante la fase de ejecución, no impide apreciar un delito de robo violento. Ciertamente, si la violencia se ejerce para desasirse de quien, al servicio del propietario, vela por la indemnidad de los bienes (vigilante, por ejemplo), o para repeler el control

³³ Cfr. *supra* I.3.

³⁴ Tendrá relevancia para la aplicación del tipo de robo con lesiones, previsto en el art. 189.II.2 y III CP (según redacción en virtud de la Ley n.º 27472). Los tipos complejos de «robo con lesiones» o «robo con muerte» ahí previstos ofrecen problemas que exceden del objeto de este trabajo.

³⁵ La presencia del «robo con lesiones» del art. 189 ofrece mayores problemas, que ahora no pueden ser abordados.

fáctico que el propietario, a través del vigilante (reteniendo al autor, por ejemplo), pretende ejercer sobre el agente, podría pensarse que no sería violencia para alcanzar la disponibilidad, sino para la huida. Pero es precisamente eso lo que permite defender lo contrario: si la violencia tiene por objeto frustrar la pretensión de control por parte del vigilante, es decir, desahirse de él, saliendo a continuación con los objetos de la esfera de organización de aquél (el supermercado), es violencia para lograr el apoderamiento con disponibilidad³⁶. Es decir, violencia para consumir³⁷, que adquiere sentido si se alcanza la salida³⁸.

³⁶ Cfr. AP, 1999-II, p 815.

³⁷ No se trata, por lo demás, de un supuesto extraño, sino de una modalidad -que no parece improbable en la práctica- a la que la doctrina ya había prestado atención, decantándose precisamente en favor de la consideración de robo en aquellos casos en que la violencia tiene lugar durante la fase ejecutiva para alcanzar el apoderamiento: cfr. VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios*, p 1172; los mismos en *DP PE*, p 368; MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 1996, p 341; GONZÁLEZ RUS, en *Curso. PE, I*, p 616; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español, Parte especial*, 3ª ed., Barcelona, 1996, p 359; BENÉYTES MERINO, en *Código penal*, p 2620; PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ, et al., *Compendio, II*, p 405; SÁNCHEZ TOMÁS, en *DP PE, I*, p 123; GARCÍA ARÁN, *El delito*, pp 174-175; GOYENA HUERTA, en *El hurto*, p 129; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Madrid, 1998, p 343; MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, en SERRANO BUTRAGUEÑO, (coord.), *Código penal de 1995*, Granada, 1998, p 1202. Para la situación en el derogado CP español (que preveía una serie de supuestos complejos de robo con homicidio, lesiones...), cfr: por todos, RUIZ ANTÓN, "Robo acompañado de lesiones", en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, XIV-2, Madrid, 1992, p 860.

³⁸ No es suficiente para negar lo anterior recurrir -como hace la STS español de 23 de marzo de 1998, *supra* citada en nota 14, en el n.º 4 del Fundamento Jurídico- a la idea de exceso del sujeto violento respecto a su plan inicial, pues dicha argumentación remite un elemento estrictamente objetivo al plano de lo subjetivo. Dicho elemento no impide apreciar el dolo (no estamos ante ninguna modalidad de error de tipo o sobre las circunstancias), que sería la vía para dar acogida a la idea del principio de culpabilidad a la que recurre esa STS. La idea de violencia revanchista, como acto ajeno al apoderamiento, puede plantear en cambio algún problema: en efecto, los actos de violencia ejercidos por el sujeto del apoderamiento una vez que se ha desbaratado su pretensión inicial, podrían separarse de los actos de apoderamiento. La violencia, por muy revanchista que pueda calificarse, es ejercida durante la fase de apoderamiento. Además, si la violencia tiene el carácter de revancha, es porque se ha visto frustrado o impedido un efecto (la disponibilidad o el lucro), pero ello no hace sino afirmar que se han dado ya los actos anteriores (la tentativa y la consumación, respectivamente). La violencia revanchista no impide -por tratarse de un elemento subjetivo que no altera lo exigido para el tipo de robo- los restantes elementos típicos: por lo que podría ser un medio apto para consumir. Con otras palabras: el ánimo revanchista resulta indiferente. Distinto sería lo que podría apreciarse en aquellos casos en los que la violencia tenga lugar una vez concluidos los actos típicos del delito de apoderamiento sin consumación, por desistimiento -voluntario o no- del autor. Por ejemplo, si una vez descubierto el autor, arroja el botín y, sin haber tenido la disponibilidad, arremete violentamente contra quien le impide la huida: en este caso sí me parece que la violencia queda separada del apoderamiento: lo que comenzó como hurto, acaba como tal, y es después cuando se inician actos violentos separados.