

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Magistrado del Tribunal Supremo

Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación y

Profesor de la Universidad.

La punición de los delitos de robo con fuerza en las cosas, hurto y estafa en la reforma parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983

Las circunstancias de agravación específicas

SUMARIO

I. PRESENTACION

II. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Principios en que se inspira la reforma.
2. Los antecedentes de 1980 y 1982
3. Conclusiones

III. LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

1. Principios básicos
2. El robo con fuerza en las cosas, el hurto, la estafa y la apropiación indebida.

A. El robo con fuerza en las cosas.

B. El hurto.

C. La estafa y la apropiación indebida

3. Conclusiones

IV. EXAMEN DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECIFICAS

1. Cuadro general
2. Breve estudio de las mismas
3. Esquema general del sistema punitivo
4. Ejemplos

V. CONSIDERACIONES FINALES

VI. CONCLUSIONES

VII. DATOS COMPLEMENTARIOS

I. PRESENTACION

Intervenir en las actividades de la Cátedra y Departamento del Prof. Fernández Albor, de esta Universidad Compostelana es para mi motivo de especial satisfacción por la admiración que siento hacia tan ilustre Catedrático y por la gratitud que le debo por tantas atenciones como ha tenido siempre conmigo. Los "Estudios Penales" que él creó y dirige, constituyen una de las más importantes aportaciones de todos los tiempos al campo del Derecho penal.

En orden al trabajo que he preparado para participar en este Curso me parece importante comenzar destacando que el momento es especialmente idóneo para la común reflexión en relación con el nuevo Código. Es por ello por lo que la modificación parcial de 25 de junio de este año 1983 puede servir no solo para mejorar, de manera inmediata, el panorama legislativo en este importante sector del ordenamiento jurídico, sino también para compulsar los aciertos y defectos de sus innovaciones con vista a facilitar al futuro legislador la próxima gran reforma. Y en este sentido he elegido alguno de los delitos contra la propiedad (robo con fuerza en las cosas, hurto, estafa y apropiación indebida) porque teniendo en cuenta la importancia cuantitativa de los mismos, las profundas modificaciones incorpora-

das, así como el tratarse de una reforma que se contenía ya, aunque no de manera idéntica, en los Proyectos de 1980 y 1982, resultará elemento de especial incidencia en la planificación jurídica de nuestro inmediato porvenir.

Finalmente quiero señalar que muy recientemente, con motivo de una Conferencia pronunciada en el II Curso de Verano de la Universidad del País Vasco, celebrado en San Sebastián, dentro del tema general de "La reforma penal", dirigido por el Profesor Beristain, tuve oportunidad de formular algunas críticas, y también elogios, a otros puntos de la reforma, entre ellos a la reincidencia, al perdón en determinados delitos, etc., con cuyo tratamiento no coincidí, pero tuve, sobre todo, la oportunidad de escuchar entre otras, las magníficas conferencias del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial D. Federico Carlos Sainz de Robles y del Profesor Torío a las que por incidir de manera más directa en los problemas que vamos a estudiar me remito, esperando que su publicación nos permita a todos disponer de unos instrumentos de trabajo de especial utilidad.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Principios en que se inspira la reforma

Si tuviéramos que sintetizar las líneas maestras de la reforma de 1983 (1) que, en definitiva, son las del

(1) El proyecto fue publicado en el BO de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. II Legislatura Serie A. Proyectos de ley. 25 de febrero de 1983, nº 10-I. La Ley Orgánica es la núm. 8/1983,

Proyecto de 1980 (2) y que dentro del marco de sus pretensiones y finalidades asumió la de 1982 (3) de la que la última ley de 1983 ha recogido gran parte de sus innovaciones, pues creemos que las tres giran en la misma dirección, habría que decir, acaso, lo siguiente: Con ellas se ha pretendido de manera prioritaria satisfacer las más apremiantes exigencias de un Derecho penal ajustado al Estado democrático y social de Derecho, asentado por consiguiente en las garantías del principio de culpabilidad y de concreción del hecho. En suma, creemos que lo que se quiere es llevar a cabo un reajuste de la política penal fundándola básicamente en el principio de mínima intervención (de ahí las diversas, aunque insuficientes, a mi juicio, manifestaciones descriminalizadoras (4), en la dirección que marcan actualmente las exigencias sociales, reiteradamente destacadas

de 25 de junio. (BOE nº 152, de 27 de junio. Corrección de erratas en BOE nº 175, de 23 de julio).

(2) Publicado en el BO de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados I Legislatura Serie A. Proyectos de ley. 17 de enero de 1980, nº 108 I.

(3) Publicado en el BO de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados I Legislatura. Serie A. Proyectos de ley. 26 de febrero de 1982.

(4) Bernat de Celis, Jacqueline, *Les grandes options de la Politique Criminelle. La perspective de Louk Hulsman*, Archives de Politique Criminelle 5, 1982.

Lavasseur, G., "Informe de síntesis sobre *Reforma penal y despenalización* de las III Jornas latinas italo-luso-franco-españolas de Defensa Sociales". Celebradas en Aix-En-Provence (Francia), del 29 de septiembre al 2 de octubre de 1982. (Resumen en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1.316, de 5 de julio de 1983, a cargo del autor de este trabajo).

Ruiz Vadillo, Enrique, *La descriminalización y la reforma penal*, Rev. "Poder Judicial", nº 5, diciembre de 1982. (Ponencia general de la Delegación española presidida por el Prof. Barbero Santos a las III Jornadas citadas).

por la doctrina científica) en el acentuamiento del principio de legalidad con la exigencia de una mayor precisión en la descripción de los tipos penales (aunque no siempre se haya conseguido), y, prescindiendo ahora del tema del nuevo enfoque de la delincuencia culposa del Proyecto de 1980 para el que habrá de esperar a la reforma total, un fortalecimiento especial del principio de culpabilidad para lo cual se lleva a cabo la reforma del artículo 1º del Código penal (5), de la que, en mi opinión, hay que esperar consecuencias muy importantes y el definitivo destierro de todos los supuestos de responsabilidad por el resultado, acabando con los numerosos vestigios de responsabilidad objetiva a través de una nueva interpretación de todos los preceptos penales que han de condicionarse y sujetarse a la importante declaración del art. 1º acabado de citar, según el cual son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, a cuya declaración general se añade lo siguiente: No hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, solo se responderá de éste si se hubiera causado, al menos, por culpa (6).

Evidentemente, como acabamos de indicar, las repercusiones de la reforma, en cuanto a este primer artículo del Código, han de ser inmediatas y,

(5) Ruiz Vadillo, Enrique, *Proyecto de ley orgánica del Código penal*, Cuadernos de Documentación, Instituto Nacional de Prospectiva, nº 13, 1980.

Ruiz Vadillo, Enrique, *Algunas observaciones al proyecto de ley de reforma parcial del Código penal*. Colección "Temas penales", Ministerio de Justicia, 1982.

(6) La exigencia de dolo o culpa como únicos fundamentos de la responsabilidad penal se juzga, dice la Exposición de motivos de la Ley de 1983, como inaplazable.

si se me permite la expresión, espectaculares pues a partir de su entrada en vigor, los Tribunales deberán corregir todas las manifestaciones que en nuestro ordenamiento jurídico-penal se contienen de supuestos en los que, de alguna manera, el elemento culpabilístico está ausente (7) y esto deberá hacerse, como más adelante veremos, incondicionalmente y por consiguiente extensible a los delitos de lesiones, aunque en este punto se plantean problemas muy difíciles. No olvidemos que muchas innovaciones penales de especial trascendencia se han llevado a cabo en Derecho comparado, a través de la reforma exclusivamente de la parte general.

2. Los antecedentes de 1980 y 1982

El importante antecedente del Proyecto de reforma de 1980 al que ya nos hemos referido y que estamos seguros renacerá, con evidentes cambios, en la anunciada próxima reforma total, no puede ser objeto de olvido a la hora de interpretar y valorar la modificación parcial de 1983 que ahora estamos estudiando y que, a su vez, retomó importantes aspectos de la de 1982 como ya dijimos. En este sentido entendemos que toda la abundante, y de gran calidad, bibliografía acumulada (8) sobre las reformas

(7) Gimbernat Ordeig, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Ed. Reus, 1966.

Ruiz Vadillo, Enrique, *Desviaciones al principio de "no hay pena sin culpabilidad" en el Código penal español*. Estudios de Deusto, 1965.

Ruiz Vadillo, Enrique, *Problemática de la responsabilidad objetiva en el proyecto de Código penal español*. II Jornadas latinas de Derecho, Avila, Alcalá de Henares, 1981 e informe de síntesis, Madrid, 1982. Presentación del Prof. Marino Barbero Santos.

(8) Ruiz Vadillo, Enrique, *La reforma penal española*. Conferencia pronunciada en el Escuela de Estudios Judiciales de Lisboa (Portugal),

en proyecto, entre la que hay obligación de destacar por su interés, trascendencia y continuidad la recogida en los *Estudios penales* de esta Universidad, a los que ya nos hemos referido, dirigidos por el ilustre Catedrático, querido y admirado amigo, compañero y Maestro, el Prof. Fernández Albor (9) constituyen un instrumento especialmente valioso.

Como luego veremos, al examinar de manera un poco más detallada algunos delitos dentro de la propiedad, la reforma de 1983 en relación con los Proyectos de 1980 y 1982 ofrece grandes coincidencias e incluso identidades notorias y las pequeñas diferencias que pueden existir entre las redacciones de unos y otros textos pueden servirnos, acaso, para comprender mejor la finalidad del precepto en función de la evolución experimentada, sin perjuicio, por supuesto, del extraordinario valor que ofrecen las discusiones parlamentarias, tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado (10), así como

en diciembre de 1982. Pendiente de publicación, con amplia bibliografía sobre la reforma.

(9) *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980: *Los delitos contra el patrimonio y el arbitrio judicial en el proyecto de Código penal de 1980*, del Prof. Fernández Albor. *La parte especial en el proyecto de Código penal*, del Prof. Gimbernat.

Estudios de Derecho penal. III, Universidad de Santiago de Compostela, *La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código penal español*, del Prof. Quintero Olivares.

(10) Proyecto de Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código penal. Para facilitar la localización correspondiente, se indica a continuación el desarrollo parlamentario de la reforma y los Boletines en los que se ha publicado:

Congreso de los Diputados. Enmiendas. Marzo 1983.

Ind. BO CG II Legislatura Serie A. Proyectos de ley. 25 de febrero 1983, nº 10-I. Proyecto de ley.

Idem BO CG II Legislatura Serie A. Proyectos de ley. 14 de abril de 1983, nº 10-I. Informe de la Ponencia.

los correspondientes dictámenes de la Ponencia y de la Comisión de Justicia, a veces especialmente esclarecedores. También ofrecen gran interés los discursos del Ministro de Justicia, D. Fernando Ledesma Bartret (11), en ambas Cámaras legislativas, entre cuyas palabras y a los efectos que aquí interesan debemos destacar estas: "La reforma, manifestó, procede a la descriminalización de todos aquellos resultados que, por lo menos, no hayan sido causados por culpa o imprudencia, términos, dijo, que creo están siendo objeto de debate pero que, en definitiva, remiten claramente a la misma idea: Se suprimen, se descriminalizan, todos los resultados que no sean causados, al menos, por imprudencia y esto claramente por uno de esos princi-

Idem id. 21 abril 1983, nº 10-II Dictamen de la Comisión y Enmiendas.

Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Año 1983 II Legislatura. Comisión de Justicia e Interior: nº 16 sesión celebrada el miércoles 13 de abril 1983; nº 21 Sesión celebrada el viernes 15 de abril; nº 27 Sesión celebrada el martes 19 de abril; nº 29. Sesión plenaria celebrada el jueves 21 de abril; nº 30 Sesión plenaria celebrada el martes 26 de abril; nº 31 Sesión plenaria celebrada el miércoles 27 de abril; nº 32 Sesión plenaria celebrada el jueves 28 de abril de 1983.

BO CG II Legislatura Serie A. Proyectos de ley. 4 mayo de 1983, nº 10-III. Aprobación por el Pleno.

Senado. BO CG II Legislatura Serie II Textos legislativos 12 de agosto de 1983, nº 15 (a) Congreso de los Diputados Serie A. nº 10.

Texto remitido por el Congreso de los Diputados.

Idem 19 mayo, nº 15 (b). Enmiendas.

Idem 26 mayo, nº 15 (c). Informe de la Ponencia.

Idem 30 mayo, nº 15 (d). Dictamen de la Comisión.

Idem 31 de mayo, nº 16. Pleno del Senado.

Idem 7 de junio, nº 15 (e) Texto aprobado por el Senado.

Boletín Oficial CG de 16 de junio 1983. Congreso de los Diputados nº 47. Enmiendas del Senado al Proyecto.

(11) Discurso del Ministro en el Congreso de los Diputados.

prios que son una derivación lógico-jurídica y lógico-política también, del Estado social y democrático de Derecho: El principio de culpabilidad”.

Sobre estas coordenadas creo que ha de examinarse la totalidad de la reforma en la que concedo mucho más importancia a la parte general (y concretamente al varias veces citado artículo 1º) que a la parte especial, sin desconocer la trascendencia de algunas de las reformas llevadas a cabo en esta última, a uno de cuyos sectores vamos a dedicar nuestra atención, concretamente a los delitos contra la propiedad, aunque solo en cuanto al tratamiento y significación de las circunstancias de agravación específicas y a la aplicación de las correspondientes penas.

3. Conclusiones

De esta primera parte del trabajo podemos obtener las siguientes apreciaciones o conclusiones que por su provisionalidad están sujetas a nuevas consideraciones y, sobre todo, al juicio crítico de quienes tengan la amabilidad de formular objeciones:

1ª.— La reforma penal española se encamina decididamente hacia estas metas: Servir de instrumento eficaz a las exigencias de un moderno Estado de Derecho, social y democrático y a la defensa de los supremos valores del ordenamiento jurídico, como propugna la Constitución en su art. 1.1., principios constitucionales que han de servir al intérprete para alcanzar de los preceptos penales, a través de su perfecto ajuste a los principios de legalidad y de culpabilidad, su verdadero sentido y alcance.

2ª.— Paralelamente se ofrece un reforzamiento

del principio de legalidad al que ya nos hemos referido, constitucionalizado en nuestra Carta Magna (art. 25 y 9.3), que exige una precisión, lo más perfecta posible, de los tipos penales, fuera de toda ambigüedad y, complementariamente, la adopción del sistema de "crimina culposa", al que todavía no alcanza la ley de 1983, pero que implantó el proyecto de 1980.

3ª.— El principio de culpabilidad es otro de los presupuestos básicos de la reforma, superando así viejas deficiencias del Código penal que se vienen arrastrando desde hace muchos años. En este sentido la reforma de 1983 debe ser suficiente para eliminar todos los supuestos de responsabilidad por el resultado en función de la modificación que se lleva a cabo en el artículo 1º del Código penal, debiéndose afirmar que la interpretación del mismo, ha de orientarse a corregir todas las violaciones posibles al principio contenidas en la parte especial.

En mi opinión la culpabilidad, entendida como expresión de la libertad de decisión de la persona humana, con todos los condicionantes que en cada caso puedan concurrir y que el Derecho debe también tener en cuenta, debe ser la base de la reprochabilidad que es, en definitiva, el juicio de valor negativo, de naturaleza ético-social, que hace el juez frente al delincuente. Si no partimos de las ideas de libertad en el comportamiento, aunque sea relativa, y de una tabla de valores comunitarios, democráticamente establecidos, a la que se asocian, en su caso, los correspondientes reproches sociales que el juez actualiza, no veo como puede construirse el Derecho penal.

4ª. Es muy importante que el intérprete de la

ley de 25 de junio de 1983 sitúe la reforma en el actual contexto histórico como una avanzadilla, exactamente igual que en este sentido quiso ser la de 1982 en la que trabajé de manera activa, de la de 1980, a pesar de las deficiencias que en puntos concretos tiene y, entre ellas, las manifestaciones de responsabilidad por el resultado infiltradas en la parte especial y no aisladamente, aunque, en todo caso, fueran corregibles merced a la definición de delito de la parte general.

5ª.— Mientras la reforma total llega, es importante que todos nos conciencemos de la finalidad esencial perseguida con la reforma de 1983 que, en este sentido, a mi juicio, no ofrece ninguna duda. Es decir, la ley quiere que exista una absoluta, total e incondicionada correspondencia entre la culpabilidad y el resultado, dentro del marco establecido por la norma, debiendo bastar que el sujeto acepte las consecuencias, cualesquiera que sean, de un hecho para que la relación se dé (por ejemplo, en las lesiones —pensemos en el llamado dolo eventual—) o, que hubiera debido claramente preveerlas (imprudencia grave).

6ª.— Finalmente hay que destacar que el principio de proporcionalidad de las penas es otro de los puntos claves de la reforma. De ahí la necesidad que ha tenido el legislador de llevar a cabo una profunda alteración en el sistema punitivo de algunos de los delitos contra la propiedad donde acaso resaltaba más el desfase entre el delito y la pena por el especial relieve dado a las cuantías, por su automatismo y por el bajísimo techo fijado por el legislador a la cantidad máxima, lo que venía a constituirse en un elemento criminógeno indiscutible.

III. LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

1. Principios básicos

En primer lugar prevalece la finalidad, ampliamente compartida, de terminar, en lo posible, con el sistema de cuantías (12) al que acabamos de referirnos, en los delitos de robo con fuerza en las cosas, hurto y estafa (y apropiación indebida), aunque se mantiene la frontera por razón de la cantidad únicamente para la separación entre los delitos y las faltas: 30.000 pesetas, a la que más adelante nos volveremos a referir y para distinguir en el robo las dos modalidades que sobreviven. Las ulteriores agravaciones de la pena dependerán de la concurrencia de las circunstancias descritas en los correspondientes artículos a los que muy pronto vamos a hacer referencia.

El organigrama, con algunas especialidades, es común a las tres modalidades de delito a las que ya hemos hecho referencia, debiendo destacarse que el cambio operado es sustancial: Primero hay que tener en cuenta la naturaleza y los perfiles de la culpabilidad y segundo partir de la superación del sistema de cuantías, salvo en casos excepcionales, y partir del dato esencial de las circunstancias que concurren.

Enseguida veremos las dificultades que el nuevo sistema plantea y las formas que a mi se me ocurren de resolverlas y que, como siempre, tratare de exponer y de someter al superior criterio de los lectores o auditores. Como ya expusimos, la reforma trae causa del proyecto de 1980. En este Proyecto, dice el Prof. Rodríguez Devesa, (13) se conservan

(12) Exposición de motivos del Proyecto y de la Ley.

(13) Rodríguez Devesa, José M^a, *Derecho penal español*. Parte Especial, Madrid, 1980, págs. 371 y ss.

como delitos contra el patrimonio los de hurto, robo, uso indebido de vehículos de motor, extorsión, usurpación, las defraudaciones (estafa, apropiación indebida, defraudaciones de fluido eléctrico y análogas), receptación, usura y daños. Los de incendios y estragos se trasladan al título VII, (delitos contra la seguridad colectiva) y los de insolvencia punible, infracciones de la propiedad industrial y derechos de autor, maquinaciones para alterar el precio de las cosas y cheque en descubierto al libro II, título VIII donde bajo el equívoco epígrafe de “delitos contra el orden socio-económico”, dice Rodríguez Devesa, se reúnen con otros traídos de diferentes lugares.

Como esta reforma parcial mantiene la sistemática del Código vigente resultarán, sin duda, mayores inconvenientes en su aplicación porque el peso de la estructura actúa mucho más cuando, como en este caso, las paredes maestras se mantienen que cuando se trata de un edificio de nueva planta y en esta reforma, como ya hemos anunciado, la modificación del artículo 1º nos parece de tan capital importancia que o sobre él se hace pivotar el cambio, a pesar de mantenerse inalterada casi en su totalidad la parte especial, o las consecuencias serán mínimas y, en ocasiones, contraproducentes. Por ello hay que confiar que el esfuerzo extraordinario de la doctrina científica y de la jurisprudencia sea capaz de dotarnos de un instrumento más eficaz para la realización de la justicia.

2. El robo con fuerza en las cosas, el hurto, la estafa y la apropiación indebida

Como bien sabemos en el Código penal hasta ahora

vigente, la aplicación de las penas a los delitos a los que se refiere el epígrafe exigía, aparte de algunas especialidades en las que no vamos a entrar, las siguientes tres operaciones escalonadas: 1ª Subsumir el hecho declarado probado en alguno de los tipos penales descritos por el legislador, a través de los tipos básicos y de los complementarios. 2ª Determinar la cuantía económica del delito, mediante la correspondiente valoración de la prueba pericial practicada, salvo cuando el objeto consistía en dinero o en su equivalente, en el que el tipo venía ya precisado de antemano y 3ª Aplicar la pena en virtud de las circunstancias concurrentes, entendida la expresión en un sentido amplio que incluye el grado de perfeccionamiento del delito, el de participación y las circunstancias propiamente dichas, modificativas de la responsabilidad criminal.

Veamos como habrá de procederse con el nuevo sistema: 1º Determinar, por supuesto, si el hecho es subsumible en los artículos 504, (robo con fuerza en las cosas), 514, (hurto), 528, (estafa) y 535, (apropiación indebida), en función de las correspondientes descripciones legales que han mejorado notablemente con la reforma al haberse llevado a cabo un proceso clarificador en relación con el delito de hurto al eliminar de esta figura supuestos que no eran realmente constitutivos de tal delito o que no eran merecedores de especialidad y al describirse la estafa, siguiendo la orientación del Prof. Antón Oneca (14), a través de sus específicos caracteres, abandonando el perjudicial casuismo del Código penal. A estas descripciones nada hay que reprochar en principio salvo que, en mi criterio, debió haberse configurado el delito de robo en función

(14) Antón Oneca, José, *Derecho penal II*.

de una identificación con la violencia o intimidación en las personas y haber mantenido dos especialidades de hurto, con o sin fuerza en las cosas. Sin tiempo para desarrollar el tema me remito a las correspondientes monografías y estudios. 2º Comprobar si concurre alguna o algunas de las circunstancias que recogen los artículos 506 para el robo, 516 para el hurto y 529 para la estafa y la apropiación indebida, (en este último caso en la medida en que pueden ser de aplicación, tema muy importante, tal vez poco meditado pero en el que no vamos a entrar). Pero con una particularidad que quisiera someter a crítica: Todas las circunstancias que ofrecen los artículos citados y que tienen una especial significación (a mi juicio no son circunstancias agravantes sino conformadoras de tipos agravados, lo que es distinto), han de ser aplicadas en función del art. 1º del Código penal según la reforma es decir en función de la culpabilidad en los términos en que tal precepto está redactado y lamento que en los debates parlamentarios no se hubiera profundizado más en tan importante problema. Es decir, si una persona roba a otra, económicamente en posición difícil, ciento cincuenta mil pesetas, dejándola en grave situación económica (art. 506.9), ha de ser imprescindible para que la circunstancia actúe, que el sujeto activo del delito conociera ese resultado o que, al menos, hubiera debido conocerlo al ser por ej. la víctima un modesto cobrador de recibos. Lo mismo podemos decir respecto al dato de la especial gravedad, atendido el valor de los efectos sustraídos o a la producción de perjuicios de especial consideración a los que se refiere el art. 516 respecto del hurto o, en general, a la circunstancia de recaer el delito sobre cosas de valor histórico, cultural o artístico que se contempla para el robo (art. 506.7),

y para el hurto (516.2), pero no incorporada, incomprensiblemente para nosotros, a la estafa ni por consiguiente a la apropiación indebida (art. 529). En resumen, si se me permite la expresión que he utilizado otras muchas veces, no cabe que se den sorpresas en el Derecho penal para el delincuente ni en relación al tipo básico ni en relación a las circunstancias complementarias porque solo a través de la certeza se hace realidad el principio de legalidad. Solo si el infractor abarcó dolosamente o, al menos, culposamente, (con imprudencia grave) la existencia del complemento agravatorio, naturaleza de las cosas objeto del delito, efectos o resultados etc., se podrá incorporar la circunstancia a la complementariedad del tipo penal básico. Otra solución conduciría a desterrar el sistema de cuantías que, por supuesto, no era bueno por otro tan objetivo, automático y rechazable como aquel. Al menos el sistema de cuantías admitía el correctivo de la preterintencionalidad que repetidamente hemos aplicado en la práctica, circunstancia que desapareció en la reforma de 1980 (art. 9.4), y que sería difícilmente armonizable con los supuestos que vemos examinando (15).

De no entenderse así, la reforma de 1983 daría lugar a supuestos análogos, salvando las distancias, al llamado delito de robo con homicidio que fue precisamente modificado y de manera radical por el Proyecto de 1980 y lo ha sido por la Ley de 25 de junio de 1983 inequívoca demostración de la finalidad del legislador. Está, claro, a mi juicio, que esta es la única interpretación posible. La aplicación de

(15) Torío López, Angel, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código penal*. En *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, cit. 1980.

cualquiera de las circunstancias de agravación, y pedimos perdón por la insistencia, pero el tema es fundamental, que específicamente conforma la nueva Ley, exige que su existencia haya sido de antemano conocida por el autor o, al menos, que hubiera debido conocerla y que, en este último caso, el desconocimiento sea atribuible a culpa lata o grave. No se trata, pues, de que a consecuencia del delito se haya producido tal o cual resultado, es decir, para entendernos, que con motivo u ocasión de un hecho delictivo haya acaecido esto o lo otro o que en las cosas objeto del delito concu- rriera objetivamente determinada cualidad, (por ejemplo cosas destinadas a un servicio público y producción de una grave perturbación del mismo, (art. 506.6) sino que es absolutamente imprescindible que el autor conociera dicho destino y previera o debido prever la grave perturbación. Y así en todos los supuestos. Si no fuera esta la interpretación ortodoxa, que a mi entendimiento lo es, estimo que no solo no habríamos avanzado nada sino que incluso pudieramos hablar de retroceso, lo que atendida la finalidad de la ley, explicitada en la Exposición de motivos conduciría al absurdo. Por eso el tema es, en mi opinión, tan importante. El intérprete debe por consiguiente buscar la razón de ser del cambio a través del proceso parlamentario y de la exposición de motivos a la que nos acabamos de referir. La actividad judicial, y naturalmente la doctrinal o científica, ha de desempeñar en estos próximos meses un papel verdaderamente trascendente, pues los Tribunales han de ser quienes fijen las piedras angulares de la reforma que, además, pueden y deben servir de punto de observación para la reforma total que se nos anuncia como relativamente inmediata y

en este sentido la presencia de la Universidad es fundamental con la organización de cursos y mesas redondas donde los temas puedan debatirse en profundidad y otro tanto debemos decir del Consejo General del Poder Judicial y de la Escuela Judicial que estoy seguro, como lo vienen haciendo en todos los campos y con indiscutido éxito, se incorporarán a esta tarea de facilitar la comprensión de la reforma penal. 3º Aplicar las penas en función de las circunstancias concurrentes, lo que no resulta del todo fácil porque la Ley de 1983 no es tampoco del todo clara (como tampoco lo fue en este sentido el proyecto de 1982). Veamos los problemas que se plantean y los posibles caminos de solución, en mi modesta opinión.

Veamos, en concreto, como ha de actuarse, en mi modesto criterio, en cada uno de los delitos que están siendo objeto de estudio en este trabajo:

A. — El robo con fuerza en las cosas

a) Comprobar la cuantía o valor de lo robado para determinar en su primera fase la pena a imponer: Si no excede de 30.000 pesetas arresto mayor y prisión menor en los demás casos (art. 505.1).

b) Constatar si concurren alguna o algunas de las circunstancias a las que se refiere el art. 506. Si concurre alguna de ellas se impondrá la pena en un grado máximo (art. 505.2); si la 1ª junto con la 2ª, 3ª ó 4ª podrán (es decir, se trata de una opción) aplicarse las penas superiores en grado. (art. 506 últ. pf.) ¿Y si concurren dos o tres que no formen el grupo acabado de señalar?. A mi juicio, una debe formar el tipo agravado y las demás actuar como ordinarias, debiéndose imponer la pena con arreglo a las reglas generales.

c) Si, además, concurren alguna o algunas de las circunstancias agravantes de las tipificadas en el art. 10, siempre que no contemplen situaciones análogas (es decir siempre que el contenido de las genéricas no sea idéntico o similar al de las específicas, por ejemplo, la reincidencia (nº 15) se aplicará la pena conforme establece el Código penal, de acuerdo naturalmente con la reforma de 1983, es decir dentro del grado máximo se aplicará el medio o máximo (art. 61.2), si actúa una o el máximo, (art. 62.2. in fine) si varias. Si no concurren agravantes genéricas, dentro del máximo que corresponde a la agravación específica, se impondrá la pena en sus grados mínimo o medio (art. 61.4) (V. también artículos 56, 57, 73 y cc).

d) Si no concurren agravantes específicas, pero sí genéricas, se aplicarán las penas con arreglo a las normas generales (16).

B. — Hurto

a) Comprobar la cuantía para determinar si el hecho es delito o falta (art. 515: Si el valor de lo sustraído excediere de 30.000 pesetas, delito, en los demás casos, falta. Téngase en cuenta que la reincidencia no transforma ya las faltas en delitos. (art. 587 conforme a la Ley de 1983). La novedad tiene su origen en el Proyecto de 1982. La pena procedente es la de arresto mayor.

b) Investigar si concurren circunstancias de agravación previstas en el art. 516 para proceder confor-

(16) Debe ponerse especial cuidado en que no pueda jamás duplicarse una circunstancia de agravación. En caso de duda debe dejarse de aplicar.

Ruiz Vadillo, Enrique, *Lecciones de Técnica Judicial penal*, Prólogo del Prof. Rodríguez Devesa, Universidad de Deusto.

me al art. 515. Si concurre una, habrá de imponerse la pena de arresto mayor en su grado máximo, si dos o más, o una muy cualificada, la pena será de prisión menor sobre la cual se actuará después conforme a las reglas generales.

c) Si concurren circunstancias de agravación del art. 10, especialmente la reincidencia, me parece que lo procedente es aplicar la pena conforme a las reglas generales, es decir si concurre una, en sus grados medio o máximo (art. 61.2), si varias en el máximo, (art. 61.2 in fine) y si no concurren ni agravantes ni atenuantes conforme a las reglas generales, en el grado mínimo o medio (art. 61.4). Por supuesto en cuanto a las eximentes incompletas y atenuantes se aplicarán también las reglas generales, pero insistiendo en que las agravantes genéricas para poder ser aplicadas no deben contener ningún elemento que haya servido para formar la específica.

C. — Estafa y apropiación indebida

a) Comprobar la cuantía para determinar la naturaleza de la infracción: delito o falta, de acuerdo con lo que ya hemos indicado para el hurto (art. 529). La pena será de arresto mayor (art. 528, pf. 2).

b) Si concurriere solo alguna de las circunstancias del art. 529 la pena será la de arresto mayor en su grado máximo (art. 528 últ. pf.). Si concurrieren dos o más circunstancias de las expresadas en el art. 529 o una muy cualificada la pena será de prisión menor. Si concurrieren la primera o séptima con la octava, la pena será de prisión mayor.

El problema que se plantea y al que ya hemos hecho referencia se produce cuando concurren tres

circunstancias de agravación específicas o más. Se impone, desde luego, la pena de prisión menor conforme señala la ley ¿Pero en qué grado?. ¿Puede ser incluso en el mínimo? A mi juicio, aunque la interpretación que patrocino tiene sus inconvenientes, el juez debe formar la pena-tipo al supuesto agravado con una de las circunstancias o con dos, según los casos y dentro de ella actuar después, conforme a las reglas generales.

c) Si concurren circunstancias de agravación (art. 10), o de atenuación (art. 9), habrá que proceder conforme a las reglas generales de aplicación de penas, de acuerdo con las indicaciones que hemos expuesto con anterioridad.

d) Obsérvese que en este caso existen circunstancias específicas ordinarias y extraordinarias y que el tratamiento penal es más severo que en el propio delito de robo lo que sin duda se hace, y parece bien, pensando en la llamada delincuencia económica o de los negocios.

3. Conclusiones

1ª.— La redacción de algunos de los preceptos a los que acabamos de referirnos hubiera debido puntualizar más en algunos extremos que quedan, como ya hemos visto, confusos, especialmente en el juego de las circunstancias. Las circunstancias de agravación en los delitos contra la propiedad citados (utilizamos ahora la expresión circunstancias en un sentido muy amplio), pueden revestir el carácter de: A) *Específicas*. Dentro de ellas pueden distinguirse, a) Calificadas, por decisión legislativa y por acuerdo judicial que debe ser, a mi juicio, expreso y motivado y susceptible de recurso y b) No calificadas. A

su vez dentro de las cualificadas o calificadas, los dos términos me parecen suficientemente expresivos, existe algunas especiales y B) *Genéricas*, del artículo 10.

2ª.— El problema consiste en saber como se conjugan unas y otras ¿Cuándo concurren varias específicas o una muy cualificada y se sube la pena al grado inmediatamente superior, debe el juez actuar con pleno arbitrio y poder recorrer la pena en toda su extensión; o ha de imponerla en su grado mínimo o medio, o debe, establecida la pena tipo, utilizar las demás circunstancias para agravar, imponiendo el grado máximo, cuando proceda? ¿Y las genéricas?. Nosotros, a título provisional y en espera de nuevas reflexiones y de las enseñanzas de la doctrina jurisprudencial y científica, ya hemos dejado constancia de nuestro punto de vista.

3ª.— Todas las circunstancias agravantes, específicas, en cuanto integradoras del tipo penal al que acompañan y dan vida, han de resultar no solo acreditadas como el hecho mismo del que forman parte, conforme a reiterada jurisprudencia, sino también, de acuerdo con la Ley de 25 de junio de 1983, ha de probarse que el sujeto del hecho delictivo conocía su existencia o preveyó sus consecuencias y las quiso o las despreció (dolo directo o eventual respectivamente), o, al menos, que pudo y debió conocerlas (atribución culposa, a título de grave culpabilidad). Solo así, y de ello hemos insistido acaso con exceso, puede alcanzar su plenitud la reforma del art. 1º del Código penal y conseguir su trascendente significación jurídica.

4ª.— Resulta imprescindible hacer un estudio en

profundidad de las circunstancias de agravación genéricas que ofrecen algunos rasgos comunes con las específicas. En caso de duda no debe apreciarse la agravación y estando incierto si ha de apreciarse como específica o genérica ha de optarse por esta última condición, por ej. en el abuso de superioridad, por su menor relieve.

5ª.— Como las circunstancias de agravación específicas no son otra cosa que elementos complementarios integradores del tipo, si concurren circunstancias de atenuación (dos o más o una sola muy calificada) (art. 61.5), que hacen posible la imposición de la pena en uno o dos grados a la señalada, aplicándola en el grado que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias, el Tribunal podrá hacer uso de esta facultad aunque concorra alguna de tales circunstancias que, volvemos a repetir, son integradoras del tipo y no agravantes en el sentido estricto del término.

6ª.— Es más, en otras ocasiones he mantenido y sigo manteniendo que el juego armónico de las reglas 3ª y 5ª del art. 61 conduce a permitir que concurrendo agravantes y atenuantes, el Tribunal pueda primero compensar y después, si a consecuencia de la compensación han sobrevivido atenuantes, usar del arbitrio que la última de las reglas le concede y bajar la pena en uno o dos grados (17).

(17) Ruiz Vadillo, Enrique, *La atenuante por analogía en el Código penal español, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Rev. de Información Jurídica del Ministerio de Justicia. Julio-Septiembre 1971.

IV. EXAMEN DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS

1. Cuadro general (18)

Examen conjunto de las circunstancias de agravación específicas de los delitos de robo con fuerza en las cosas, hurto y estafa:

<i>Robo.</i> (art. 506) (19)	<i>Hurto.</i> (art. 516) (20)	<i>Estafa.</i> (art. 529) (21)
Llevar armas u objetos peligrosos, (1)		
Casa habitada o sus dependencias. (2)		
Asalto tren, buque, etc. (3)		
Contra oficina bancaria mercantil, etc. (4)		

(18) El Prof. Fernández Albor ha puesto de relieve las consecuencias tan negativas como se producen en el campo de la interpretación penal en orden a la sistemática utilizada y la selección de los correspondientes tipos penales, observaciones de especial interés y que son por supuesto generalizables y trasladables a los problemas objeto de este trabajo. (*Política criminal del delito fiscal*. En *Estudios penales y criminológicos*, V, Universidad de Santiago).

(19) En orden a los arts. 505 y 506 en relación con lo que nos interesa podemos señalar los siguientes datos del trabajo parlamentario: Al art. 505 se presentó la Enmienda 90, (Grupo Popular interesando se añadiera la referencia al valor agravatorio de las circunstancias del art. siguiente en términos semejantes a los arts. 515 y 528. El tema quedó resuelto y la Enmienda retirada. En cuanto al art. 506, la E. 140, (G. Centrista) propuso la inclusión de la circunstancia de agravación de llevarse a cabo el delito en edificio destinado al culto.

La E. 91, (G. Popular) interesó la supresión del n° 1, últ. pf. del 4, (o contra la persona que los custodie o transporte), 6, incisos 1 y 9, así como el últ. pf. El n° 3 debe redactarse así: Cuando se cometa en tren, buque o aeronave. En la Justificación se decía: El Proyecto, influido por la anterior redacción, aplicable al robo del 501 y del 504

Edificio público o sus dependencias (5)		
Cosas destinadas a un servicio público (6)	Lo mismo. (1)	
Cosas de valor histórico, cultural o artístico (7)	Lo mismo. (2)	
Revestir especial gravedad (8)	Lo mismo. (3)	Lo mismo. (7)
Colocar a la víctima o a su familia en grave situación económica (9)	Lo mismo. (4)	Lo mismo. (5).

no tiene en cuenta que se trata ahora de agravaciones solo aplicables al robo con fuerza en las cosas en que no hay enfrentamiento de persona a persona. No es posible pues que se cometa contra persona que los custodie o transporte, (nº 4) ni asaltando, (nº 3) y si se mantiene la agravación para el automóvil llegaríamos al absurdo de agravar el robo de objetos del interior de un vehículo aparcado. En cuanto al nº 6 si se mantiene sin reformar el art. 249 no tiene razón de ser, respecto al nº 9 la primera parte parece querer agravar un delito cualificado por el resultado prescindiendo de la culpabilidad del sujeto y el abuso de superioridad figura en el art. 10.8. Es de señalar que vistos los núms. 2, 3, 4 y 5 será difícil encontrar robos que no resulten agravados.

La E. 314, (Grupo Vasco P.N.V.) trataba de suprimir el nº 3. El asalto, se decía, hace referencia a una dinámica violenta contra las personas y carece, en consecuencia de fundamento como agravante específica de los robos con fuerza en las cosas.

La E. 46, (Grupo Popular) solicitaba la adición en el nº 5 de la expresión "o destinado al culto". Si reviste especial gravedad el delito en edificio público también la tiene en edificio destinado al culto.

La E. 261, (G. Mixto) pide la supresión de las circunstancias 5, 6, 7, 8 y 9. Estas nuevas agravantes, se decía, no encuentran un serio fundamento político-criminal al margen de una injustificada exacerbación del defensismo, léase huida, del Derecho penal. Estas circunstancias no tienen que ver con la problemática de la delincuencia patrimonial de robo ni tampoco con una agravación no retributivo-defensista del hecho. En todo caso resulta inadmisibile, se decía, la agravante 8ª para la que son más que suficientes las reglas del art. 61, especialmente la 4ª al igual que en relación a las otras cuya supresión se propone.

.....	Alteración de sustancia, calidad, etc., de cosas de primera necesidad. (1)
.....	Simulación de pleito u otro fraude procesal. (2)
.....	Abuso de firma en blanco. (3)
.....	Destrucción, daño, ocultación de cosa propia, agravación de lesiones para defraudar. (4)
.....	Supuestas influencias o remuneraciones. (5)
.....	Afectar a múltiples perjudicados. (8)

La E. 47, (G. Popular) proponía la adición en el art. 506.7 de la expresión "o religioso", por las razones apuntadas en la E. 46.

La E. 48, (G. Popular) pedía la supresión de la circunstancia 8 del art. 506. Los conceptos de especial gravedad y especial consideración, se indicaba en la justificación, suponen una inseguridad jurídica que debe ser desterrada de cualquier ley penal. No parece pues necesario introducir nuevas agravantes a los siete números anteriores.

La E. 49, (G. Popular) interesaba la supresión del nº 9 del art. 506 Justificación: El abuso de superioridad está considerado en nuestro Código como agravante genérica y es contrario a toda buena técnica penal la introducción de agravantes específicas en cada uno de los tipos. La redacción presenta dos graves defectos: El incurso inicial impone la agravación atendiendo a una cualificación objetiva que normalmente estará fuera del ámbito de la previsión del agente y que contraría al principio confesado por el proyecto de desterrar los vestigios de responsabilidad objetiva. El inciso final se considera innecesario en cuanto ya está contemplado en la relación de agravantes genéricas del art. 10.

En el Senado se presentaron las siguientes Enmiendas en relación a los artículos 505 y 506 en cuanto aquí nos interesa:

E. 32, (Grupo Popular), se refería a la adición de un párrafo relati-

En resumen: Dos circunstancias son comunes a las tres figuras y cuatro a dos. El robo ofrece nueve circunstancias, el hurto, cuatro y la estafa, ocho.

vo a la punición sobre lo que no hay necesidad de insistir por haberse resuelto la dificultad que indicaba.

La E. 33, (G. Popular) pretendía la adición al art. 506.5 de la expresión "o destinada al culto" porque la gravedad del delito no debe reducirse sólo a los edificios públicos.

La E. 34, (G. Popular) pretendía la adición al 506.7 de la expresión "o religioso" porque, a su juicio, parece lógico proteger especialmente los bienes religiosos.

La E. 35, (G. Popular) pretendía la supresión de los apartados 8 y 9 del art. 506 porque las circunstancias agravantes que en ellos se mencionan resultan innecesarias y suponen una gran inseguridad jurídica.

(20) En cuanto a los arts. 515 y 516 en las zonas que aquí interesan tenemos lo siguiente en el Congreso de los Diputados:

La E. 345 se refería al art. 515 en cuanto a la procedencia de establecer la pena en su grado medio o mínimo.

La E. 262, (G. Mixto) pretendía la supresión del texto del proyecto y que quedara sin contenido el art. 516, con la misma motivación que la E. 261 al art. 506.

La E. 92, (G. Popular) pidió la supresión del primer inciso del nº 1 del art. 516, a no ser que se reforme el art. 249.

La E. 281, (G. Minoría Catalana) pretendía que el art. 516.2 dijera: El Tribunal podrá castigar con la pena inmediatamente superior en grado a la señalada en el artículo anterior al hurto cometido, atendidas las circunstancias del hecho, cuando el culpable fuere dos o más veces reincidente en dicho delito. Justificación: El tratamiento con el mismo tipo de pena, cuyo tiempo máximo es de seis meses para todo tipo de hurto, con independencia de la cuantía de la cosa sustraída, podría llevar en la práctica a la comisión frecuente de este tipo de delitos por parte de un mismo reo, provocando con ello situaciones de indefensión a la sociedad. Parece, pues, prudente otorgar a los jueces de forma explícita para estos casos la posibilidad de una corrección ejemplar para aquellos actos de especial gravedad sin las limitaciones que la redacción actual del capítulo impone.

La E. 50, (G. Popular) pedía la supresión del art. 516.3 por la misma razón que en la E. 48.

La E. 51, (G. Popular) interesaba la supresión del nº 4 del art. 516 con igual justificación que la del art. 506.9. (E. 49).

En el Senado se presentaron estas Enmiendas:

2. Breve estudio de las mismas

1ª.— Llevar armas u otros objetos peligrosos. (De aplicación al robo con fuerza en las cosas, art. 506.

E. 37, (G. Popular) sobre el art. 515 para volver al sistema de cuantías.

E. 39, (G. Popular) de supresión de los núms. 3 y 4 del art. 516 y del nº 5 del art. 529.

(21) En relación con los arts. 528 y 529 hemos de señalar lo siguiente en cuanto al Congreso de los Diputados:

La E. 143, (G. Centrista) proponía la siguiente redacción para el art. 528: "El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de título obligatorio será castigado con la pena de arresto mayor si el valor de lo sustraído excede de 25.000 pesetas. Si concurren dos o más circunstancias de las expresadas en el artículo siguiente o una muy calificada la pena será de prisión menor".

La E. 263, (G. Mixto) pedía la supresión de los términos "muy calificada" porque genera confusión con las reglas del art. 61 sobre agravantes genéricas y porque no está justificado el trasplante a la parte especial de un instituto como el de las atenuantes muy calificadas del art. 61.5 a las agravantes del art. 528. Político-criminalmente tampoco parece correcto establecer aquí ese nuevo margen al arbitrio judicial.

E. 346, (G. Mixto) Se propone modificar el tope cuantitativo a 50 mil pesetas, así como modificar el 2º inciso del pf. 2º en el sentido siguiente: Si concurre alguna de las circunstancias prevenidas en el artículo siguiente se impondrá la pena en su grado máximo. Si concurren dos ó mas de tales circunstancias o una muy calificada, la pena será de prisión menor en grado mínimo o medio. Si concurren las circunstancias 1 ó 7 con la 8 la pena será de prisión menor en grado máximo o de prisión mayor en grado mínimo o medio. Se trata de armonizar el conjunto de propuestas en orden a los delitos de robo, hurto y estafa, asegurando también, en el caso de la estafa, que la pena prevista, salvo en el caso excepcional de las circunstancias 1ª ó 7ª con la 8ª, en que la agravación está perfectamente justificada, no exceda, en principio del tope de los cuatro años y dos meses.

E. "in voce", (G. Mixto) Art. 529.2. Sustituir la expresión "con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal análogo", por "Cuando se realice por medio de fraude procesal". La expresión simulación de pleito, se dijo, es confusa. Se puede entender de dos maneras:

1).— Naturalmente que en este delito no puede haber alevosía al no constituir una infracción contra las personas (art. 10.1). Tampoco es compatible con la 12ª en su primera parte porque si los que auxilian

simulación de pleito es cuando se inventa la existencia de un pleito que no ha existido, cuando se engaña a una persona diciendo que ha habido o que hay un pleito y cuando en realidad este pleito no ha existido, pero también se puede entender de otra manera que es cuando realmente se tramita un pleito pero el pleito está amañado entre las partes. Creo, continuó diciendo, que el proyecto a lo que se refiere y dirige es a este segundo supuesto, a cuando se engaña a una persona llevando a cabo un pleito, pero pleito amañado. Por eso, decía el enmendante, creo que es confusa la expresión tal como está en el proyecto. Esto suena un poco a la expresión de simulación de delito del art. 338. En este caso no existe delito, lo que pasa es que se inventa, valga la expresión, la existencia de delito. Por eso la Enmienda proponía esta redacción: "Cuando se realice por medio de un fraude procesal —que obviamente engloba el pleito simulado— u otros fraudes análogos".

La E. 282, (G. Minoría Catalana) proponía para el nº 2 del art. 529 esta redacción: Cuando se realice con simulación de pleito, expediente o empleo de otro fraude procesal o administrativo análogo". Justificación: Junto al clásico supuesto de la simulación de pleito o de fraude procesal análogo, consideramos oportuno añadir la simulación de un expediente administrativo o de cualquier fraude en este orden, dada la importancia que tienen hoy día los trámites administrativos en algunos de los cuales el ciudadano defiende intereses muy elevados.

E. 93, (G. Popular) interesaba la supresión del nº 5 del art. 529 por las mismas razones expuestas en relación con el nº 9 del art. 506. (En igual sentido la E. 52 del mismo Grupo Parlamentario).

E. 144, (G. Centrista). En el art. 529.6 se interesa la supresión de las palabras "supuestas influencias".

E. 53, (G. Popular). Se pedía la supresión del nº 8 del art. 529 dada la tipificación expresa que hace el proyecto del delito masa en el art. 69 bis es reiterativo al introducir una agravante en el supuesto de que sean múltiples los perjudicados. Por otro lado el concepto de "múltiples" es ambiguo y conduce a la inseguridad jurídica.

En el Senado tenemos lo siguiente:

E. 37, (G. Popular), ya citada: Volver a las cuantías.

E. 63, (G. Socialista). Adición de un inciso en el segundo párrafo. Si concurre solo alguna...

llevan armas se produce una identidad de supuestos de hecho; en cambio creemos que si puede serlo con el último inciso, es decir con auxiliarse de personas que aseguren o proporcionen la impunidad. También es incompatible con la 8ª porque su existencia supone ya debilitación de la defensa, hablando potencialmente y en términos muy generales.

La redacción es idéntica a la que figuraba en el art. 506.1. El precedente, como dice el Prof. Rodríguez Devesa (22), se encuentra en el Código penal de 1932. No es necesario que use las armas u objetos, es suficiente con la tenencia. En mi opinión si son varios los delincuentes y alguno lleva armas u objetos peligrosos, la agravación es trasladable a todos los que conocieran la circunstancia o hubieran debido conocerla con un mínimo de atención, por aplicación de la teoría de la comunicabilidad de las circunstancias y del contenido del art. 1º del Código (art. 60).

Si no se llevan armas u objetos peligrosos pero se usan porque se encuentran por ejemplo en el lugar del delito, estimo que también es de aplicación la agravante.

En cuanto a los objetos peligrosos deben entenderse como tales todos aquellos instrumentos adecuados para producir un quebranto físico en las personas: navajas, azadones, guadañas, etc. Por armas se entenderán sólo las de fuego, pues las blancas entran, creo, en la expresión objetos peligrosos como acabamos de indicar. Determinar cuando un medio es peligroso o no quedará reservado a la apreciación judicial.

(22) Rodríguez Devesa, José Mª, *Derecho penal español*. Parte Especial, pág. 461.

Por supuesto el uso de las armas frente a una persona, como cualquier tipo de violencia o intimidación en las personas, aunque no entrara en el propósito inicial de los delincuentes, transformará la naturaleza del delito. No es infrecuente que uno o varios individuos salgan a robar “confiando” en que no tendrán que realizar ninguna violencia física o psíquica sobre las personas, pero decididos a utilizarla si hay “necesidad” de ello. Esta circunstancia como otras de este artículo 506, creo que quieren actuar como amenaza general en evitación de que la indicada transformación del delito se produzca: Que de robo con fuerza en las cosas pase a robo con violencia o intimidación en las personas. (V. art. 246.3 del Proyecto de 1980: Ejecutarlos portando armas).

2^a.— Cuando el delito se verifique en casa habitada o en alguna de sus dependencias. (De aplicación al robo; art. 506.2). La redacción solo parcialmente es coincidente con el derogado art. 506.2 al referirse únicamente a la casa habitada y sus dependencias y excluyendo en este punto, (luego veremos porqué), el supuesto de edificio público. Como se mantiene el art. 508 que da una definición auténtica de casa habitada y de sus dependencias y existe, además, una extensa jurisprudencia sobre tal concepto, a ello habrá que atenerse, aunque una vez hemos de señalar que, de conformidad con el art. 1^o a través de lo que yo creo es una interpretación conjunta y especialmente teleológica del precepto, será indispensable que el autor conozca la naturaleza del lugar en que el hecho se realiza, lo que por supuesto, en muchos casos no ofrecerá dificultad alguna. (V. art. 247 Proyecto 1980).

3ª.— Cuando se cometa asaltando tren, buque, aeronave, automóvil u otro vehículo. (De aplicación al robo, art. 506.3).— La posibilidad de aplicarse esta circunstancia de agravación al robo con fuerza en las cosas es remotísima y casi, casi, de laboratorio. Pudiera, incluso, parecer absolutamente incompatible, con este tipo de infracción sobre todo por utilizar la palabra “asaltando” que significa, en principio, acometer repentinamente y por sorpresa a las personas (23). Es decir, aunque el lugar en que se lleve a cabo el delito de robo sea un tren, buque, etc., si falta el “asalto” no es aplicable la agravación. (V. art. 501 últ. pf. y 246.3 del Proyecto de 1980). Su redacción es coincidente en todo con el anterior art. 506.3 por esta Ley de 1983 modificado.

Ahora bien, como las interpretaciones que conducen al absurdo han de rechazarse y no es pensable que se haya querido introducir un precepto carente de toda efectividad y, además, el tema fue objeto de examen y discusión en el Congreso de los Diputados, como se puede comprobar en la correspondiente nota, cabe hacer otro tipo de reflexiones: 1) Asaltar es efectivamente acometer impetuosamente una plaza o fortaleza para entrar escalando las defensas y también acometer repentinamente o por sorpresa a las personas, como los ladrones a los pasajeros en los caminos pero también y figuradamente significa acometer, sobrevenir, ocurrir de pronto alguna cosa, como una enfermedad, la muerte, un pensamiento, etc. Puede pues entenderse que entrar en alguno de los centros a los que se refiere este núm. del art. 506 aparatosamente, venciendo violentamente la resistencia de las cosas, a todo riesgo, con la eventualidad de que se encuentren o no

(23) *Ibidem*, pág. 462.

personas, aunque no las haya, puede ser un supuesto de aplicación de la agravación. 2) Los objetos a los que se refiere el legislador cuando son objeto de este tipo de violencia, (más acusado en los trenes, buques y aeronaves) producen una mayor alarma social que acaso es lo que ha querido destacar el legislador. 3) En todo caso, es verdad que su aplicación será muy excepcional y tal vez quede relativamente inédita, en cuanto a los delitos de robo con fuerza en las cosas, pero no en los cometidos con violencia o intimidación en las personas, por aplicación del art. 501.5 que vamos a comentar en el apartado siguiente.

4ª.— Cuando se cometa contra oficina bancaria, recaudatoria, mercantil u otra en que se conserven caudales o contra la persona que los custodie o transporte. (De aplicación al robo, art. 506.4).— En este caso hay que distinguir: 1) El realizarlo contra una oficina bancaria, recaudatoria, mercantil, etc. en que se conserven caudales y 2) El realizarlo contra la persona que los custodie o transporte. En el primer caso, aplicando los mismos razonamientos que en el apartado anterior, hay que entender que la agravación se refiere al hecho de llevarse a cabo en un centro de esta naturaleza en relación con los caudales que en ella se conservan (contra oficina..., es decir personificación de un objeto). No sería de aplicación la agravación si se descerrajara una maleta de un cliente que está en una ventanilla del banco. En cambio, la segunda parte referida a personas, parece que no tiene aquí ninguna aplicación, ni con el correspondiente esfuerzo interpretativo, al robo con fuerza en las cosas. Ahora bien, el art. 501.5 según la Ley de reforma que venimos comentando dice: El culpable de robo con violen-

cia o intimidación en las personas será castigado... Con la pena de prisión menor, en los demás casos, salvo que por razón de concurrencia de alguna de las circunstancias del art. 506 corresponda pena mayor con arreglo al art. 505 en cuyo caso se aplicará este, lo que evidentemente da solución a supuestos que todos hemos vivido en la práctica y que habrían de resolverse sin lógica alguna y da sentido a la reforma. Al menos este fue el propósito del Proyecto de 1982.

5ª.— Cuando se verifique en edificio público o en alguna de sus dependencias. (De aplicación al delito de robo, art. 506.5).— Lo que hace el legislador en este caso es dotar de menor relieve punitivo a esta circunstancia en relación con la casa habitada, pues así como realizar el delito en esta última, constituye un dato de especial significación que permite la elevación en grado de la pena, el edificio público juega como dato agravatorio específico ordinario. Por lo demás es aplicable la jurisprudencia relativa al art. 506.2 antes de su reforma. (V. art. 246.1 del Proyecto de 1980 que no distinguía ambas categorías). Vale, desde luego, lo que anteriormente indicamos —la observación es absolutamente generalizable— en relación con la necesidad de que el culpable abarque la condición o naturaleza del lugar donde lleva a cabo el delito.

6ª.— Cuando se trate de cosas destinadas a un servicio público produciéndose una grave perturbación del mismo o de cosas de primera necesidad, cuando se produzca una situación grave de desabastecimiento. (De aplicación al robo, art. 506.6) y al hurto, art. 516.1).— En el mismo apartado se contemplan pues, dos supuestos, en cada uno de los cuales se ha-

ce referencia a determinadas "cosas" y se exige una concreta consecuencia: 1) Cosas destinadas a un servicio público, si se produce una grave perturbación del mismo y 2) Cosas de primera necesidad, si se produce una situación grave de desabastecimiento.

Servicio público es el telegráfico, telefónico, las comunicaciones, la depuración de augas, etc. etc. y por supuesto, el hospitalario. Será pues necesario que el robo o hurto recaiga sobre una cosa material afectada al servicio público, directamente, (no por ejemplo un brasero eléctrico destinado a un empleado de los ferrocarriles) y que se produzca una perturbación de dicho servicio que tiene que ser grave. La gravedad será algo que determinará en cada caso el juzgador. Por ejemplo sustraer una ambulancia destinada al transporte de enfermos en Urgencias. Pero se trata, repetimos, de un concepto abierto.

Cosas de primera necesidad lo son los artículos alimenticios, los carburantes, el agua, el carbón, etc. En este caso es indispensable que se produzca una grave situación de desabastecimiento. En general será la Autoridad administrativa quien esté en mejores condiciones para informar al Juez o Tribunal en este sentido. Todo cuanto hemos dicho para el primer supuesto es ahora repetible para las cosas de primera necesidad.

Aunque sea insistir, una vez más, hay que recordar que será imprescindible que el sujeto activo del delito conozca los correspondientes supuestos de hecho y las consecuencias respectivas (dolosa o culposamente, en este último caso con culpa grave): La adscripción de las cosas sustraídas al servicio público o la condición de primera necesidad de las mismas, dato que no será difícil que se dé y la consecuencia: la grave perturbación o el desabastecimiento también

grave (más problemático) respectivamente. Si un ladrón entra en unos almacenes de Renfe y se lleva fundamentalmente chatarra y, además, una pieza básica para el servicio ferroviario, solo será de aplicación la agravante, probando que conocía o pudo conocer la naturaleza (en líneas generales, no, por supuesto, de manera detallada) de dicha pieza. De ahí la preocupación que, de manera tan insistente, se dejó sentir en las Cortes Generales ante el temor de que se introdujeran cualificaciones objetivas que normalmente están fuera del ámbito de previsión del agente y que contradecirían el propósito confesado por el proyecto de desterrar todos los vestigios de responsabilidad objetiva. Si frente a tales preocupaciones de nuestros parlamentarios se mantuvo la redacción no es por otra razón, al menos yo así lo veo, que por la de no ser esta la interpretación que ha de darse a tales expresiones, condicionadas todas por el artículo 1º del Código penal.

Digamos por último que aunque se dieran los dos supuestos: Destino a un servicio público y ser artículos de primera necesidad o hubiera entre las cosas sustraídas cosas de una y otra especie, sólo se aplicará una agravante. La inclusión de varias circunstancias en un mismo número, aunque sean individualizables, debe determinar, a mi juicio, esta consecuencia favorable para el reo.

7ª.— Cuando recaiga sobre cosas de valor histórico, cultural o artístico. (De aplicación al robo, nº 7 del art. 506 y al hurto, nº 2 del art. 516).

En primer lugar nos llama la atención que la agravación no se extienda a las estafas (y apropiaciones indebidas), cuando es este delito el cauce por el que se ha producido una importante expoliación

de nuestro tesoro artístico nacional. La Constitución se refiere a esta protección en el art. 46 y el Proyecto 1980 lo incluía en los arts. 239.1, 242.4, (por referencia al anterior), 245, 258.1, 278.5 y 378.3.

La expresión procede, como señala el Prof. Rodríguez Devesa (24), de la Base 16, art. 1º del Proyecto de 4 de julio de 1961 que pasó a ser la 15 del art. 1º de la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961. La acertada observación que el ilustre Prof. hacía a la agravación en el sentido de que estos objetos tenían ya su reflejo en el correspondiente valor económico, sigue teniendo hoy vigencia, aun atendido el cambio operado en el sistema con los adecuados temperamentos.

Parece claro que no hay necesidad de ninguna previa declaración del interés histórico o artístico, pero sí de que tal circunstancia sea conocida por el autor del delito.

Esta agravación creemos que no es compatible con la nº 8, pues si se agrava el delito por la naturaleza de las cosas es precisamente por su superior valor que, en definitiva, incidirá en su precio desde el punto de vista económico, como acabamos de ver. En cuanto a los daños a los que se refiere el nº 8 si hay compatibilidad pues, a mi juicio, la reforma se refiere, con acierto, a los daños que podemos llamar colaterales a la sustracción. Por ejemplo para retirar un cuadro valioso de un Museo o de una Iglesia se producen daños de especial consideración.

8ª.— Cuando revistiere especial gravedad, atendido el valor de los efectos robados o se produzcan daños

(24) *Ibidem*, pág. 371.

de especial consideración (fórmula aplicada al robo, art. 506.8), cuando revista especial gravedad, atendido el valor de los efectos sustraídos o se produzcan perjuicios de especial consideración (hurto, art. 516.3), o cuando revistiere especial gravedad atendido el valor de la defraudación (estafa, art. 529.7).

Como se ve todas las expresiones citadas son re-conducibles al concepto de especial gravedad y a las graves secuelas de daños y perjuicios. La expresión es efectivamente muy abstracta y por consiguiente muy poco precisa y puntual, pero creo que algunas generalidades son absolutamente inevitables porque no hay otro camino si se quiere individualizar la responsabilidad y prescindir de cuantías objetivas y matemáticas. Se trata de un arbitrio judicial que debe producir buenos resultados pues los Tribunales serán los que determinen la existencia o no de gravedad (V. STS 23 de enero 1979). Ahora bien, aunque sea salirme un poco del tema, lo que creo imprescindible es que las sentencias sean especialmente motivadas en cuanto al uso del arbitrio judicial (25) y que este pueda ser susceptible de control por la vía del recurso cuando esto sea hacedero en virtud de la naturaleza de la impugnación que, en general, debiera facilitarse al máximo para dar efectividad auténtica

(25) Fernández Albor, Agustín, *Algunas observaciones sobre el arbitrio de los jueces penales*, en *Estudios penales*. Homenaje al P. Pareda. Preparado por el Prof. Beristain, Universidad de Deusto, Bilbao, 1965, págs. 369 y ss.

Fernández Albor, Agustín, *Los delitos contra el patrimonio y el arbitrio judicial en el Proyecto de Código penal de 1980*. En *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980.

Ruiz Vadillo, Enrique, *Algunas consideraciones sobre el arbitrio judicial en el proyecto de Código penal de 1980*, Rev. Foro Gallego, 1981, nº 177.

al principio de que todo ciudadano pueda llevar su asunto ante un Tribunal superior (26).

En cuanto a los daños a los que se refiere el art. 506 creo que el legislador se refiere a los que el robo puede producir accidentalmente. Para llevarse dos cientos metros de tubería se destroza la instalación general de fontanería y se produce una inundación en el edificio con unos daños que ascienden a cinco millones de pesetas.

En orden a los perjuicios a los que se refiere el art. 516.3 en el hurto me parece que hacen referencia no a las consecuencias del nº 4 ya tipificadas expresamente, sino a los perjuicios, entendida la expresión en sentido amplio, no coincidente con la técnica civil (27), es decir abarcando el daño emergente y el lucro cesante. Por ej. daños que no cualifican el robo y perjuicios en sentido estricto. Por ej. sustraer a un profesional los instrumentos imprescindibles para desarrollar su actividad laboral o las instalaciones de megafonía en un acto multitudinario que tiene que suspenderse por esta razón.

Si como consecuencia del delito, se ha colocado a la víctima o su familia en una grave situación económica, circunstancia a la que más adelante nos referiremos, no puede aplicarse además esta agravación. En mi opinión son incompatibles.

(26) V. Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos: art. 14.5: Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. (*Derechos Humanos*, Recopilación de Instrumentos Internacionales, Naciones Unidas, 1978).

(27) Ruiz Vadillo, Enrique, *Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho Civil*, 13ª Edición, 1983-84, Prólogo del Prof. Hernández Gil.

9ª.— Cuando el delito coloque a la víctima o su familia en grave situación económica o cuando se cometa abusando de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima (art. 506. 9 para el robo, con casi idéntica redacción para el hurto, art. 516.4 y para la estafa, art. 529.5).

En este caso se trata, a mi juicio, de dos circunstancias de agravación que pudieron tener autonomía, pues no son ambivalentes, pero que el legislador unió. Por ej. se defrauda a un ciego, aprovechando su falta de visión, y se le deja en la indigencia.

En cuanto a la grave situación económica es también un concepto muy amplio que hay que dejar al arbitrio judicial con las observaciones que nos permitimos hacer con anterioridad. El abuso de superioridad que aquí se contempla es, desde luego, incompatible con la 8ª del art. 10.

Abuso de superioridad supone restar medios de defensa a la víctima, entendida la expresión no en el sentido de fuerzas físicas pues siendo así no estaríamos en presencia de estos delitos, sino de correlación de fuerzas en un sentido general y amplio. Me parece que en este caso se refiere principalmente a los supuestos de ceguera (y puedo dar testimonio de que esta fue la principal y casi única preocupación de quienes prepararon el proyecto de 1982, pero puede extenderse y así se pensó, a jóvenes sin experiencia, a personas sin cultura, etc. Creo que existen estafas pequeñas en su cuantía pero muy graves en su dimensión social cuando se da un predominio de fuerzas ante situaciones de indefensión por graves deficiencias físicas, psíquicas, culturales, etc. También sería aplicable la agravación en su primera parte y aun en la segunda a las grandes estafas inmobiliarias que dejan a las víctimas del

delito en muy grave situación a consecuencia de los desembolsos realizados (28).

10ª.— Cuando se cometa alterando la sustancia, calidad o cantidad de cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social (art. 529.1 aplicable a la estafa).

Refiriéndose al art. 541, dice el Prof. Rodríguez Devesa (29), que por objetos de primera necesidad han de considerarse, además de las sustancias alimenticias, medicamentos y viviendas, los combustibles para uso doméstico, el calzado y vestidos de uso general, jabones, detergentes y lejías, citando la Orden de 26 de junio de 1943, art. 6, pf. 2º que disponía: Se reputan artículos de uso y consumo indispensables, el carbón para usos domésticos, los medicamentos, los vestidos y calzado de uso general y los jabones y lejías. Cita también la S.TS de 2 de octubre de 1979. (V. Proyecto de 1980, art. 345).

Esta agravante creo que es compatible con todas las demás de este art. 529.

11ª.— Cuando se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal administrativo análogo. (De aplicación a la estafa, art. 529.2).— Como

(28) En los debates parlamentarios se dijo lo siguiente: Creemos que en los delitos contra el patrimonio no puede solamente calificarse la conducta o tipo delictivo y en consecuencia la pena por el único hecho de la intencionalidad subjetiva, dolo o culpa del autor, sino también por las consecuencias del delito y por tanto de la gravedad de la acción en tanto en cuanto coloca a la víctima en una grave situación económica como consecuencia de un delito contra el patrimonio, sea robo, hurto o estafa. A mi juicio, como ya hemos indicado, lo que sucede es que también la consecuencia le tiene que ser imputable a título de dolo o culpa.

(29) Rodríguez Devesa, José Mª, *Derecho penal español*. Parte especial, pág. 559.

hemos visto en las notas correspondientes el tema suscitó preocupación en los debates parlamentarios.

Lo primero que hemos de hacer es interpretar la expresión "con simulación de pleito". En mi opinión se contemplan dos situaciones distintas: 1) Aparentar un proceso judicial que no existe para provocar en el sujeto pasivo una coacción psíquica que le lleve a actuar como en otro caso no hubiera procedido y 2) Existencia de un pleito real en el que lo que se aparenta, entre otras cosas, son los resultados de las distintas fases del proceso, por ej. decirle al demandado que ha perdido en primera instancia (lo que no es cierto), para determinar un "acuerdo" aparentemente libre pero realmente coaccionado. La Memoria del Proyecto de 1980 decía a este respecto: Las calificaciones de la estafa son de doble orden..., otras son de moderna factura, (fraude procesal...). El art. 257 del citado proyecto decía: Se castigará la defraudación... 2º Cuando se ejecute simulando pleito o empleando otro fraude procesal de análoga entidad" (30).

Por pleito creemos que hay que entender cualquier contienda o litigio judicial entre partes referido a cualquiera de los cuatro órdenes jurisdiccionales: civil, penal, contencioso-administrativo y laboral, aunque en lenguaje forense tenga un sentido más restringido. Se excluyen los actos de jurisdicción voluntaria.

En cuanto a la segunda parte se refiere a un fraude análogo, es decir a una simulación de expediente o proceso administrativo, de cualquier naturaleza en los términos ya señalados y a ella son aplicables las

(30) *Ibidem*, págs. 505, 510, n. 40 y 515, n. 55.

observaciones anteriormente indicadas en relación a los procesos judiciales.

12^a.— Cuando se realice con abuso de firma en blanco. (Aplicable al delito de estafa, art. 529.3). Se trata de la circunstancia que en el Código reformado figuraba en el nº 5 del art. 529.

Incurre en esta agravación el que llena a su nombre un endoso en blanco y retira el título y lo vende en provecho propio o hace preceder la firma en blanco de una falsa obligación (31). De las posibles hipótesis por las que un sujeto puede utilizar una firma en blanco con fines defraudatorios, dice el Prof. Rodríguez Devesa (32), sólo viene en consideración aquella en que ha sido autorizado por el firmante para extender el documento, aunque no los términos en que lo hace. La firma en blanco abarca lo mismo los casos en que se halla al pie de un papel o pliego en el que no hay nada escrito como aquellos en los que el documento está extendido pero se encuentran pendientes de rellenar determinados extremos del mismo. Censuraba acertadamente el Prof. Rodríguez Devesa el hecho de que siendo este un delito complejo de falsedad documental y estafa se dejara impune, no se sabe porque razón la falsedad cuando lo lógico sería que cuando menos se elevase la pena en estos casos que es lo que ha hecho el legislador de la reforma.

13^a.— Cuando se produzca destrucción, daño, ocultación de cosa propia, agravación de lesiones sufridas o autolesión para defraudar al asegurador

(31) *Ibidem*, pág. 510. Cita la Ss. TS de 25 de enero de 1960 y 12 de abril de 1962, sobre letras de cambio y la de 28 de septiembre de 1974 sobre parte de accidentes de tráfico.

(32) *Ibidem*, pág. 510.

o a un tercero. (De aplicación a los delitos de estafa, art. 529.4) (33).— En este sentido tenemos lo siguiente: Es imprescindible un elemento objetivo y otro subjetivo. El primero se refiere a bienes personales: agravación de lesiones o autolesiones o a bienes materiales: destrucción, daño u ocultación de cosa propia. El elemento subjetivo se integra por el “animus defraudandi”. Sólo la conjunción de los dos factores produce la agravación. En definitiva se trata de la protección del asegurador, y eventualmente de terceros, teniendo en cuenta que el seguro (34) es un contrato en el que la lealtad ofrece tan destacada relevancia. En el seguro, ha dicho el Prof. Garrigues, la buena fe es un concepto metajurídico que al ser elevado a principio informador de las normas jurídicas, hace transparente el fondo ético del Derecho. Por consiguiente la agravación de lesiones y la automutilación o autolesión y lo mismo la destrucción, daño u ocultación de cosa propia en función de otro propósito distinto del defraudatorio no tienen cabida en este precepto, por ej. destrucción de artículos alimenticios o de otro tipo para elevar los precios del mercado. (V. art. 562 del Código penal y Proyecto de 1980).

14^a.— Cuando la defraudación se produzca traficando con supuestas influencias o con pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a estos corresponde. (Aplicable a la estafa, art. 529.6). El precepto es reproducción del art. 529.4 del Código

(33) *Ibidem*, pág. 152.

(34) Garrigues, Joaquín, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1983.

Sánchez Calero, Fernando, *Curso del Seguro privado*.

penal en la redacción anterior a la reforma que estamos comentando.

Como ha dicho el TS en S. de 7 de octubre de 1946 para la perfecta integración de la estafa del nº 4 del art. 529 no se precisa que dichos empleados sean a la sazón conocidos o citados por sus nombres propios, pues es obvio que el éxito de las gestiones dolosas desarrolladas al efecto por el defraudador solamente radica en el conocimiento por parte de la víctima de las atribuciones inherentes a la naturaleza de las funciones encomendadas a tales empleos o cargos, juntamente con la supuesta influencia que aquel se atribuya sobre dichos funcionarios, sean o no conocidos.

Como señala Rodríguez Devesa (35), si la remuneración es real y no supuesta, no hay estafa, aunque la gestión remunerada del funcionario público fracase y el que dio la merced para la remuneración no consiga lo que pretendía. Habrá, en cambio, un delito de cohecho.

15ª.— Cuando afecte a múltiples perjudicados. (Aplicable a la estafa, art. 529.8).— Efectivamente, como se recordó en las deliberaciones parlamentarias, estamos en un terreno en algunos puntos colindante con el llamado delito continuado y delito masa, regulado legislativamente por primera vez en la reforma de 1983 aunque con una existencia ya antigua en la doctrina jurisprudencial y científica (36). En el delito-continuado hay una plurali-

(35) Rodríguez Devesa, José M^a, *Derecho penal español*. Parte especial, pág. 515.

(36) Ruiz Vadillo, Enrique, *La reforma penal española de 1983*. II Cursos de Verano de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 22 agosto de 1983. Director-Prof. Beristain Ipiña.

dad de acciones u omisiones y aquí solo una. Puede existir un delito continuado con una sola víctima, (“... que ofendan a uno o varios sujetos...”)) con tal de que concurra una pluralidad de acciones u omisiones. Y puede existir un supuesto de agravación del n° 8 del art. 529 con una sola acción y una multiplicidad de perjudicados. No sobran pues, ninguno de los preceptos, cada uno actuará cuando proceda y si hay pluralidad de acciones y multiplicidad de perjudicados habrá de aplicarse el art. 69 bis.

En orden a cuando se da la pluralidad de perjudicados será una cuestión de hecho, con incidencia jurídica a decidir por el juzgador (37).

3. Esquema general del sistema punitivo

A. — En la parte general

Cuadro gráfico de aplicación de penas:

(continúa en la siguiente página)

(37) La ambigüedad en este punto es más peligrosa teniendo en cuenta sus especiales efectos agravatorios.

Perfeccionamiento:	Consumado = (art. 49)	Frustrado -1 (art. 51)	Tentativa, delito imposible y ac- tos preparatorios -1 ó -2 (art. 51)
Participación:	Autoría = (art. 49)	Complicidad -1 (art. 53)	Encubrimiento -2 (art. 54)
Circunstancias:	Sin circunst. Mínimo ó medio. (art. 61.4)	Atenuante muy calificada ó dos o más atenuantes (sin agravantes) -1 ó -2	Eximente incom- pleta: -1 ó -2 (art. 66) Minoría de edad: -1 ó -2 (art. 65)
	atenuante sin agravantes Mínimo (art. 61.1)	Una agravante Medio ó maxi- mo (art. 61.2)	Varias agravantes Máximo (art. 61.2)
Hecho suscepti- ble de ser califi- cado con arreglo a dos o más pre- ceptos:	La pena correspondiente al más grave. (art. 68).		
Delito continuado: Principio general	Pena correspondiente a la infracción más grave que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior. (art. 69 bis).		
Idem. En los deli- tos contra el pa- trimonio:	Se tomará en consideración el perjuicio total cau- sado. Si el hecho revistiere notoria gravedad y hu- biere perjudicado a una generalidad de personas se impondrá la pena superior en grado en la ex- tensión que se estime conveniente. (art. 69 bis 1 in fine).		
Idem. Ofensas a bie- nes jurídicos emi- nentemente perso- nales:	Se atenderá a la naturaleza del hecho y del pre- cepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva. (art. 69 bis 2).		
Concurso real:	Se impondrán todas las penas, según el orden de gravedad, pero el maximum de cumplimiento no podrá exceder del triplo de la mas grave ni de treinta años. (art. 70)		

B.— En los delitos de robo con fuerza en las cosas, hurto y estafa

<i>Robo</i>	<i>Hurto</i>	<i>Estafa</i>
Siempre delito	Delito o falta	Delito o falta
La cuantía separa las dos modalidades delictivas.	Separa el delito de la falta.	Separa el delito de la falta.
Circunstancias agravantes específicas ordinarias: 1 ó varias = Máximo.	1 circunstancia agravante específica = Máximo A.M.	1 agravante específica ordinaria = Máximo A.M.
Agravantes específicas extraordinarias = Posibilidad de subir un grado, (P.m ó P.M.).	2 ó más agravantes específicas ó 1 muy cualificada = P.m.	2 ó más agravantes específicas ordinarias ó 1 muy cualificada = P.m.
		Agravantes específicas extraordinarias = P. M.

La cualificación de una circunstancia debe decidirla el Tribunal sentenciador. (V. art. 61.5 para las atenuantes). Las Ss del TS del 20 de enero de 1976 y 8 de mayo de 1980 dicen que una atenuante es muy calificada cuando tiene una intensidad superior a la normal. Trasladando la idea podemos decir que una agravante específica será muy cualificada cuando tenga una intensidad o relevancia superior a lo que puede considerarse normal (38). Como ya dije, estimo que tal declaración debe ser suficientemente razonada y susceptible de control por la vía del recurso, pues se trata, además de una cuestión eminentemente jurídica.

(38) Sacasa Olivares, Luis Alberto y Alvarez-Alvarez, Escobio Ramón, *La individualización de la pena*, Rev. Poder Judicial n° 7, junio 1983.

En resumen podemos indicar lo siguiente:

ROBO. (arts. 505 y 506):

Si el valor no excede de 30.000 ptas Arresto mayor.

En los demás casos Prisión menor.

Si concurre una o varias de las circunstancias de agravación específicas: Grado máximo.

Si concurre la 1ª, con la 2ª, 3ª ó 4ª podrán (es decir no hay obligación de hacerlo) aplicarse las penas superiores en un grado, es decir prisión menor si no excede de 30.000 pesetas y prisión mayor en los demás casos.

Si, además de concurrir una o varias agravantes específicas ordinarias, concurren varias agravantes genéricas del art. 10 creemos que debe imponerse la pena en el grado máximo del máximo y si una, en el medio o máximo.

En caso de subir de grado, haciendo uso de la facultad concedida por el últ. pf. del art. 506, creemos que cualquiera que sea el número de circunstancias no tienen ya porque imponer el grado máximo, pero no concurriendo agravantes solo podrán imponer el mínimo o el medio.

Si concurren atenuantes o eximentes incompletas se procederá de acuerdo con las reglas generales, partiendo, como acabamos de indicar que la pena tipo es en muchos casos el grado máximo del arresto mayo o de la prisión menor.

HURTO. (arts. 515, 516 y 587).

Si el valor de lo sustraído no excede de 30.000 ptas = Falta.

En los demás casos = Delito castigado con la pena de Arresto mayor.

Si concurre una agravante específica: Grado máximo del A.M.

Si concurren dos o más circunstancias o una muy calificada = P.m.

Concurriendo una agravante genérica, habrá de imponerse en el grado medio o máximo, si varías en el máximo y si concurren atenuantes y/o eximentes incompletas, con o sin agravantes se procederá conforme a las reglas generales en función de la pena tipo que corresponda.

ESTAF.A. (arts. 528, 529 y 587)

Si la cuantía de lo defraudado no excede de 30.000 ptas = Falta.

En los demás casos = Delito castigado con la pena de Arresto mayor.

Si concurre una agravante específica ordinaria = La pena que corresponda en su grado máximo.

Si concurren dos o más circunstancias de agravación específicas ordinarias o una muy calificada = P. m. (a nuestro juicio cualquiera que sea el número de las que concurren, atendida la redacción legal).

Si concurre una circunstancia de agravación genérica, por ejemplo la reincidencia, (nº 15 del art. 10) habrá de imponerse la pena en sus grados medio o máximo y si concurren varias en el máximo.

Si concurren las circunstancias 1ª o 7ª con la 8ª = P.M. Una vez en este grado si concurre una agravante genérica no podrá imponerse el mínimo, si son varias procederá imponer el máximo.

En la práctica, a mi juicio, de las circunstancias de agravación genéricas del art. 10 solo se aplicará, salvo casos muy excepcionales la reincidencia.

4. Ejemplos

A. — Robo

Supuesto de hecho. — A. de 17 años fracturando la puerta de entrada de la vivienda de V. se apoderó con ánimo de lucro de 45 mil pesetas. A. ha sido anterior y ejecutoriamente condenado por un delito de hurto a la pena de multa, un año antes de cometer este nuevo delito.

Calificación jurídica. — Los hechos relatados constituyen un delito de robo con fuerza en las cosas previsto y penado en los arts. 500, 504.2 y 505 del C.p. con la concurrencia de la circunstancia agravante específica nº 2 del art. 506. Concorre también la atenuante de minoría de edad, nº 3 del art. 9. No existe la agravante de reincidencia del nº 15 del art. 10 porque se trata de un único antecedente por un delito comprendido en distinto capítulo, (aun dentro del mismo título, lo que ahora es indiferente) y la pena que le fue impuesta no es ni igual ni mayor que la que corresponde al delito que ahora se enjuicia.

Pena a imponer. — Por tratarse de un robo de 45.000 pesetas la pena que corresponde es la de prisión menor y por haberse cometido en casa habitada procede la imposición de su grado máximo. Ahora bien como concurre la circunstancia de atenuación especial de minoría de edad la pena a imponer, con arreglo al art. 65 ha de ser la inferior en uno o dos grados. Por consiguiente si el Tribunal decide bajar un grado, la pena procedente será la de prisión menor en sus grados medio y mínimo o arresto mayor en su grado máximo y si baja dos la de arresto mayor en sus grados medio o mínimo o multa. (arts. 56 y 57).

B. — Hurto

Supuesto de hecho.— A. de 43 años sustrajo, sin empleo de fuerza ni violencia o intimidación en las personas, cosas de valor histórico justipreciadas en un millón de pesetas. El autor, que ha sido anterior y ejecutoriamente condenado por dos delitos de robo y uno de hurto, una vez realizado el hecho procedió a confesar a las autoridades el delito devolviendo la casi totalidad de los efectos sustraídos.

Calificación jurídica.— Estamos en presencia de un delito de hurto del art. 515.1 con la concurrencia de la circunstancia agravante específica nº 2 del art. 516 y la genérica de reincidencia del nº 15 del art. 10. así como la atenuante de arrepentimiento.

Debe advertirse que no se estima la concurrencia de la agravante nº 3, (revestir especial gravedad) porque se entiende absorbida por la nº 2, (recaer sobre cosas de valor histórico, cultural o artístico). Por supuesto que para apreciar la agravante específica es imprescindible que el autor conociera o hubiera debido conocer, al menos, la condición histórica de las cosas sustraídas o, en su defecto, el valor de los efectos sustraídos.

Pena a imponer.— Procede imponer en principio la pena de arresto mayor en su grado máximo, salvo que se estimara la condición de muy cualificada de la circunstancia agravante, en declaración expresa y motivada, en cuyo caso la pena a imponer sería la de prisión menor. En el primer caso procedería su imposición en su grado máximo como ya se dijo y en el segundo en el mínimo o medio. Ahora bien como concurre una circunstancia de atenuación (art. 9.9) y teniendo en cuenta que a pesar de que

a la misma se la diera la categoría de calificada, no podría bajar en grado, (art. 61.5) procedería imponer la pena de arresto mayor, como ya se indicó, en su grado máximo en toda su extensión, por compensación racional. (art. 61.3) en el primer caso o la de prisión menor con la misma posibilidad de recorrido en el segundo, al concurrir una atenuante y una agravante.

C. — Estafa

Supuesto de hecho.— A. de 32 años condenado anterior y ejecutoriamente por otro delito de abusos deshonestos del art. 436 a la pena de multa defraudó en 50 millones de pesetas a una asociación de agricultores modestos formada por 194 pequeños empresarios ofreciéndoles la realización de unas obras engañosamente que no llevó a cabo, habiéndoles dejado en una situación económica grave, circunstancia fácilmente previsible, teniendo en cuenta las extraordinarias dificultades económicas por las que atravesaban. También está condenado por otro delito de estafa a la pena de cinco años de prisión, pero la sentencia está recurrida en casación ante el TS.

Calificación jurídica.— Se trata de un delito de estafa del art. 528 en el que concurren las agravantes específicas 5 y 8 del art. 529. No concurre la agravante de reincidencia en cuanto al primer antecedente porque la pena que se le impuso fue inferior y en cuanto al segundo por no haber ganado firmeza.

Pena a imponer.— La de prisión menor en sus grados medio o mínimo, conforme al art. 61.4.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Consideraremos de especial interés, como ya anticipamos, esta etapa de rodaje de la reforma porque puede permitir al legislador que haya de llevar a cabo la reforma total, es decir la promulgación de un nuevo Código penal, disponer de datos de experiencia y de constatación práctica del resultado de la modificación parcial de excepcional importancia.

Esta modestísima aportación no tiene otra finalidad que sugerir ideas y reflexionar en voz alta frente a quienes por su experiencia y autoridad pueden corregir cuanto en estas líneas se ha dicho. Todo cuanto se contiene en este modesto trabajo es provisional y sujeto a futuras correcciones; ni yo mismo en el momento de redactar estas líneas estoy seguro de la ordodoxia de las soluciones que patrocino, ni siquiera he podido cambiar opiniones con mis compañeros lo que para mi es siempre esencial.

Acaso si el proyecto hubiera incluido entre las agravantes específicas la reincidencia, hubiera podido afirmarse la presencia de un sistema cerrado, en orden a las circunstancias de agravación sin posibilidad de aplicar las genéricas del art. 10.

El Ministro de Justicia D. Fernando Ledesma ha manifestado su decisión de convocar a cuantos por las más diversas razones pueden aportar ideas en la tarea de la reforma penal que, aun debiendo ser obra de nuestros legisladores, representantes legítimos del pueblo, como es obvio, necesita, casi con toda seguridad, de reflexiones sociales que faciliten la obra, extraordinariamente difícil de legislar. A nivel muy modesto este trabajo pretende ser ya una primera colaboración en este sentido.

VI. CONCLUSIONES

1ª.— Para la gran reforma penal y en relación con los delitos objeto de este estudio, creemos que la técnica a seguir debiera ser la de precisar al máximo el concepto de cada uno de ellos, de manera muy puntual. En principio valen las definiciones descriptivas de la reforma con las observaciones que luego se dirán. En todo caso la práctica dirá si es necesario realizar algún retoque.

2ª.— Debiera hacerse desaparecer el delito de robo con fuerza en las cosas, transformándose en una modalidad agravada del delito de hurto. Son muchas, a mi juicio, las razones que abonan este cambio (39).

3ª.— Es acertado, como hace la reforma, configurar unas circunstancias agravantes específicas que al concurrir en el delito obliguen a imponer la pena en su grado máximo o, incluso, en determinados supuestos a imponerla en el grado inmediatamente superior, pero acaso convendría dividir las penas sólo en dos mitades. (V. Proyecto de 1980).

4ª.— Estas agravantes podrían ser para el hurto (puesto que el robo con fuerza en las cosas desaparecería), la casa habitada, el edificio público, el lugar religioso (no importa de que Confesión o Iglesia), el llevar armas u objetos peligrosos, la naturaleza de las cosas por su condición (valor cultural), por su destino (servicio público), y por su fin (servir a la satisfacción de primeras necesidades), la situación en que queda la víctima, el abuso de superioridad (sustraer dinero a un invidente o a un niño por ej.), o la gravedad del hecho.

(39) Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal*, pág. 181.

Por supuesto se distinguiría utilización de fuerza (hurto agravado), y no utilización (hurto simple), asociando respectivamente las penas de prisión menor (grados mínimo y medio) y arresto mayor. El sistema habría de adaptarse naturalmente al organigrama punitivo correspondiente, es por ello por lo que utilizamos la terminología actual solo para entendernos mejor.

5ª.— En la estafa serían circunstancias agravantes específicas la naturaleza de las cosas, en los términos ya vistos, la situación de la víctima, el abuso de superioridad, la anunciada y engañosa influencia de funcionarios, la gravedad del hecho y dentro de ella se incluiría la multiplicidad de víctimas que no deja de ser un dato muy relevante para calificar de grave el hecho y que daría cumplida satisfacción al tema de la delincuencia económica. Como vemos, todo ello en la línea de las reformas de los proyectos de 1980 y 1982 y de la Ley de 1983. Decididamente, aunque la frase esté ya muy usada, hay que acercar el Derecho penal a la realidad social, dotándole de instrumentos de eficacia y de una escala de valores, de acuerdo con la sensibilidad de la comunidad a la que se dirige.

6ª.— Todas las demás especialidades desaparecerían, entre ellas la falsa atribución de capacidad para enajenar, con finalidad de lucro que es una defraudación como otra cualquiera y que hasta ahora desgraciadamente constituía un privilegio penal absurdo.

7ª.— El mantenimiento de la frontera entre el delito y la falta en los delitos de hurto y estafa por razones de cuantía económica, aunque puede apoyarse en razones prácticas no desdeñables, no me parece

acertado. La división es artificiosa y rompe con el principio esencial de que no es la cuantía lo más importante en estos delitos. Si la división entre Juzgados de Distrito y de Partido desapareciera sería el momento de acabar con esta clasificación. Todas las infracciones serían delitos (las faltas penales deben desaparecer), pero el Juez o Tribunal podría, en casos de escasa importancia y significación, dentro del marco legal, sustituir la pena por una simple advertencia o reprensión privada, con inscripción en un registro especial reservado para evitar la inadvertencia judicial de las posibles reincidencias y adopción de medidas efectivas para hacer realidad la indemnización de daños y perjuicios en favor de la víctima.

8ª.— Los hurtos simples y las estafas podrían configurarse como delitos de naturaleza semipública en los que sería necesaria para proceder la denuncia del perjudicado, aunque el perdón no tendría ninguna eficacia extintiva de la responsabilidad penal. Esto en la práctica ya sucede así y con relación a las modalidades delictivas acabadas de indicar me parece que no supondría peligro alguno teniendo en cuenta, como ya hemos dicho, que esto es lo que sucede en la realidad y en cuanto a los supuestos de estafas con múltiples víctimas la denuncia de una sola de ellas o de una asociación de consumidores o víctimas será suficiente por supuesto para poner en funcionamiento la vía judicial penal. Se excluiría del sistema el hurto con fuerza en las cosas porque en él existe un “plus” de gravedad que aconseja, a mi juicio, mantenerlo dentro de los delitos públicos. El tema tiene gran interés y la verdad es que no tengo tampoco una opinión relativamente acabada de él. Se trata,

simplemente, de suscitar problemas y abrir vías de diálogo.

9ª.— A la reparación del daño total o parcialmente, e incluso al esfuerzo auténtico y serio del delincuente por obtenerla debiera dotársela de una muy especial significación, permitiendo al juez reducir la pena correspondiente en uno o dos grados, en determinados delitos.

10ª.— Aunque el tema sea procesal nos parece esencial la obligada y puntual motivación de las sentencias y en concreto del uso del arbitrio judicial y el que aquellas puedan ser siempre objeto de recurso en el que, de alguna manera y con determinadas restricciones, se pueda volver a conocer de los hechos declarados probados en la instancia.

* * *

En orden a la reforma de 1983 en concreto nos permitimos formular las siguientes observaciones teniendo en cuenta la coincidencia sustancial con el Proyecto de 1982, en cuya redacción, como ya he repetido, tuve la gran satisfacción de colaborar.

1ª.— Una de las principales finalidades de la Ley de 1983 creo que ha sido la de atenuar la pena en los delitos a los que se refiere este trabajo que, en general, aparecían como expresión de la delincuencia correspondiente a los sectores más deprimidos económicamente y a los que se asociaban penas, en la mayor parte de los casos, excesivas.

2ª.— Evidentemente otra de las finalidades, unida íntimamente a la anterior, ha sido evitar que el solo dato de la cuantía fuera determinante de las

distintas modalidades delictivas por la injusticia que el sistema en si comportaba, especialmente si se tiene en cuenta el techo tan bajo que al máximo señalaba el Código (40). La cuantía es un dato que solo debe actuar con otros factores complementariamente y nunca con carácter de esencialidad. Aunque la afirmación pueda entenderse como demagógica, creo que para la ley penal (la más humana de entre las leyes aunque pueda no parecerlo), no puede ni debe tener el mismo relieve robar a quien le sobra el dinero que a quien lo necesita para satisfacer las más elementales necesidades.

3ª.— El especial tratamiento de la estafa y las posibilidades de agravación, responde a una exigencia de justicia en función de la llamada delincuencia económica (41).

4ª.— Una cierta ambigüedad, no en la descripción de los tipos básicos o fundamentales (42), sino en

(40) En el robo 150.000 ptas., (art. 505) y en los hurtos, (art. 515) y en las estafas, (art. 528) 600.000 ptas.

(41) Sobre delincuencia económica puede consultarse una amplia bibliografía: Bajo Fernández, Fernández Albor, Muñoz Conde, Ruiz Vadillo, etc.

(42) Sin pretensiones exhaustivas citamos las siguientes expresiones, cuya imprecisión es evidente: Grave peligro de deterioro o pérdida inminentes, necesidad racional, falta de provocación suficiente, (art. 8.4); causas o motivos tan poderosos, (art. 9.8), mayor o menor gravedad del hecho, (61.4); según la entidad y número de dichas circunstancias, (61.5); atendida la gravedad de los hechos y el peligro que el delincuente represente, (art. 67), ofendan el mismo o semejantes preceptos penales, (art. 69 bis); edad y antecedentes del reo, naturaleza jurídica del hecho punible y circunstancias que concurrían en su ejecución, (art. 95); intachable conducta, (art. 98); mala conducta, (art. 99); medios eficaces, (art. 121.3); violencia o intimidación graves, (art. 144); injurias o amenazas graves (arts. 147, 157 y 161 aunque por remisión pudiera haber una cierta, aunque relativa, concreción); condición social y situación económica, (art. 148 bis);

las circunstancias que al acompañarle forman tipos agravados o complementarios es inevitable, aunque los Jueces y Tribunales y especialmente el Tribunal

perturbación grave del orden de las sesiones, (art. 157); objetos de cualquier otro modo peligrosos, (arts. 167 y 168); perturbaren gravemente, (art. 173); cooperación relevante, (art. 175); rigor innecesario, (art. 187); jefes principales, (art. 215); violencias graves, (art. 219); cuando haya peligro de rebelión o sedición, (art. 229); intimidaren gravemente, (art. 231), cargo de especial trascendencia, (art. 233); menor gravedad, (art. 235); desobedecieren gravemente, (art. 237); grave escándalo público, (art. 249); calumnia, injuria, insulto o amenaza graves, (art. 240 y 241, con igual salvedad que anteriormente); injurias o amenazas graves, (art. 242) (lo mismo); turbaren gravemente, (art. 246 bis y 247); antecedentes del procesado, circunstancias del hecho, escasa peligrosidad, (art. 256); circunstancias del culpable y del hecho y gravedad de este, (art. 264); cuando por su número y condiciones se infiera racionalmente que están destinados a la expendición, (art. 287); grave daño a la salud, extrema gravedad, (art. 344); en casos de suma gravedad, circunstancias del culpable y del hecho, (art. 344 bis); pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones... (art. 347 bis a)); grado de perversidad del delincuente, finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare, (art. 348 bis); resolución manifiestamente injusta, (arts. 355, 358); grave daño para la causa pública, (arts. 371 y 376); grave escándalo o trascendencia, (art. 431); vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, el crédito o interés del agraviado, las injurias que por su naturaleza ocasión o circunstancias fueren tenidas en el concepto público por afrentosas, las que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendidas el estado de dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor, (art. 458); peligro manifiesto y grave, (art. 489 bis); grave perturbación y grave desabastecimiento, especial gravedad, grave situación económica, daños o perjuicios de especial consideración, (art. 506, 516 y 529); cosas de primera necesidad, bienes de reconocida utilidad social, (art. 529); gastos excesivos o descompasados, pérdidas que excedieren de lo que por vía de recreo aventurase un prudente padre de familia, apuestas cuantiosas, depreciación notable, (art. 523); cualquier otra maquinación, (art. 540); objetos de primera necesidad, (art. 541); habitualmente se aprovechar o auxiliare, (art. 546 bis c)); habitualmente se reúnan diversas personas, (art. 549); circunstancias en el culpable, en el hecho

Supremo, hayan de ir poco a poco precisando su alcance, dejando siempre un cierto margen de discrecionalidad ante nuevas situaciones. No conozco ningún Código penal que no utilice, en este sentido, expresiones de alguna manera imprecisas.

5ª.— Si no se quiere el sistema de automatismo de cuantías, bastante seguro pero injusto, hay que hacer algunas concesiones a una relativa inconcreción, por ejemplo en los delitos que estamos examinando. No hay ya zonas o compartimentos: De tantas a tantas pesetas tal pena, de tantas a cuantas, tal otra, sustituyéndose el viejo sistema por el juego de circunstancias: Naturaleza de las cosas, objeto del delito; situación en que queda la víctima, etc. y también gravedad de la infracción por la importancia de la cuantía ¿Y qué puede decirse en este sentido? ¿Cuándo había especial gravedad? ¿A partir de uno, de diez o de cincuenta millones? Volveríamos a la situación de tarifas rechazada y rechazable. Por eso, aunque la solución no sea perfecta, hay que decir lo que dice la Ley de 1983 o lo que dijeron los Proyectos de 1980 y 1983 ó algo parecido.

6ª.— El arbitrio judicial (43) puede desarrollarse bien a través de la expresa concesión de un margen

y la gravedad de este... gave peligro para la vida o la integridad corporal, (art. 554); valor estimable, (art. 560); mal causado de extrema gravedad, (art. 565); puedan producir perjuicios o graves disgustos, ofensa leve, pueda resultar algún peligro, (art. 566); grave escándalo público, (art. 568); mala calidad, (art. 576); reglas de decencia, infracción no grave de reglamentos, ordenanzas, etc. (art. 577); dañar su moralidad, (art. 584); conducta desordenada... pueda padecer su moralidad (art. también 584). Por supuesto, solo algunas pocas de estas expresiones proceden de la reforma de 1983. Las inconcreciones deben evitarse pero, hay que insistir, no siempre no es posible.

(43) V. trabajos sobre arbitrio judicial citados anteriormente.

de actuación atribuido por el propio legislador (el juez impondrá la pena de tal a tal extremo, según su prudente arbitrio, o bien en función de mandatos legales más específicos, aunque ofrezcan alguna ambigüedad, (el juez impondrá la pena en su grado máximo o la elevará en un grado si el daño es muy considerable o el hecho revistiere especial gravedad atendido el valor de los efectos sustraídos o cuando coloque a la víctima en grave situación económica). En estos últimos casos se trata de un arbitrio judicial que podemos llamar condicionado. La ley quiere que en determinados supuestos la pena se agrave (o que se reduzca o atenue) pero deja en una cierta libertad al juez para decidir en función de determinadas circunstancias, cuando se dan y cuando no, tales supuestos.

Como ya hemos dicho, a mi juicio uno y otro son supuestos de arbitrio judicial (¿Cuándo es grave un daño, cuándo se da especial gravedad?), pero así como en el primer caso el margen es mas amplio y menos apto para la justificación (si el juez puede recorrer todo el arresto mayor o la prisión menor en virtud de todas las circunstancias concurrentes que pueden ser infinitas, es muy difícil que pueda razonarse porque se impuso el grado mínimo, el medio o el máximo). En cambio, en el segundo caso el juez debe dar cuenta, por así decirlo, de la delegación que ha recibido del legislador. Este ha ordenado que si el daño es grave se produzca tal consecuencia y el juez debe explicar puntualmente porque en un supuesto concreto ha entendido que efectivamente es así. Matizando más, debo decir que en mi criterio el control que el Tribunal superior puede realizar sobre unas y otras apreciaciones es distinto, mucho más inmediato y directo en el segundo caso que en el primero.

Y ya termino, si el Derecho no es ni más ni menos que la cristalización normativa del sistema de valores dominante en una sociedad, como ha dicho el Ministro de Justicia (44), es imprescindible que hagamos coincidir cuanto antes norma y vida, fórmula legal y sentido jurídico de la Comunidad, Derecho y Justicia y que lo hagamos con un sentido trascendente y realista. El Derecho está en demasiadas ocasiones muy separado de esta realidad y de las legítimas exigencias sociales y hemos de conseguir entre todos que deje de ser así.

Lo que en otra época nos podía parecer utopía, ha dicho el Prof. Fernández Albor (45), hoy puede ser realidad. Pero muchos, insensibles a los cambios sociales, aun desconocen los nuevos caminos que quiere abrir la nueva reforma penitenciaria y, yo me permitiría añadir, también la nueva reforma penal.

VII. DATOS COMPLEMENTARIOS

1. Esquema del Proyecto de 1980

(44) Discurso del Ministro en las Cortes Generales.

(45) Fernández Albor, Agustín, *Estudios penales*, II, Universidad de Santiago de Compostela. Presentación.

Robo con fuerza en las cosas (art. 245 y ss.)

1) Penas a imponer:

De 2 a 5 años.

2) Circunstancias a tener en cuenta:

Gravedad de la fuerza.

Cuantría de lo robado.

Otras que sirvan para individualizar.

3) Agravantes:

Casa habitada, edificio o local abierto al público.

Asaltando tren, buque, aeronave o automóvil.

Portando armas.

Hurto (art. 236 y ss.)

De 6 meses a 4 años.

Valor de la cosa.

Quebranto económico al perjudicado.

Idem.

Utilización de fuerza no constitutivo de robo.

Cosas destinadas al culto, servicio público o de entidades benéficas.

Estafa (art. 255 y ss.)

De 6 meses a 4 años.

Importe de lo defraudado.

Quebranto económico al perjudicado.

Idem.

Alterar sustancia, calidad o cantidad de cosas de 1ª necesidad, viviendas, etc.

Simulando pleito o empleando otro fraude procesal de análoga entidad.

Abusando de firma en blanco, haciendo suscribir con engaño algún documento o sustrayendo, ocultando o inutilizando algún proceso, expediente, protocolo o documento de cualquier clase.

4) Otras agravantes:

Especial gravedad dada la capacidad económica de la víctima.

Cosas declaradas de valor histórico o artístico.

Con destrucción, daño u ocultación de cosa propia, agravación de lesiones, autolesión, defraudando al asegurador o tercero.

El considerable valor de los efectos o referirse a cosas declaradas de interés artístico o histórico.

El considerable valor de los efectos sustraídos.

5) Especialidades

Configura como tipo especial el hurto impropio.

Se configuran determinadas especialidades.

Si la cuantía no excede de 15 mil o rebasa en poco: pena inferior en grado.

Si no alcanza: Falta.

Si no alcanza: Falta

Si no excede en mucho de 15 mil o el carácter delictivo viene dado por los antecedentes.

Idem: Puede imponerse arresto fin de semana.

2. Estadística de delitos de robo, (sin distinguir las dos modalidades), hurto y estafa, investigados judicialmente desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 1981.

(Fuente: Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1982)

	<i>Robo</i>	<i>Hurto</i>	<i>Estafa</i>
Delitos menores y flagrantes	11.962	5.107	1.153
Diligencias previas	197.700	76.642	9.890
Diligencias preparatorias	4.194	2.184	1.078
Sumarios de urgencia	11.641	2.305	1.440
Sumarios ordinarios	895	117	529
Total	226.392	86.355	14.090

3. Resultado de las votaciones en el pleno del Congreso de los diputados en relación con los artículos que a continuación se señalan:

	<i>Votos emitidos</i>	<i>A favor</i>	<i>En contra</i>	<i>Abstenc.</i>	<i>Nulos</i>
Art. 506, (robo)	238	170	63	4	1
Art. 516, (hurto)	238	169	66	3	0
Art. 528, (estafa)	237	222	9	5	1
Art. 529, (estafa)	233	161	69	3	0

4. Redacción de los artículos 505, 506, 515, 516, 528 y 529 conforme a la reforma de 1983:

Art. 505: El culpable de robo comprendido en alguno de los casos del artículo anterior, será castigado con la pena de arresto mayor, si el valor de lo robado no excediere de 30.000 pesetas y de prisión

menor en los demás casos. Si concurriere en el hecho alguna de las circunstancias previstas en el artículo siguiente se impondrá la pena en el grado máximo.

Art. 506: Son circunstancias que agravan el delito, a los efectos del artículo anterior: 1º Cuando el delincuente llevare armas u otros objetos peligrosos. 2º Cuando el delito se verifique en casa habitada o alguna de sus dependencias. 3º Cuando se cometa asaltando tren, buque, aeronave, automóvil u otro vehículo. 4º Cuando se cometa contra oficina bancaria recaudatoria, mercantil u otra en que se conserven caudales o contra la persona que los custodie o transporte. 5º Cuando se verifique en edificio público o algunas de sus dependencias. 6º Cuando se trate de cosas destinadas a un servicio público produciéndose una grave perturbación del mismo, o de cosas de primera necesidad, cuando produzca una situación grave de desabastecimiento. 7º Cuando recaiga sobre cosas de valor histórico, cultural o artístico. 8º Cuando revistiere especial gravedad, atendiendo el valor de los efectos robados o se produzcan daños de especial consideración. 9º Cuando el delito coloque a la víctima o su familia en grave situación económica o cuando se cometa abusando de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima.

Cuando concurrieren la circunstancia primera del párrafo anterior junto con la segunda, la tercera, o la cuarta, podrán aplicarse las penas superiores en un grado.

Art. 515: 1º Los reos de hurto serán castigados con la pena de arresto mayor si el valor de lo sustraído excediere de 30.000 pesetas. 2º Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el

artículo siguiente, se impondrá la pena en su grado máximo. 3º Si concurrieren dos o más circunstancias de las expresadas en el artículo siguiente o una muy cualificada la pena será de prisión menor.

Art. 516: Son circunstancias que agravan el delito a efectos del artículo anterior: 1º Cuando se trate de cosas destinadas a un servicio público, si se produjera una grave perturbación del servicio, o de cosas de primera necesidad cuando produzca una situación grave de desabastecimiento. 2º Cuando recaiga sobre cosas de valor histórico, cultural o artístico. 3º Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de efectos sustraídos o se produzcan perjuicios de especial consideración. 4º Cuando coloque a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado con abuso de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima.

Art. 528: Cometten estafas los que con ánimo de lucro utilizando engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de si mismo o de tercero. El reo de estafa será castigado con la pena de arresto mayor si la cuantía de lo defraudado excede de 30.000 pesetas. Si concurrieren dos o más circunstancias de las expresadas en el artículo siguiente o una muy cualificada, la pena será de prisión menor. Si concurrieren las circunstancias primera o séptima con la octava, la pena será de prisión mayor. Si concurre solo alguna de las circunstancias del artículo siguiente, la pena se impondrá en su grado máximo.

Art. 529: Son circunstancias que agravan el delito a los efectos del artículo anterior: 1ª Cuando se co-

meta alterando la sustancia, calidad o cantidad de cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social. 2^a Cuando se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal administrativo análogo. 3^a Cuando se realice con abuso de firma en blanco. 4^a Cuando se produzca destrucción daño u ocultación de cosa propia, agravación de lesiones sufridas o autolección para defraudar al asegurador o a un tercero. 5^a Cuando coloque a la víctima en grave situación económica o se haya realizado abusando de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima. 6^a Cuando la defraudación se produzca traficando con supuestas influencias o con pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a estos corresponda. 7^a Cuando revistiere especial gravedad atendido el valor de la defraudación. 8^a Cuando afecte a múltiples perjudicados.