

Contribución al estudio del robo con homicidio (*)

Por JOSÉ MARIA RODRIGUEZ DEVESA

I. ¿EXISTEN EN EL CÓDIGO PENAL ROBOS CON HOMICIDIO CUALIFICADOS?

a) *Planteamiento del problema.*

El robo con homicidio es uno de los delitos más graves del Código penal. Está castigado con la pena de reclusión mayor a muerte, la más severa que conoce el Código. Sólo la encontramos, entre los delitos contra las personas, en el parricidio (art. 405) y en el asesinato (artículo 406). Y en los delitos llamados contra la sociedad, aparece únicamente en los más graves: traición (arts. 120, 121 y 122), contra el derecho de gentes (art. 136), piratería (art. 139), contra el Jefe del Estado (arts. 142 y 144), contra la forma de Gobierno (artículo 163), rebelión (arts. 215 y 217), sedición (arts. 219, 1.º, 221 y 222), atentados (arts. 233 y 234) y terrorismo (arts. 260, 1.º, 261 y 262). Pero siempre que el Código penal de 1944 establece la pena de reclusión mayor a muerte, no se encuentran nunca tipos cualificados cuya realización lleve consigo la aplicación de la pena de muerte como única pena indivisible. En cambio, en el robo con homicidio hay, aparentemente, una serie de casos en los que la letra de la ley parece conducir inexorablemente a aquella consecuencia, que no se da en los otros delitos que acabo de mencionar, esto es, a la aplicación de la pena de muerte como única pena indivisible. El objeto de este trabajo está reducido a investigar si existen, en efecto, tipos cualificados del robo con homicidio en los que la pena abstracta que señala la ley sea la de muerte, o si, por el contrario, tales cualificaciones no son aplicables al robo con homicidio, siendo en todo caso la pena de éste la de reclusión mayor a muerte que previene el número 1.º del artículo 501.

Me refiero, por tanto, a la posibilidad de aplicar en el robo con homicidio las cualificaciones establecidas en el capítulo primero del título XIII del Código para el delito de robo, en cuanto determinan la imposición de la pena en su grado máximo, que para el robo con

(*) Este estudio fué escrito en enero de 1958 y presentado como trabajo de investigación para las oposiciones convocadas para la provisión de las cátedras de Derecho penal de Murcia y Santiago.

homicidio sería la pena de muerte. Y tan sólo a aquellos supuestos en que el Código se refiere, al cualificar, al delito de robo sin especificar gramaticalmente si se trata de robo con violencia o intimidación en las personas o con fuerza en las cosas. Los preceptos que vienen en consideración darían lugar a los siguientes casos de robo con homicidio cualificado:

Robo con homicidio, cuando el delincuente *hiciera uso de armas u otros medios peligrosos que llevare*, sea al cometer el delito o para proteger la huida (párrafo último del art. 501).

Robo con homicidio, cuando el reo *atacare a los que acudieren en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren* (párrafo último del artículo 501).

Robo con homicidio, cuando el delincuente *llevare armas u otros medios peligrosos* (art. 506, 1.^a).

Robo con homicidio *en casa habitada* (art. 506, 2.^a).

Robo con homicidio *en edificio público* (art. 506, 2.^a).

Robo con homicidio *en edificio destinado al culto* (art. 506, 2.^a).

Robo con homicidio *en dependencia de casa habitada, edificio público o destinado al culto* (art. 506, 2.^a).

Robo con homicidio *asaltando tren, buque, aeronave, automóvil* (artículo 506, 3.^a).

Robo con homicidio *asaltando otro vehículo* (art. 506, 4.^a).

Robo con homicidio *contra oficina bancaria* (art. 506, 4.^a).

Robo con homicidio *contra oficina recaudatoria* (art. 506, 4.^a).

Robo con homicidio *contra oficina mercantil* (art. 506, 4.^a).

Robo con homicidio *contra cualquier otra oficina en que se conserven caudales* (art. 506, 4.^a).

Robo con homicidio *contra persona que custodie o transporte caudales* (art. 506, 4.^a).

En todos estos tipos, que se formarían si realmente fueran de aplicación al delito de robo con homicidio los artículos 501 en su párrafo último y 506, la penal sería la de muerte, sin posibilidad de apreciación del juego que en la determinación de la pena tienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Es decir, la pena sería la pena de muerte como *pena absolutamente determinada*. Tal interpretación es inadmisibles, a mi juicio. Antes de entrar en el examen de los argumentos que a mi entender la contradicen, es preciso, no obstante, concretar qué son y qué valor tienen los tipos cualificativos y en qué se diferencia una cualificación de una agravante.

b) *Diferencia entre cualificaciones y agravantes.*

La *cualificación* es un elemento que viene a añadirse a otro delito determinando la imposición por la ley de una pena distinta más grave. Es decir, se forma un nuevo delito con la base de otro (delito básico), pero de mayor gravedad a causa del elemento que cualifica (delito cualificado). El estudio de la estructura de estos tipos cuali-

ficados ha encontrado lugar en la literatura jurídica penal (1). Sin embargo, quiero reducir al mínimo la mención de ésta para ceñirme a los términos en que la cuestión se presenta en el Código penal español, puesto que el problema que abordo es, fundamentalmente, un problema de técnica legislativa y de interpretación de nuestro Código. Salvado este inciso, pasemos ahora al concepto de "agravantes". La *agravante* recibe su sentido de su valor funcional, que consiste en reducir el margen del arbitrio del juzgador en la imposición de la pena, en méritos a lo prescrito en los artículos 58 y siguientes del Código penal. Si quisiéramos sintetizar el concepto y valor funcional de cualificaciones y agravantes, diríamos: las *cualificaciones* forman parte del tipo delictivo y determinan la imposición de una *pena* distinta a la del tipo básico: las *agravantes* no forman parte del tipo delictivo, son elementos accidentales, y tan sólo influyen en la *medida de la pena* sin determinar la imposición de una pena distinta.

La distinción entre circunstancias (accidentales) y elementos (esenciales) del delito viene perturbada en la técnica de nuestro Código por el hecho de que algunas circunstancias pueden llevar a la imposición de una pena distinta a la que se señala en la parte especial (libro II) al autor del delito consumado de que se trate. Así, las eximentes incompletas (art. 66), el caso fortuito incompleto (art. 64), la menor edad de dieciocho años (art. 65) y aun la doble reincidencia (art. 61, regla 6.^a) y la concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy calificada y ninguna agravante (art. 61, regla 5.^a). En todos los casos que acabo de mencionar, la pena al autor del delito consumado no es la que señala la ley, sino una inferior o, en el supuesto de la doble reincidencia, superior. Mas éste es un efecto espialísimo que por ello no puede tomarse en consideración para dilucidar si un elemento del delito es esencial o accidental. Pues, v. gr., la doble reincidencia sigue siendo elemento accidental del delito en que concurre, aunque se aplique la regla 6.^a del artículo 61. Sólo será elemento esencial cuando se recoja en el libro segundo del Código al definir y penar el delito, como sucede, por ejemplo, en el artículo 516, número 3.^o

La determinación de cuáles son los elementos constitutivos de un delito (esenciales) y cuáles los que vienen a agravar la responsabilidad criminal (*accidentalia delicti*) no puede tener lugar si no es a través de la ley. Es una cuestión de técnica legislativa y en nuestro Código ha encontrado una solución inequívoca y terminante. La propia ley es la que indica qué hechos tienen la consideración de circunstancias agravantes. El artículo 10, en su caso el 11, y el 59, no dejan lugar a dudas. Estas son las agravantes y ninguna otra. De manera que los mismos elementos fácticos pueden tener y tienen en el Código penal español, unas veces el valor de elementos esenciales de un tipo

(1) Véase: MEZGER, *Studienbuch*, I, 5.^a ed. (1954), págs. 93 y 259 y *Tratado* (trad. esp.), I, 3.^a ed. (1957), págs. 393 y s.; *Leipziger Kommentar*, 8.^a ed. (1957), I, págs. 43-45 (MEZGER); MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, Karlsruhe, 1954, págs. 205 y s., con una indicación bibliográfica a la pág. 194.

criminal, otras el de circunstancias (accidentales) de un delito. Un ejemplo, perfectamente claro, lo suministra el parentesco en los grados comprendidos en el parricidio. Es evidente la conclusión de que el parentesco no puede funcionar en el parricidio (dentro de los grados parentales previstos en el mismo), como circunstancia modificativa (accidental), puesto que ha sido elevado a la categoría (en ese tipo) de elemento integrante del delito. Es vicioso, por ello, hablar de “agravantes específicas” (2) cuando la ley construye un tipo integrando en él un *jactum* que normalmente constituiría sólo una agravante, pues el uso de tal terminología, sin salvedades, induce a error sobre la naturaleza del elemento del delito de que se trata.

c) *La aplicación del párrafo último del artículo 501 y del artículo 506 al robo con homicidio daría lugar a tipos cualificados.*

Era necesario aclarar lo que de aquí en adelante se ha de entender en este trabajo sobre agravantes y cualificaciones para que en ningún momento pueda darse el equívoco de que en los casos de robo con homicidio que se estudian estamos ante delitos “agravados”. Si, contra lo que entiendo que es la opinión más correcta, se considera que el párrafo último del artículo 501 y el artículo 506 son aplicables al robo con homicidio, estaríamos no ante robos con homicidio *agravados*, sino ante robos con homicidio *cualificados*. Esto es, ante tipos distintos del robo con homicidio (que a estos efectos funcionaría técnicamente como delito básico), castigados con una pena propia: la de muerte.

Esta doctrina ha sido admitida y consagrada en la repetida jurisprudencia sobre el artículo 506. Las Audiencias provinciales, desde la entrada en vigor del texto refundido de 1944, se han inclinado, con obstinación, a la tesis de todo punto equivocada, de que las circunstancias previstas en el artículo 506 son causas de agravación, no elementos que vienen a integrar nuevos tipos —cualificados— de delito. Y el Tribunal Supremo, con plausible reiteración, ha venido sosteniendo que no es así: que la pena señalada en el artículo 506 en relación con las diferentes formas de robo es una *pena tipo*, lo que vale tanto como decir que corresponde a tipos de delitos distintos, debiendo jugar dentro de los límites de la pena, así determinada por la ley, las

(2) Nuestra técnica legislativa aconseja unificar la terminología en el sentido del texto. Ejemplo de la inseguridad a que conduce en el Derecho español llamar “agravantes específicas” a los elementos que vienen a cualificar un tipo básico, puede verse más adelante, en el texto, pág. 517. De otra manera sucede en el Derecho italiano, donde se maneja un concepto amplio de “circunstancias”, reservando el trato de elementos constitutivos para los que determinan un cambio de “título” en el delito. Cfr. BETTIOL, *Diritto penale*, 1945, págs. 328 y s.; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, 2.ª ed. (1499), pág. 229; SANTORO, *Le circostanze del reato*, 2.ª ed. (1952), *passim*, especialmente, págs. 37 y s., 205 y ss. Naturalmente, una vez de acuerdo con la significación y valor funcional que ha de atribuirse a la expresión “agravantes específicas” no hay inconveniente en usarla como equivalente a elementos constitutivos del delito cualificado. Por las mismas razones entiendo que hay que rehuir la nomenclatura: “delitos agravados” o “delitos atenuados” para designar los tipos cualificados o privilegiados: Aquí, como en otros muchos puntos, nuestra legislación presenta caracteres peculiares que impiden la simple yuxtaposición de conceptos elaborados para otros Códigos.

circunstancias modificativas, sin que se pueda imponer pena inferior a la que resulta de conjugar el artículo 506, a que me vengo refiriendo, con el caso de robo pertinente (3).

II. LOS ARGUMENTOS

a) *La interpretación gramatical.*

A favor de la admisión de robos con homicidio cualificados milita el tenor literal de la ley. El Código no hace excepción alguna para el robo con homicidio en el párrafo último del artículo 501 (uso de las armas que llevare el sujeto), ni en el artículo 506 se hace ninguna salvedad en beneficio del delito objeto de la presente investigación. El aforismo: *ubi lex non distinguet nec nos distinguere debemus* (4), ope-

(3) Así se declaró de manera terminante y explícita en la *sentencia de 28 de junio de 1950*, en un caso de robo con fuerza en las cosas, diciendo "que las circunstancias mencionadas en los cuatro números del artículo 506 del Código penal, no revisten la condición de agravantes especiales aplicables con efectos ordinarios al delito de robo, pues sobre no expresarlo así el precepto conforme pudo y debería haberlo hecho de ser ese su pensamiento, señalan las penas que se habrán de imponer según la cuantía y escala del artículo anterior; cosa que resultaría innecesaria si prevaleciese otro criterio interpretativo; pero es que, además, los términos rotundos del mandato cuando exige siempre el grado máximo del arresto o de los presidios menor y mayor, implica la designación de *penas tipos dentro de las cuales jugarán las circunstancias comunes que modifiquen la responsabilidad del agente*, hasta el punto que de concurrir un motivo atenuatorio no podrá compensarse fuera de los límites de las mismas por uso de las reglas primera y tercera del artículo 61, dentro de cuyos límites también se moverá la facultad de arbitrio de la regla cuarta, y, en cambio, pese a la prohibición de la sexta, la tenencia de armas para robar y ejecutar el robo en casa habitada son causas que determinan juntas el aumento de la pena inmediata superior con empleo por cierto de idénticas palabras en el número 2.º de dicho artículo 506". Esta dirección jurisprudencial se mantiene con firmeza en numerosísimas sentencias: Véanse, entre otras, las de 1 de julio de 1946, 8 de mayo de 1947, 27 de mayo de 1947, 26 de septiembre de 1947 ("esta circunstancia actúa como cualificativa..."), 21 de noviembre de 1947, 12 de enero de 1948, 17 de marzo de 1948, 2 de abril de 1948, 12 de junio de 1948 ("la pena, en este caso, está constituida por el grado máximo del presidio menor"), dos de 7 de julio de 1948, 8 de julio de 1948, 25 de noviembre de 1948, dos de 19 de febrero de 1949, 15 de junio de 1949, 13 de octubre de 1949, 23 de noviembre de 1949, 19 de diciembre de 1949, 18 de febrero de 1950, 13 de abril de 1950 ("pena tipo"), 24 de mayo de 1950, 28 de junio de 1950 ("implica la designación de penas tipos, dentro de las cuales jugarán las circunstancias comunes..."), 26 de septiembre de 1950 ("no constituye una mera circunstancia objetiva de carácter agravatorio"), 16 de noviembre de 1950, 26 de mayo de 1951 ("constituye una sanción propia"), dos de 5 de julio de 1951 ("pena tipo"), 23 de febrero de 1952, 21 de febrero de 1953, 19 de mayo de 1953, 27 de mayo de 1953 ("pena tipo"), 11 de junio de 1953, 27 de febrero de 1954 ("figura delictiva"), 12 de marzo de 1954, 30 de marzo de 1954, 30 de abril de 1955, 9 de diciembre de 1955, 21 de abril de 1956 ("pena... señalada por la ley para el delito consumado"), 16 de enero de 1957, etc.

(4) Sobre el valor de la interpretación literal, véase ANOTOLISEI, *Manuale*, 2.ª ed. (1949), pág. 43 ("la letra de la ley constituye un límite que el intérprete no puede rebasar en ningún caso").

ra aquí en beneficio de la tesis de que hay en nuestro Código robos con homicidio cualificados. Este es el camino que ha seguido la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, aunque sin llegar en la práctica, en general, a soluciones incorrectas porque los casos en los que se afirma la pena de muerte son de tal índole que, por la mera concurrencia de otras modificativas, generalmente varias agravantes, sería también obligada o estaría autorizada la imposición de la última pena (5).

(5) Véanse las sentencias de *13 de marzo 1948* (501, 2.º/501, 1.ª, con las agravantes de alevosía, premeditación y despoblado, y, para uno de los autores, además, la reincidencia), *13 de junio de 1949* (501, párrafo último/501, 1.º, con las agravantes de premeditación y nocturnidad), *12 de junio de 1950* (501 párrafo último/501, 1.º, con agravante de nocturnidad), *5 de julio de 1950* (501 párrafo último/506, 1.ª (!) y 2.ª/501, 1.º, con agravantes de premeditación y reincidencia), *1 de diciembre de 1950* (501, párrafo último/501, 1.º, con agravantes de premeditación y 13.ª del art. 10), *21 de octubre de 1952* (560, 2.ª/501, 1.º, con alevosía y premeditación), *31 de octubre de 1952* (501, párrafo último/506, 2.ª/501, 1.º, con las agravantes de desprecio al sexo y a la edad de la ofendida), *8 de junio de 1953* (506, 2.º/501, 1.º, apreciando la Audiencia de Barcelona el abuso de superioridad, que luego se niega en la casación), *8 de abril 1954* (506, 1.ª y 2.ª/501, 1.º, apreciando la Audiencia la alevosía, que fué negada en casación), la importantísima de *7 de julio de 1955* (el llamado caso de las estanterías de Sevilla: 501, párrafo último/506, 2.ª/501, 1.º, con la agravante de desprecio al sexo para los tres condenados y de reincidencia para dos de ellos), etc.—La doctrina jurisprudencial, respecto al artículo 506, se contiene en la *sentencia de 8 de junio de 1953*, que se pronunció en los siguientes términos: “tanto la dirección jurídica del recurrente, en su segundo motivo, como el Ministerio Fiscal en el primero, que alegó en uso de la facultad que concede a las partes en los recursos admitidos de derecho en beneficio del reo, el artículo 951 de la ley reformada de Enjuiciamiento Criminal, traen a debate un tema interesantísimo que ya es hora de abordar en toda su dimensión para que la doctrina de esta Sala proyecte su luz sobre la controversia suscitada en torno a la esfera de aplicación de las normas contenidas en el artículo 506 del ordenamiento jurídico, que unos juristas estiman que se refieren exclusivamente a los delitos de robo con fuerza en las cosas, que describen en su artículo 504, y otros, en cambio, consideran que también son aplicables a los de robo con violencia o intimidación en las personas, que son objeto del artículo 501 del propio Cuerpo legal, y en este último sentido ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala al resolver un problema menos ambicioso y declarar que si bien la concurrencia en el delito de robo con violencia e intimidación en las personas de las circunstancias específicas consignadas en el último párrafo del artículo 501 del ordenamiento sustantivo, produce el efecto de obligar a los Tribunales a imponer la pena señalada para este delito, en cada uno de los cinco casos del precepto, en su grado máximo, pueden además concurrir en esa modalidad del delito de robo alguna o algunas de las especiales agravantes que enumera el artículo 506, que se aplicarán en cada caso, bien se trate de robo con violencia e intimidación en las personas o con fuerza en las cosas, porque así lo demanda la generalidad del texto de su párrafo inicial, y se deduce de la propia índole de cada una de las circunstancias que taxativamente se expresan en los cuatro números del precepto, puesto que, respecto al número 1.º, lo mismo en una forma de robo que en otra puede el delincuente llevar armas u otros medios peligrosos; en cuanto al número 2.º, es obvio que de igual manera puede cometerse el robo con violencia en las personas que el con fuerza en las cosas en casa habitada o edificio público o destinado al culto o en alguna de las dependencias de los mismos, porque no son esas condiciones del lugar donde el robo se perpetró exclusivas de determinada modalidad de esa figura delictiva, y es perfectamente posible que el robo con violencia, o simplemente con fuerza, se realice

No puede decirse, sin embargo, que con la interpretación literal se hayan alcanzado las metas que toda interpretación persigue, a saber, poner de manifiesto el sentido de la ley (6). El significado gramatical de las palabras que emplea el Código sólo indica que literalmente el texto de la ley *no excluye* el significado que se le pretende atribuir. Pero sólo podrá afirmarse que éste es el genuino sentido del precepto que se examina, cuando la historia de los antecedentes, el sistema y la consideración teleológica vengan a corroborar aquel primer

en cualquiera de esos lugares; el número 3.º, lógicamente, se infiere que al prever la ley que el delito se cometa mediante el asalto de un tren, buque, aeronave, automóvil u otro vehículo, da a entender que, la causa agravatoria surgirá cuando esos medios de transporte estén prestando sus servicios y ocupados por viajeros, pasajeros, propietarios o conductores, pero no cuando se hallen en ellos persona alguna; y el número 4.º bien claramente descubre el pensamiento que le inspiró el prever el caso de que el delito se cometiese contra oficina bancaria, recaudatoria, mercantil u otra en que se conserven caudales o contra persona que los custodie o transporte, y en los primeros supuestos de este apartado se advierte que de igual modo pueden estar estas oficinas funcionando, y por consiguiente, con el personal encargado de los diversos servicios que realizarse el robo fuera de las horas laborables, en cuyo caso rara vez faltará algún empleado que tenga a su cargo la custodia y vigilancia del local. En suma: que no existe razón legal alguna que impida aplicar las circunstancias agravantes específicas del artículo 506 del ordenamiento jurídico al delito de robo, en cada caso, como dice la norma, si concurren, tanto cuando se cometa con violencia o intimidación en las personas como simplemente con fuerza en las cosas, sin perjuicio de las específicas de los robos con violencia o intimidación en las personas que contemplan el párrafo final del artículo 501, referente a los casos en que el delincuente hiciera uso de armas u otros medios peligrosos que llevase. sea al cometer el delito o para proteger la huida, o que atacase a los que acudieran en auxilio de la víctima, o a los que le persiguiesen; y el artículo 502, que hace relación a esa clase de infracciones expresamente y determina la responsabilidad de los que ejecuten el robo con violencia o intimidación en las personas en cuadrilla, y como el Tribunal sentenciador se inspiró en el mismo criterio interpretativo que se reclama, hay que concluir afirmando que aplicó correctamente al presente caso el número 2.º del artículo 506, antes mencionado y estudiado, por haberse cometido el delito de robo con ocasión del cual resultó homicidio en casa habitada, y no puede prosperar la impugnación que a este respecto se ha formulado." Sin embargo, en algunos casos, se ha prescindido por las Audiencias de aplicar el número 2.º del artículo 506, aplicando en su lugar la agravante genérica de ejecutar el hecho en la morada de la víctima, cuando no hubiere provocado el suceso. Así, en las sentencias de 7 de diciembre de 1951, 8 de julio de 1952, 23 de junio de 1954, 7 de julio de 1955, 20 de febrero de 1956, 24 de enero de 1957, etc. En estos casos ni siquiera se discutió en casación la posibilidad de aplicar el artículo 506. En la sentencia de 7 de julio de 1955 se hizo uso del arbitrio que concede el párrafo segundo de la regla 2.ª del artículo 61 y no se impuso la última pena.

(6) Como es sabido la meta de la interpretación es poner de manifiesto el significado de la ley, lo cual es necesario para poderla aplicar después al caso concreto. Cfr. ANTOLISEI, *Manuale*, 2.ª ed. (1949), pág. 39; GRISPIGNI, *Corso di Diritto penale*, I (1932), pág. 396; *Leipziger Kommentar*, 8.ª ed. (1957), I, página 57 (JAGUSCH). La aplicación a la práctica, como pretende, v. gr., MEZGER (*Leipziger Kommentar*, I (1957), pág. 1) y BETTIOL (*Diritto penale*, 1945, página 75 y siguientes: acto de lógica concreta) no es el único fin de la interpretación.

resultado que arroja la letra de la ley (7), lo cual no sucede en el presente caso, como espero que se desprenderá de lo que a continuación se dice.

Antes he de advertir, no obstante, que el problema que plantea el robo con homicidio respecto a la posible aplicación del artículo 506, no es tributario de aquel otro más general suscitado sobre la relación del artículo 506 con el delito de robo con violencia o intimidación en las personas (8). La gravedad de la pena señalada al robo con homicidio, hace que, como se verá seguidamente, la cuestión en este delito tenga perfiles propios e independientes de la más general, que también plantea nuestro Código, sobre si el artículo 506 es común a todos los supuestos de robo o se contrae sólo a los de robo con fuerza en las cosas. La independencia del problema en lo que respecta al robo con homicidio, se traduce en que la solución a que se llegue para tal delito no prejuzga la que haya de darse en los demás delitos de robo con violencia o intimidación en las personas. No vamos, pues, a discutir aquí la exactitud de la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación del artículo 506 al robo con violencia o intimidación de las personas, pero sí el que baste una interpretación literal para decidir sin más que las cualificaciones repetidamente aludidas concurren también en el robo con homicidio.

b) *La interpretación histórica.*

a') *La prohibición de la pena de muerte como sanción única contenida en la Ley de Autorizaciones.*

El primer argumento en contra de la admisión de robos con homicidio cualificados, castigados con la pena de muerte como única pena indivisible, lo suministra la *Ley de Autorizaciones* de 19 de julio de 1944 y el Preámbulo del Decreto de 23 de diciembre de 1944. Pues en la determinación de la voluntad de la ley (*ratio legis*) tiene una extraordinaria importancia la voluntad del legislador. El número tercero del apartado A) del artículo 2.º de la ley de 19 de julio de 1944 preceptuaba lo siguiente:

“No figurará en ningún delito como sanción única la pena de muerte, y en ningún caso cuando resultare establecida como resultado de la estimación agravada de un determinado delito.”

Dos mandatos contenía, por consiguiente, esta disposición. Uno, la prohibición de la pena de muerte como pena absolutamente deter-

(7) La particular importancia de la interpretación teleológica, se destaca especialmente por MAURACH, *Deutsches Strafrechts*, Allg. Teil, 1954, pág. 77. Cfr., además, ANTOLISEI, *Manuale*, 2.ª ed. (1949), pág. 43 y siguiente (“el método que otorga una importancia predominante al fin, corresponde también al clima espiritual de la época en que vivimos, porque tiene una impronta netamente realista y se adapta al dinamismo que caracteriza a la época misma”); *Leipziger Kommentar*, 8.ª ed., I (1957), pág. 2 (MEZGER) y 58 (JAGUSCH), con indicaciones bibliográficas.

(8) Véase: ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal*, II (1949), páginas 387 y ss.

minada. Otro, la de que por la mera mecánica de las reglas generales sobre las agravantes se pudiese llegar a la pena de muerte sin posibilidad de estimación de las circunstancias atenuantes que concurrieran.

El segundo de los términos del número tercero, apartado A), artículo 2.º de la ley de 19 de julio de 1944, encontró en el Código terminante realización. El párrafo tercero de la regla segunda del artículo 61 del Código vigente dispone:

“En ningún caso se impondrá la pena de muerte cuando, no hallándose establecida en este Código para el delito de que se trate, resultare aplicable por agravación de la pena señalada en el mismo.”

El único caso en que, no estando establecida la pena de muerte para el delito de que se trate, puede resultar *por agravación*, es el previsto en la regla sexta de citado artículo 61, que obliga a imponer la pena superior en uno o dos grados cuando concorra la doble reincidencia. El párrafo último de la regla 2.ª consagra así una excepción a lo prevenido en la regla sexta del artículo 61. Pero nuestro problema no resulta afectado por la regla apuntada, porque los casos de supuesta aplicación del párrafo último del artículo 501 y del artículo 506 no son casos de robo con homicidio *agravados*, sino de robos con homicidio cualificados. Y, además, porque el robo con homicidio tiene señalada la pena de muerte, si bien no como única pena, sino como grado máximo de la pena de reclusión mayor a muerte con la que castiga la Ley este delito.

La prohibición de la Ley de Autorizaciones que nos interesa es la que concierne al primero de los mandatos: *No figurará en ningún delito como sanción única la pena de muerte*. ¿Ha burlado el legislador esta prohibición? Entiendo que no. Al menos no ha prescindido de ella deliberadamente, puesto que en el Preámbulo del Decreto de 23 de diciembre de 1944, promulgando el Código, advierte en el apartado E) que la adaptación de la Ley penal “se ha verificado en virtud de las autorizaciones de la Ley de 19 de julio de 1944”, resumida en el punto que discutimos en estos términos:

“E) *Modificación de la penalidad en la forma preceptiva que marca la Ley de autorizaciones, respecto a no figurar como sanción única la pena de muerte...*”

Por lo tanto, el legislador entiende que, tal y como ha quedado redactado el Código, se cumple el mandato de que en ningún delito se señale la pena de muerte como “sanción única”. ¿Es posible, sin embargo, que la torpeza del legislador haya llegado a tal extremo que, en materia tan importante, no haya dado forma técnica a este propósito y, en definitiva, el Preámbulo venga a estar en desacuerdo con las terminantes declaraciones que en él se hacen?

La hipótesis de un desacuerdo en la voluntad del legislador y la Ley obliga a preguntarse si, en el caso de que realmente existiera, habría de prevalecer ésta.

Normalmente se viene admitiendo que entre la voluntad del legislador y la voluntad de la ley debe prevalecer ésta y no aquélla. Esta

solución es correcta en lo que a la "interpretación" se refiere. Mas la relación entre la Ley de Autorizaciones y el Código, entiendo, que rebasa en el concreto supuesto objeto del examen, la simple conexión que existe entre una ley y un elemento que contribuye a su interpretación. Se trata, a mi juicio, de un conflicto entre dos disposiciones de rango desigual. No debe olvidarse que el Código se promulgó por un *Decreto* y que, en el orden legal, esta disposición es de rango inferior a la Ley. La de Autorizaciones tiene, por consiguiente, la primacía sobre el Código, y su valor excede aquí del que tienen los meros trabajos preparatorios en la interpretación de un precepto. En el supuesto de que hubiera desacuerdo entre la Ley de Autorizaciones y el Código, soy de opinión que éste no tiene fuerza de obligar en lo que se separe de aquélla. Relación *análoga* a la que media entre una ley y un reglamento dictado para su desarrollo: el reglamento debe ceder ante la disposición contraria de la ley. En consecuencia, no se podrían admitir robos con homicidios cualificados cuya única pena fuera la de muerte.

b') *La divisibilidad de las penas en grados, consagrada en el Preámbulo del Código.*

La idea de que no existe tal desacuerdo se robustece, sin embargo, con lo que dice el apartado C) del propio Preámbulo del Código de 1944, a saber, que es un "*principio constantemente observado por la Ley penal el de que la sanción de cada delito comprenda tres grados*". Este criterio tan explícitamente recogido por el legislador al promulgar el Texto refundido del Código, se siguió desarrollando el artículo 1.º de la Ley de Autorizaciones, en cuanto obligaba a depurar el nuevo cuerpo legal de "errores técnicos", considerándose como tal, con acierto, el que las penas no estuviesen compuestas de tres grados (9). Y es claro que si prosperase la interpretación a que me opongo, de que en el Código existen robos con homicidio cualificados, se conculcaría aquel principio porque no se seguiría, siendo la pena de muerte la sanción única, indivisible por su naturaleza, señalada a algunos casos de robo con homicidio abstracción hecha de la concurrencia de circunstancias agravantes o del arbitrio que concede la regla 4.ª del artículo 61.

c') *Reconocimiento de la diferencia esencial entre el robo con violencia o intimidación en las personas y el cometido con fuerza en las cosas.*

Ciertamente que la propia Ley de Autorizaciones, artículo 2.º, apartado B), número 13, no fué muy explícita sobre el alcance de la reforma en el capítulo del "robo". Se limitó a decir que "se restablecería la redacción de los artículos 495 a 502 (del Código de 1932), pero reduciéndolos a un solo artículo en el que se castigue el robo

(9) Cfr. Federico CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1954*, Madrid, 1946, pág. 16.

normal con independencia de las circunstancias que en tales artículos se detallan”, mandato sintetizado en el Preámbulo del Código en los siguientes términos:

“L) Redacción del capítulo relativo al delito de robo, con mayor rigor científico.”

Los autores del Proyecto que luego se transformó en el texto refundido vigente, se encontraron ante una seria dificultad al intentar traducir el propósito de la autorización (10) y la resolvieron concretando las innovaciones que debían introducirse. La ponencia hizo una síntesis del capítulo dedicado al robo en el Código de 1932 y propuso una nueva redacción sobre la base de un concepto “normal” del robo para definir después “diferentes figuras delictivas” con pena superior o inferior a la de aquél. El proyecto de la ponencia (11) no fué aprobado y se substituyó por la Comisión revisora del Código en los términos en que hoy se encuentra concebido el artículo 500 y los siguientes del texto promulgado por el Decreto de 23 de febrero de 1944. Las características de la reforma, en lo que aquí importa, expresadas por la persona que más influyó en ella, el profesor don Federico Castejón, son las siguientes:

a) Tratar los robos con violencia e intimidación en las personas (Pen., 501) *separadamente* de los cometidos mediante el empleo de fuerza en las cosas, designándolos con estas denominaciones.

b) ...

c) Omitir las *agravantes genéricas* que, como el despoblado, se encuentran en el libro I (art. 10), y *no ejercen oficio de cualificativas en este delito* (Pen. 1932, 495, 496).

d) Dar valor de *cualificativa* a la concurrencia simultánea en el robo del porte de armas y de la casa habitada o edificio público o religioso (Pen., 506, 2.º).

e) Definir como *agravante* del robo el asalto de vehículo o contra oficina o persona que custodie o transporte caudales (Pen., 506, 3.º y 4.º).

f) ... etc.”

Si nos detenemos en la primera de las notas que caracterizan la reforma del capítulo del robo en 1944, esto es, en la *separación* de los robos con violencia o intimidación de los cometidos con fuerza en las cosas, no puede por menos de aplaudirse el criterio de la Comisión revisora que advirtió cómo entre ambos delitos hay una diferencia

(10) Véase: Federico CASTEJÓN, *Génesis*, 1946, págs. 93 y ss.

(11) Véase: Federico CASTEJÓN, *Génesis*, 1946, págs. 95 y ss.

esencial que corrobora no sólo la historia del delito de robo (12), sino la legislación comparada (13).

d) *La separación, criterio de los Códigos penales anteriores al vigente.*

La separación entre los robos con violencia o intimidación en las personas y el cometido con fuerza en las cosas viene a mantener, acertadamente, un criterio tradicional, que arranca del *Código de 1822*. En aquel Código se definía el robo como tomar o quitar para sí, con violencia o fuerza, lo ajeno (art. 723), manifestándose que la “violencia o fuerza” podía hacerse tanto a las personas como a las cosas (artículo 724). Es decir, se partía de una definición común a las dos clases de robo. Pero, a continuación, se detallaban por separado, sin cualificaciones comunes, los delitos con “fuerza o violencia hecha a la persona” (arts. 725, 727, 728, 729, 730) y los perpetrados con “fuerza o violencia ejecutada en las cosas solamente” (arts. 726, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 741). Es de notar que en este Código el robo con homicidio (art. 611: “Los salteadores y ladrones que de cualquier modo maten para robar o hurtar, o en el acto de hacer el robo o hurto, o después para encubrirlo o salvarse...”) figuraba no entre los “delitos contra la propiedad de los particulares”, sino entre los “delitos contra las personas”, capítulo primero (“Del homicidio, envenenamiento, castración y aborto, y de los que incendian para matar”). El *Código de 1848* dividió el capítulo “de los robos”, primero del título de los “Delitos contra la propiedad” (lib. II, tít. XIV), en dos secciones, con la rúbrica de “robo con violencia en las personas” (art. 425 y siguientes) una, de “robo con fuerza en las cosas” otra (art. 431 y siguientes). Esta división expresa desaparece en la reforma de 1870 (art. 515 y siguientes), mas se conservó en el fondo, reapareciendo de nuevo formalmente en el *Código de 1928*, donde después de una definición común (art. 687), volvemos a encontrar dos secciones, una (art. 688 y siguientes) de “Robos con violencia o intimidación en las personas”, y otra (art. 694 y siguientes) de “robos con fuerza en las cosas”. La reforma de 1932 siguió el camino de 1870: no división del capítulo en secciones, pero separación en el fondo, por el cual optó, en definitiva, como queda dicho, el legislador en 1944.

(12) Excelente resumen de la evolución histórica en von LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25.ª ed. (1927), páginas 608 y siguientes. 633 y siguiente, donde puede apreciarse que nuestro robo con fuerza en las cosas tiene sus raíces en los hurtos cualificados de la época del derecho común.

(13) Incluso en donde, como en el *Código penal italiano de 1930*, se incluyen en un solo capítulo (“De los delitos contra el patrimonio mediante violencia en las personas o en las cosas”) el hurto (“furto”, artículos 624, 625, 626) y el robo con violencia o intimidación (“rapina”: artículo 628), se mantiene la diversidad de títulos de imputación, con la consecuencia de que faltan “circunstancias” comunes a ambas especies de delitos (allí, como de ordinario en otros códigos extranjeros, los casos que califica nuestra legislación de “robo con fuerza en las cosas” son hurtos “agravados”).

e') *La consecuencia del criterio de la separación.*

Aceptado, como se ve, el sistema de separar —formalmente o no— los delitos de robo con violencia o intimidación, de los cometidos con fuerza en las cosas resalta inmediatamente en la legislación anterior al Código vigente el que no hay cualificaciones comunes a ambas especies de robo. El reconocimiento de la diferencia esencial que existe entre las dos clases de robo se lleva a cabo consecuentemente por el legislador. Nada hay en ellos de común. Una interpretación, como la jurisprudencial, que atribuye al artículo 506 cualificaciones aplicables tanto al robo con violencia como al cometido con fuerza en las cosas, no tiene antecedentes.

El porte de armas, la casa habitada o edificio público cualificaban, en el Código de 1870, tan sólo al robo con fuerza en las cosas. El asalto a un tren, buque, etc., o establecimiento bancario, etc., sólo afectaban al robo con violencia o intimidación en las personas, en el Código de 1928. Cualificaciones análogas se encuentran también en la Ley para la seguridad del Estado de 19 de marzo de 1941. Pero en el Código de 1928 y en la Ley de 19 de marzo de 1941 no era, indudablemente, propósito del legislador eludir la pena de muerte como única pena indivisible, sino, al contrario, v. gr., la Ley para la seguridad del Estado la establecía de modo expreso para el supuesto de que se causase el homicidio con armas.

La reunión de estas circunstancias en el artículo 506 del Código vigente provoca ya (14) serias dudas en orden a su posible aplicación a las dos especies del robo que conoce nuestro derecho; mas estas dudas se acentúan, en lo que se refiere al robo como homicidio, por la razón ya expuesta del evidente deseo del legislador de no imponer la pena de muerte como sanción única en ningún caso.

c) *Interpretación sistemática.*

El criterio que al fin prosperó en la reforma de 1944, viene a suministrar un nuevo argumento contra la aplicación del artículo 506 al robo con homicidio, aunque deje en pie la duda respecto a la relación que guarda éste con el último párrafo del artículo 501. Se trata de la duplicación de la cualificativa *cum armis*, repetida en el número 1.º del artículo 506. Es evidente que la ley no permite, tratándose de robos con violencia o intimidación en las personas, imponer el grado máximo de la pena cuando concurre tan sólo el *porte* de armas, sino que es preciso que las armas portadas "se usen" (15). Por consiguiente, puede inferirse lógicamente también, mediante *e contrario*, que el uso de armas es la única circunstancia que puede cualificar el robo con violencia o intimidación en las personas, no teniendo este valor

(14) Cfr. ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal*, II (1949, páginas 387 y ss.

(15) En este sentido, aunque atenuando con un "parece querer indicar", QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1946, II, págs. 395 y 402.

las demás que se mencionan en el artículo 506. Claro que este argumento no llega a probar que deba apreciarse el uso de las armas que los delincuentes llevaren para cualificar el delito en *todas* las especies del robo con violencia o intimidación.

d) *Interpretación teleológica.*

Hasta ahora se han examinado argumentos que hacen cuestionables los resultados de la interpretación literal y con ello la doctrina jurisprudencial que en ella se basa. Si atendemos ahora, no sólo a la letra, sino al fin de los preceptos sobre los que se cierne la duda, llegaremos a la conclusión de que, cualquiera que sea la opinión que se sustente respecto a los restantes robos con violencia o intimidación a las personas, es totalmente contrario al sentido de la ley hacer gravitar sobre el número 1.º del artículo 501 las cualificaciones de uso o porte de armas, casa habitada, edificio público, etc., etc. Porque tales cualificaciones tienen sentido únicamente si se consideran como un peligro de que al robo se añada el peligro de que se produzca un ataque contra la integridad corporal (16), pero su razón de ser desaparece cuando el legislador deja de tener presente el "peligro" que el porte o uso de las armas, la casa habitada, etc., entraña, para imponer una pena más elevada, no ya a causa de este peligro, sino de la lesión misma de la vida o integridad corporal. El resultado efectivamente producido priva de toda eficacia cualificativa al *peligro* de que ese resultado se ocasione (17).

(16) En sentido del texto: VIZMANOS Y ALVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al Código penal*, II, 1848, pág. 166 ("El robo en iglesia o lugar habitado llevando armas demuestra ir dispuesto el ladrón a servirse de ellas y cometer cualquiera atentado que necesitare para lograr su propósito..."), 467 ("sino que diciendo en lugar habitado ha querido consignar la circunstancia muy atendible de correr riesgo las personas..."), 469 ("porque robando en lugar no habitado poco importa que el ladrón fuere con armas o sin ellas"); PACHECO, *El Código penal*, 2.ª ed., III (1856), pág. 11 ("Como se ve, la ley da una importancia capital al hecho de llevar armas. Este hecho en efecto aumenta notoriamente los males y peligros del robo..."); VIADA Y VILASECA, *Código penal reformado de 1870*, Madrid, 4.ª ed., III (1890), pág. 379 ("... la circunstancia de llevar o no *armas* los malhechores..., supone en éstos el propósito de vencer cualquier resistencia que pudiera oponérseles y hacer uso de ellas en caso necesario"), el cual robustece su criterio con las expresivas sentencias de 28 de diciembre de 1885 y 5 de julio de 1886, y lo reitera en el comentario al artículo 525, página 401 ("Como quiera que esa circunstancia de ser inhabitado el lugar donde se perpetra el robo aleja toda clase de peligro personal y no produce tanta alarma como el que se comete en casa que tiene moradores..."); GROIZARD, *El Código penal de 1870*, Salamanca, VI (1896), página 199, 208 ("peligro de que sorprendidos los ladrones hieran o maten a las personas que se opongan a la realización de sus malos propósitos..."), 226 y 227.

(17) Por eso es a un tiempo acertada e incongruente la sentencia de 7 de julio de 1955 recaída en el caso llamado de las "estanqueras de Sevilla". Acertada porque, en el Considerando XIII rechazó la posibilidad de apreciar el número primero del artículo 506, basándose en un razonamiento exacto, a saber, "porque entre ésta y la del párrafo último del artículo 501 hay una evidente incompatibilidad, si se tiene en cuenta que mediante ésta se prescribe la imposición de la pena en el grado máximo por haber empleado armas en la comisión del delito y ello resalta una actuación de mayor entidad que el mero porte de las mismas, y la absorbe por ser, en tal caso, la definitiva consagración

III. NATURALEZA DE LAS RELACIONES ENTRE EL ROBO CON HOMICIDIO Y EL PÁRRAFO ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 501 Ó, EN SU CASO, CON EL ARTÍCULO 506

Hemos llegado a un punto en que se ha de preguntar cuál es la naturaleza jurídica de la relación entre el robo con homicidio y las cualificaciones a que me vengo refiriendo. No merece discutirse la hipótesis de que se trate de un concurso de delitos. Es evidente, por el contrario, que nos encontramos ante un concurso de leyes penales (18). Es decir, un caso en el que *aparentemente* vienen en aplicación varias normas penales, pero en realidad una de ellas excluye a las demás (19). La materia relativa al concurso de leyes ofrece particular dificultad por la variada terminología que usan los autores que se ocupan del tema (20). Pero atendiendo, más que a los nombres, al objeto mismo a que el concurso de leyes se refiere me atengo a la opinión dominante, que con una

del peligro que potencialmente se prevenía y no pueden estimarse conjuntamente, cediendo el paso para su aplicación a la de mayor gravedad en el resultado". Pero incongruente porque no aplicó ese mismo razonamiento (esto es que el peligro deja de agravar cuando la ley tiene presente para señalar la pena el resultado de la conducta peligrosa) a las relaciones entre el párrafo último del artículo 501 y el robo con homicidio, ni a la relación entre el número 2.º del artículo 506 (en este caso: casa habitada) y el número 1.º del art. 501 (Considerando XII), condenando, en definitiva, a los tres procesados como autores de un delito de robo con homicidio "previsto y penado en el párrafo último del artículo 501 y la circunstancia 2.ª del art. 506". Por lo demás, el criterio mantenido sobre la no aplicación del número 1.º del art. 506 se refiere a los restantes delitos de robo con violencia o intimidación en las personas, en contradicho en otras sentencias, como, por ejemplo, en la de 5 de julio de 1950 en que se aplicó a un robo con homicidio el párrafo último del art. 501 y, además, el número 1.º del 506; en cambio, las sentencias de 13 de marzo de 1948, 13 de junio de 1949, 1 de diciembre de 1950 y 31 de octubre de 1952 no apreciaron el número 1.º del art. 506; la de 28 de febrero de 1953 adopta una interpretación radicalmente opuesta a la sostenida en la de 7 de julio de 1955 ("pues de otra suerte se daría el contrasentido de castigar más severamente el hecho de llevar armas el delincuente que el de hacer uso de ellas"). Estas vacilaciones, titubeos e incongruencias demuestran que no se ha tomado una vía segura en la interpretación y aplicación jurisprudencial de los preceptos a que me vengo refiriendo, cuya trascendencia no es preciso subrayar.

(18) Sobre el concurso de leyes, véanse: QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, I (1947), págs. 283 y siguientes; ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal*, I (1949), págs. 461-464; CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, I, 12.ª ed. (1955), páginas 647 y siguientes; PUIG PEÑA, *Colisión de normas penales Concurso aparente de leyes punitivas*, 1955, *passim*; MEZGER, *Tratado de Derecho penal* (trad. española de la 2.ª ed. alemana, por RODRÍGUEZ MUÑOZ, adicionada por QUINTANO RIPOLLÉS, Madrid, II, 3.ª ed. (1957), pág. 379 y ss.

(19) En nuestro caso se trata, por tanto, de determinar si el número 1.º del artículo 501 *excluye* al párrafo último del artículo 501/501, 1.º, al art. 506, 1.º/501, 1.º, etc., o viceversa.

(20) Por ejemplo, para ANTOISEI, CARNELUTTI y MANZINI, todos los casos se reducen a la especialidad; BETTIOL y MAURACH admiten las relaciones de especialidad, subsidiaridad y consunción; M. E. MAYER y MEZGER: especialidad y consunción; FRANK, H. MAYER, WELZEL y NAGLER-JAGUSH, ANTÓN ONECA, CUELLO CALÓN, PUIG PEÑA: especialidad, subsidiaridad, consunción y alternatividad. No obstante, bajo esta nomenclatura diversa se cobijan los mismos problemas.

u otra denominación reconoce la existencia de cuatro posibles relaciones entre las leyes que concurren, a saber: especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad. La cuestión se reduce a examinar si las normas penales aludidas (501, 1.º; 501, párrafo último/501, 1.º; 506, 1.º/501, 1.º, etc.) están en relación de especialidad o de consunción, porque, a mi parecer, la subsidiariedad y la alternatividad deben descartarse desde el primer momento.

A primera vista, la relación entre los diferentes supuestos del artículo 506, o el párrafo último del artículo 501, y el robo con homicidio, es de especialidad, ya que ésta puede configurarse con arreglo a la siguiente fórmula:

Lex generalis = a.

Lex specialis = a + b.

De donde resultaría, trasladándola a nuestro problema:

Lex generalis = robo con homicidio (art. 501, 1.º).

Lex specialis = robo con homicidio + uso de las armas que el delincuente llevaré... (párrafo último del artículo 501/501, 1.º).

= robo con homicidio + porte de armas (artículo 506, 1.º/501, 1.º).

= robo con homicidio + cometer el delito en casa habitada (art. 506, 2.º/501, 1.º).

= robo con homicidio + cometer el delito en edificio público (art. 506, 2.º/501, 1.º).

= ...

Pero una fórmula matemática no basta para resolver el problema. No se trata, en la relación de especialidad, de una simple suma de elementos. Ni una ley es especial respecto a otra tan sólo por el hecho de que contenga un *mayor número* de elementos integrantes del tipo delictivo. La relación de especialidad exige una previa determinación respecto a la *calidad* del elemento que se adiciona a la *lex generalis*. La relación de dos normas penales será de especialidad cuando la *lex generalis* no contenga en sí el desvalor de la supuesta *lex specialis*, porque para que exista esta ley especial es preciso que el elemento que se añade sea algo *nuevo* frente a los que integran la ley general. Aunque tal exigencia no ha sido suficientemente destacada por la doctrina, es obvio que se deduce del propio enunciado de la relación de especialidad, tal y como se simboliza en la fórmula transcrita. Si el elemento *b*, que se añade al elemento *a*, se encuentra en alguna manera contenido en él, me parece de toda evidencia que sólo aparentemente podrá estimarse que nos hallamos ante una relación de especialidad.

Ahora bien, sabemos que el desvalor que implica cometer el delito de robo llevando armas, usándolas, en casa habitada, contra una oficina bancaria, etc., está constituido por el *peligro*, que de ahí puede derivarse, para la vida del sujeto pasivo o de un tercero. Sabemos también que la razón de que el robo con homicidio constituya un delito

más grave que los demás tipos de robo reside en que del robo (con motivo u ocasión de él) *resulta* la muerte de una persona, o sea que ya no es el mero peligro, sino la muerte misma de la víctima o de un tercero lo que la ley toma en consideración al señalar la pena del delito. Por consiguiente, es claro que no viene a añadirse, en los supuestos del párrafo último del artículo 501, o del artículo 506, un elemento *nuevo*, que no haya sido tomado ya en cuenta por el legislador al señalar la pena del robo con homicidio. Lo contrario, reduciendo la exposición a sus términos abstractos (21), conduciría al absurdo de que elevase la responsabilidad criminal el peligro de que un resultado se produzca, cuando el delito se ha construido a base de la producción de ese resultado. Este absurdo se percibe claramente en el siguiente esquema:

producción del resultado = tipo básico.

producción del resultado + peligro de que ese resultado se produzca = tipo cualificado.

La consecuencia es que la relación sea no de especialidad, sino de consunción (22): el desvalor del robo con homicidio, por ejemplo,

(21) El razonamiento del texto pone de relieve hasta qué punto es discutible la afirmación frecuente en la literatura sobre el concurso de leyes, de que cuando se trata de una relación de consunción hay que "tener en cuenta todas las circunstancias del caso, incluso las más concretas" (v. gr., MEZGER, *Tratado*, trad. española, 3.ª ed., II (1957), pág. 382, aunque paliando en seguida (pág. 383) esta tesis con un: "de ordinario"). Nadie dudará de que, prescindiendo de todo caso concreto, el homicidio comprende el desvalor de los daños causados por el reo sobre el traje de la víctima (consunción). Otro ejemplo, demostrativo de que no es *siempre* preciso descender a las circunstancias todas del caso concreto, puede verse en FERRER SAMA, *Comentarios*, II (1947), página 283 (robo en casa habitada y allanamiento de morada).

(22) Al mismo resultado se podría llegar si se concediera que, en nuestro código, el robo con homicidio es un *delictum sui generis*. Sobre estos delitos, cfr. MEZGER, *Tratado*, trad. de RODRÍGUEZ MUÑOZ, I, 3.ª ed. (1955) pág. 393 y siguiente, y *Sturienbuch*, I, 5.ª ed. (1954) pág. 93 y 259; MAURACH, *Lehrbuch*, I (1954) pág. 205 y siguientes; *Leipziger Kommentar*, I, 8.ª ed. (1957) pág. 44-45. Ciertamente que si, como sucede en el asesinato o el parricidio, hubiera el Código penal español acuñado un título para singularizar el delito del número 1.º del artículo 501 con respecto a los demás supuestos de robo con violencia o intimidación en las personas, me hubiese decidido sin vacilar por esta solución que excluiría la posibilidad de aplicar al robo con homicidio otras cualificaciones que las que *expressis verbis* indicara el legislador. Pero no es este el caso. En otro sentido, apunta una solución diversa de la que se sostiene en el texto CUELLO CALÓN, *Derecho penal II*, 9.ª ed. (1955), pág. 826, estimando aplicable la regla contenida en el párrafo segundo de la regla segunda del artículo 61 del Código penal; esta solución no es, sin embargo, factible sino sobre la base de que se considere que las circunstancias previstas en el párrafo último del artículo 501 y en el artículo 506 son "agravantes" y no "elementos cualificativos", lo cual no es compatible con la posición sostenida en el texto, pág. 509 y siguientes (véase también, sobre este punto especialmente la nota 3). Merece, no obstante, subrayarse la sustancial coincidencia con el insigne maestro en cuanto a que se ha de permitir el juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y evitar la interpretación jurisprudencial que conduce a la admisión de robos con homicidio cuya pena es la de muerte como única pena indivisible.

usando armas, está comprendido, consumido, por el desvalor que supone ya el robo con homicidio. *Lex consumens derogat legi consumptae*.

IV. EL ARTÍCULO 68

El artículo 68 del Código penal parece contradecir lo que hasta ahora se viene deduciendo de lo expuesto: que no hay robos con homicidio cualificados. El artículo 68 dispone que "*los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquel que aplique mayor sanción delictiva al delito o falta cometido*". Y, realmente, este argumento en contrario sería decisivo si todos los casos de concurso de leyes se rigieran por tal disposición. Pero no es así (23).

Basta para ponerlo de manifiesto considerar la relación de especialidad. Si el artículo 68 se aplicara literalmente no sería posible en ningún caso condenar por infanticidio (art. 410), porque se interpondría siempre la pena más grave señalada para el parricidio (art. 405). Es indudable, sin embargo, que no corresponde a la *ratio legis* el consignar sin utilidad ninguna una serie importante de tipos penales, luego una interpretación que conduce a tales resultados debe rechazarse. De nuevo nos encontramos con que es inadmisibile una interpretación literal.

Ciertamente que el artículo 68 va más allá del propósito que inspiró esta reforma al legislador (24). Mas no llega, a mi juicio, a ser

(23) Cfr. ANTÓN ONECA, en ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal*, I (1949) pág. 462 y siguiente, limitando el artículo 68 a las relaciones de alternatividad y, por ello sustancialmente de acuerdo con el texto, ya que rechaza la necesidad de una subsidiaridad tácita. PUIG PEÑA, *Colisión de normas penales*, 1955, págs. 17, 111, 127 a 128, sigue el camino, dudoso, de excluir de lo que se viene entendiendo por concurso de leyes a aquellos casos en los que la relación es de subsidiaridad o de consunción, los cuales de esta manera quedan para él al margen de lo prevenido en el artículo 68 que para él sólo disciplina las hipótesis en que se trate de una "colisión real y efectiva" de dos normas penales diversas desde un punto de vista cuantitativo.

(24) En la ley de Autorizaciones no se mencionaba expresamente reforma alguna como la introducida por el artículo 68. Se debe colocar, por lo tanto, entre la "depuración de errores técnicos" (art. 1.º Ley Autorizaciones). Confirma esto CASTEJÓN, Génesis, 1946, pág. 43, diciendo: "Es artículo nuevo, por refundición del 174, 237 y otros semejantes del Cód. 1932... Esta regla evitará la necesidad de repetir en otros artículos de este Código la norma que contiene, como sucedía en el de 1932, en el libro II, artículo ya citados, y en la mayoría de los del libro III". Es, pues, evidente, dada la importancia que tiene la opinión del Profesor CASTEJÓN, miembro de la Comisión revisora nombrada por Orden de 21 de octubre de 1944, que el propósito del legislador no fué introducir novedades en materia de concurso de leyes, sino mejorar la economía del Código ahorrando repeticiones. El artículo 174, común a las tres secciones que componían el capítulo primero del Título II (Libro II) del Código de 1932 ("Delitos contra el Jefe del Estado, contra las Cortes, el Consejo de ministros y contra la forma de Gobierno") decía que lo dispuesto en aquéllas se entendería "sin perjuicio de lo ordenado en otros" artículos que señalaran mayor pena a cualquiera de los hechos castigados en dichas secciones;

aplicable más que a los casos de subsidiariedad tácita (25) y de alternatividad (26), ninguno de los cuales afecta al problema a que nos venimos refiriendo en esta investigación, cuya índole veda el que me detenga en digresiones más amplias sobre la regulación del concurso de leyes en nuestro derecho (27).

V. LOS CRITERIOS POLÍTICO-CRIMINALES

Afirmada la conclusión de que no existen en el Código delitos de robo con homicidio cualificados, queda por examinar a una luz distinta el tema. El intérprete debe preguntarse si los resultados de su trabajo están de acuerdo con las direcciones político-criminales del presente e incluso demandar una corrección, sea por el camino de la llamada "interpretación progresiva" (28), sea *de lege ferenda*, si tales resultados no concuerdan con una sana política criminal. La cuestión se contrae ahora a decidir si sería o no acertada la inclusión en el Código de algunos casos de robo con homicidio cuya pena fuera la pena de muerte como sanción única.

En este punto estimo que, si se presupone el mantenimiento de la pena de muerte en el Código, cuya conveniencia no debe discutirse aquí la única manera de que pueda hacerse más tolerable a la sensibilidad jurídica del hombre actual es limitarla a los casos extremos, es

lo mismo prevenía el artículo 237 para los delitos comprendidos en el Capítulo segundo de igual título ("Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución"). En el libro III, como indica el mencionado autor, se multiplica el empleo de la fórmula: "cuando el hecho no tuviere señalada pena mayor en este Código o en otras leyes" o análogos. Ejemplos de esto: artículos 564, 2.º; 565, 2.º, 4.º y 5.º; 569, 1.º; 571, 2.º, etc. Pero, creo que había aquí, en parte, una mala inteligencia: el "sin perjuicio" se refería al concurso de delitos, no de leyes. Cfr. GROIZARD, *El Código penal*, III, pág. 242. Casos estos distintos de los de subsidiariedad expresa especificados en el Libro III del Código de 1932. Por lo tanto la norma nació para eludir las repeticiones que procedían de la relación de subsidiariedad. Mas al no limitarse expresamente a ella, el artículo 68 vino a resolver también los supuestos de alternatividad.

(25) Sobre la subsidiariedad tácita, véase: Max ERNESTO MAYER, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, 2.ª ed. (1923), pág. 512 y siguientes, aunque con su construcción y terminología no considera estos casos incluidos en el concurso de Leyes, sino en el concurso real (impropio).

(26) Sobre el principio de alternatividad, véase ANTON ONECA, en ANTON ONECA Y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal*, I (1949), pág. 462 y siguiente. Fué formulado por primera vez por BINDING, *Handbuch*, I (1885) pág. 349, y representa un defecto de técnica legislativa: dos preceptos penales *no deben tener nunca un sector común*.

(27) Como muestra de disconformidad de la doctrina española contra una desmedida aplicación literal del artículo 68, véase CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, I (1955) pág. 649 ("justo principio de especialidad") y nota 2 a la pág. 650 ("figuras distintas de delito").

(28) Sobre la "interpretación progresiva" y los límites dentro de los que puede utilizarse, cfr. GRISPIGNI, *Corso di Diritto penale*, I (1932), pag. 413 y siguientes.

decir, a los de mayor gravedad, y esto sólo se puede conseguir si se atenúan técnicamente los reparos que ofrece su indivisibilidad, porque ella es la que impide, precisamente, que la pena quede reservada sólo a aquellos casos extremos a que acabo de aludir. La indivisibilidad no permite el efecto primario de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a que me he referido al principio de este trabajo, y al imposibilitar toda medida de la pena, obliga a tratar del mismo modo casos desiguales, lo que es siempre injusto, y mucho más si la pena señalada al delito es la pena capital. Esta es, por lo demás, una condición inherente a todas las penas absolutamente determinadas (29), pero se hace del todo intolerable cuando se ha de imponer la última pena. Toda política criminal digna de tal nombre ha de aspirar a conseguir los resultados que se propone con medios justos. Las reflexiones que acabo de hacer permiten afirmar que la pena de muerte, como sanción única para unos supuestos delitos de robo con homicidio cualificados no sería una sanción justa. Luego, no cabe menos de aplaudir que el legislador español la haya proscrito de nuestro Código.

En segundo lugar, desde un punto de vista utilitario, me parece oportuno recordar la observación, hecha repetidas veces, de que la imposición de penas de igual severidad a hechos cuya gravedad es muy distinta, tiene por corolario, cuando la pena es la de muerte, el alentar la producción de los crímenes más graves (30). Esto puede aplicarse también a aquellos casos en que no hay posibilidad de graduar la pena en función de las circunstancias concretas que concurran en el hecho de que se trate, si la pena es la de muerte; el delincuente encuentra cerradas las puertas a todo arrepentimiento y recibe aliento

(29) M. E. MAYER, *Lehrbuch*, 2.^a ed., 1923, pág. 15 dice: "han de rechazarse sin excepción alguna, porque impiden toda individualización negando con ello la evidencia de que en todo tipo abstracto pueden subsumirse otros concretos muy diversos entre sí".

(30) Ya lo advertía BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, (en *Scritti maggiori*, editado en la colección: *Capolavori italiani*, Milán, 1929) XXIII: "... Se una pena iguale è destinata a due delitti che disugualmente offendono la società, gli nomini non troveranno un più forte ostacolo per commettere il maggior delitto...". Entre nosotros: Manuel DE LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma* (1782), Madrid, 1916, cap. II, 12, 13 y 14 ("Por regla general las leyes penales deben hacerse de modo que el que se determine a cometer un delito tenga algún interés en no consumarle, en no cometerle con ciertas circunstancias que le hagan más atroz y pernicioso, en no pasar de una atrocidad a otra..."); Josef MARCOS GUTIÉRREZ, *Discurso sobre los delitos y las penas*, Madrid, 1806, cap. III, VIII y V, I; PACHECO, *Código penal*, 2.^a ed. (1856), III, 317: "Si todo robo se penara de la misma suerte que el robo con asesinato, no habría un ladrón que no fuese asesino...". Las citas podían multiplicarse. Incluso con referencia al derecho penal militar puede decirse lo mismo: cfr. FELIU DE LA PEÑA, *Proyecto de Código Militar*, Barcelona, 1851, págs. 124-125. Los inconvenientes de la indivisibilidad cuando concurren circunstancias modificativas han sido expresadas vigorosamente por Pietro ELLERO, *Sobre la pena de muerte* (trad. española por Antonio GÓMEZ TORTOSA), Madrid, 1907, pág. 161: "Se declara que el acusado habría merecido una mitigación de la pena, y al mismo tiempo no se le concede...". Esto, tratándose de la pena de muerte, es crueldad.

para acumular circunstancias de agravación que, en definitiva, no han de alterar la última pena en que ha incurrido. Y estos efectos nocivos provienen entonces de la ley. Pero, si esto ocurre, la pena falta a uno de sus fines esenciales que es la lucha contra el delito. Pues la prevención general no se ha de entender tan sólo en el sentido de inhibir la comisión del delito, sino que también se ejerce con impedir sus manifestaciones más graves en beneficio de más benignas formas de criminalidad. La pena de muerte impuesta como sanción única a determinados delitos contradice esta función de carácter eminentemente político criminal que debe tener la pena.

Por consiguiente, no hay razones de política criminal que abonen, *de lege lata* o *de lege ferenda*, una interpretación opuesta a la que propugnamos.

VI. CONCLUSIONES

Los puntos de vista aquí sostenidos pueden resumirse en las conclusiones siguientes:

Primera. No existen en el Código penal español delitos de robo con homicidio cualificados, cuya pena sea la pena de muerte como única pena indivisible.

Segunda. La razón fundamental, de las muchas que pueden alegarse, consiste en que el desvalor del robo con homicidio consume el desvalor delictivo de las cualificaciones contenidas en el párrafo último del artículo 501 ó en el artículo 506.

Tercera. Esta interpretación está de acuerdo con las exigencias de una razonable política criminal.

Cuarta. La no aplicación al robo con homicidio de las cualificaciones contenidas en el párrafo último del artículo 501 y en el artículo 506, no prejuzga la relación de estos preceptos con los restantes casos de robo con violencia e intimidación en las personas.