



Roj: **STS 2934/2001 - ECLI:ES:TS:2001:2934**

Id Cendoj: **28079120012001103892**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/04/2001**

Nº de Recurso: **3491/1999**

Nº de Resolución: **586/2001**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **JOSE ANTONIO MARAÑÓN CHAVARRI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Abril de dos mil uno.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera, que condenó al acusado Juan Antonio por delito de robo con fuerza en las cosas, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chavarri, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida el acusado Juan Antonio representado por la Procuradora Sra. D^a Elena Galán Padilla.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Azpeitia, incoó Procedimiento Abreviado con el número 3 de 1998, contra Juan Antonio, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, cuya Sección Primera, con fecha trece de julio de mil novecientos noventa y nueve, dictó sentencia que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: El día 19 de Julio de 1997, sobre las 16,00 horas aproximadamente, Juan Antonio, mayor de edad y ejecutoriamente condenado por sentencia firme de fecha 18 de Junio de 1.996, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de San Sebastián, como autor responsable de un delito de robo a la pena de 6 meses y 1 día de prisión menor, penetró en la vivienda propiedad de D^a María Consuelo, situada en el piso NUM000 del Caserío denominado DIRECCION000, el cual se encuentra ubicado en el barrio de DIRECCION001 de la localidad de Ala, haciéndolo a través de una ventana interior que se encontraba abierta y para lo cual tuvo que subirse a la barandilla de las escaleras de acceso a la referida vivienda, y, una vez en su interior, se apoderó de un reloj analógico con la reseña en él de la marca Keler, que el representante de la empresa de cervezas le había regalado, tras lo cual, y debido a la llegada de unas personas, familiares de la referida propietaria, procedió a saltar por la misma ventana en dirección a la salida del caserío, huyendo con el reloj y siendo perseguido en coche por una de esas personas, hasta que, al dirigirse el mismo hacia el monte, dicha persona abandonó su persecución, que continuó no obstante la patrulla de la Ertzantza que se personó en el lugar y que consiguió detenerle poco después, cuando todavía se encontraba en el monte y a unos 2 kilómetros del caserío en el que había penetrado previamente, llevando en su poder el reloj que había cogido y que fue devuelto a su propietaria

En el momento de los hechos el acusado pretendía conseguir dinero con el que hacer frente a su adicción a las sustancias estupefacientes que en aquella época consumía.

No ha quedado suficientemente acreditado que el acusado sustrajera de la vivienda en la que penetró una sortija de zafiros valorada en 73.600 ptas. y una pulsera de oro valorada en 21.600 ptas., cuya falta del joyero que D^a María Consuelo tenía en su habitación constató la misma el día 11 de Septiembre de 1.997, día en el que procedió a interponer la correspondiente denuncia.

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:



FALLO: Que debemos condenar y condenamos a Juan Antonio como autor responsable de un delito de robo con fuerza en las cosas, penado y previsto en los artículos 237, 238.1º y 241.1 y 2 del Código Penal, y ejecutado en grado de tentativa, que previene el art. 16 del mismo cuerpo legal, con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, prevista en el párrafo 8º del art. 22 del Código Penal y de la circunstancia atenuante de drogadicción del párrafo 2º del art. 21 del mismo cuerpo legal, a la pena de 6 meses de prisión, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndole asimismo la condena al pago de las costas devengadas en el curso del procedimiento.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por EL MINISTERIO FISCAL, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- El Ministerio Fiscal, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

UNICO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim. por infracción por aplicación indebida de los arts. 16 y 62 del CP.

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la votación prevenida el día veintisiete de marzo del año dos mil uno.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO: El recurso del MINISTERIO FISCAL se formuló al amparo del art. 849.1º de la LECrim., y en él se denuncia la infracción, por aplicación indebida de los arts. 16 y 62 del CP.

Estima el recurrente que no procede aplicar los preceptos citados, que regulan la tentativa, puesto que el delito de robo con fuerza en las cosas perpetrado por Juan Antonio debe estimarse consumado, en cuanto dicho acusado gozó de la disponibilidad del objeto sustraído, al haberse interrumpido la persecución que de él hizo un familiar de la perjudicada, aunque luego se reanudase la misma por la Ertzainza, que acabó deteniendo a Juan Antonio en el momento a unos kilómetros del caserío donde cometió el robo, y recuperando el reloj que había sustraído. Entiende el Ministerio Público que durante el tiempo en que el acusado no estaba siendo seguido, ni era por tanto divisado por el familiar de la dueña del caserío, ni por los Agentes de la Policía autonómica, tuvo la posibilidad de disponer del objeto de que se había apoderado escondiéndolo o abandonándolo.

Cita el Ministerio Fiscal, en apoyo de su motivo, la doctrina jurisprudencial que estima alcanzada la consumación de los delitos de robo o hurto, cuando el aprehensor alcanza una disponibilidad, aunque sea mínima o fugaz, sobre el objeto sustraído, no apreciándose la consumación solo en los casos en que el depredador es sorprendido o detenido "in situ", o tras la persecución ininterrumpida hasta su captura. Determina la consumación, según la jurisprudencia citada, el que se alcance por el autor del apoderamiento una ideal o potencial capacidad de disposición o de realización de cualquier acto de dominio material sobre la cosa sustraída.

Entiende el Ministerio Fiscal que debía casarse la sentencia recurrida y condenarse a Juan Antonio, como autor de un delito de robo con fuerza de los arts. 237, 238.1º y 241.1 y 2 del NCP, con la concurrencia de la agravante de reincidencia del art. 22.8º y de la atenuante de drogadicción del art. 21.2º del mismo Cuerpo Legal, e imponerse le pena de dos años y seis meses de prisión.

La representación de Juan Antonio impugnó el recurso del Fiscal, por entender que no respetaba los hechos probados, y porque en la practica el autor de robo careció de capacidad de disposición, aunque la persecución se hubiera interrumpido.

La jurisprudencia de esta Sala (SS. de 10 y 26.6.78, 10.1.79, 7.3.81, 28.9.82, 7.2 y 10.10.83, 16.1.84, 7.7 y 21.10.85, 11.10.86, 31.3.87, 3.2 y 83.88, 30.1.89, 9.5 y 1.7.91, 16.12.92, 8.2.93, 8.11.94, 1217/97 de 10.10, 341/98 de 5.3, 2061/98 de 3.9, 1174/98 de 8.10, auto, 106/99 de 11.2, S. 441/99 de 23.3, 823/99 de 27.5, 1788/99 de 20.12, 1173/99 de 13.7, 24.1.2000, 16.5.2000, 25.9.2000 y 27.3.2001), para deslindar la figura plena o consumada de la semiplena o intentada en el delito de robo, ha optado por el criterio de la "illatio", que supone la disponibilidad sobre la cosa sustraída, que determina la consumación, mientras que todavía no se consigue con la mera "contractatio", que significa el apoderamiento de la cosa ajena, ni con la "ablatio", que consiste en la separación de la cosa de la posesión material del ofendido. La consumación exige la apropiación del bien expoliado, que pasa a estar fuera del control y disposición de su legítimo titular, para entrar en otro control, en que impera la iniciativa y autonomía decisoria del aprehensor. Habrá consumación cuando el autor ha podido huir con el objeto de el robo en su poder, abandonando el lugar dentro del cual era posible considerar que la cosa todavía podía obrar en el ámbito de la custodia del sujeto pasivo. Cuando, pese a la aprehensión de la cosa por



el sujeto, el mismo es sorprendido "in fraganti", o perseguido inmediatamente después de realizado el hecho hasta darle alcance, no se ha traspasado el área característica de la frustración, con arreglo al antiguo Código, y de la tentativa, según el Código actual, pero se alcanza el momento consumativo cuando el infractor ha tenido la libre disponibilidad, siquiera sea de modo momentáneo, fugaz y de breve duración. Tal disponibilidad se alcanza si la persecución se interrumpe, y el autor del robo es por tanto perdido de vista durante algún tiempo.

Con arreglo a la doctrina expuesta, el recurso del fiscal debe ser acogido, dado que Juan Antonio llegó a tener disponibilidad sobre el reloj de que se había apoderado, al interrumpirse la persecución a que fue sometido por el familiar de la perjudicada, y haber podido por tanto abandonar o esconder el objeto sustraído.

III. FALLO

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación, interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de San Sebastián, en el procedimiento abreviado 3/98, tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Azpeitia. Y, en consecuencia debemos casar y casamos la sentencia, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Abril de dos mil uno.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Azpeitia, con el número 3 de 1998, y seguida ante a la Audiencia Provincial de San Sebastián, Sección 1ª, por delito robo con fuerza en las cosas, contra el procesado Juan Antonio , con DNI. NUM001 , nacido en San Sebastián, el 14.8.70, hijo de Cristobal y de María Angeles , y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha trece de julio de mil novecientos noventa y nueve, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. Don José Antonio Marañon Chavarri, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito consumado de robo con fuerza en las cosas, en casa habitada, previsto y sancionado en los arts. 237, 238.1º y 241. 1 y 2 del CP.

SEGUNDO: Es responsable criminalmente como autor del delito de robo apreciado, al amparo del art. 28 del CP., el acusado Juan Antonio , en quien concurrió la agravante de reincidencia, del art. 22.8º del CP. y la atenuante de drogadicción del art. 21.2º del mismo Cuerpo Legal.

TERCERO: Atendidas las circunstancias personales del penado, especialmente su drogodependencia, y la poca gravedad del hecho, la Sala, en uso de las atribuciones que le concede el art. 66 del CP., en su apartado primero, considera que debe imponer en su borde mínimo la pena que legalmente le corresponde a Juan Antonio .

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Juan Antonio , como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas, con la agravante específica de casa habitada, y con la agravante genérica de reincidencia y la atenuante de drogadicción a la pena de dos años de prisión, con las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos



PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chávarri, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ