

RESUMEN

Entiende el recurrente que la sustracción perpetrada en la casa del denunciante integraba una falta de hurto, al no haber existido escalamiento para penetrar en la casa, en base a las propias manifestaciones de aquél y a lo reflejado en el atestado, por ser muy bajo el muro divisorio de la finca en cuestión. Por ello, se estima en el recurso que no cabe apreciar un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, comprensivo de las sustracciones contempladas en la sentencia, sino un solo delito de robo con fuerza en las cosas y dos faltas de hurtos. Estima el TS el motivo articulado, ya que con apoyo en los hechos probados debe considerarse indebidamente aplicados el art. 237 y 238,1 y el 241 CP al hecho b) de la narración histórica, pues no cabe calificar de escalamiento al franqueamiento de un muro de un metro, como el que tuvo que salvar el procesado para acceder al patio de la vivienda de la víctima. Efectivamente, frente a la doctrina tradicional que estimaba escalamientos a la llegada al alcance de las cosas que se pretendían sustraer por una vía insólita o desacostumbrada, distinta del acceso natural, no consideró calificador de robo el escalamiento de salida o huida, y en cuanto al escalamiento de entrada estimó que supone la utilización de un lugar no destinado para la entrada, y además el empleo de un esfuerzo o destreza de cierta importancia, el despliegue de una energía criminal de cierta entidad, para el acceso al lugar desde se hallan los objetos que se pretenden sustraer. Con arreglo a la doctrina expuesta, la superación por el recurrente del pequeño muro de un metro de altura que rodeaba la finca del recurrido no exigía el empleo de destreza o fuerza de importancia. No puede calificarse, por tanto, como escalamiento del núm. 1º del art. 238, sino que la sustracción verificada por el acusado descrita como hecho b) en la narración histórica debe estimarse integrante de una falta de hurto tipificada en el apartado 1º del art. 623 CP. En virtud a lo razonado, procede dar lugar al recurso y acordar que los hechos declarados probados deben considerarse integrantes de un delito de robo con fuerza en las cosas con escalamiento, en la modalidad de casa habitada, concurriendo en la ejecución del delito y de las faltas la atenuante de drogadicción segunda del art. 21 CP.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Mahón (Baleares), incoó Procedimiento Abreviado con el número 7 de 1997, contra Andrés, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, cuya Sección Segunda, con fecha veintiocho de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, dictó sentencia que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: El acusado Andrés, mayor de edad (nacido el día 30 de marzo de 1.962) y condenado, entre otras, por sentencia firme de 19 de septiembre e 1.989 a la pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor, y por sentencia firme de 22 de diciembre de 1.990 la de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, en ambas ocasiones como responsable del delito de robo, realizó los siguientes hechos:

a) Sobre las 5 horas del día 16 de octubre de 1.996, accedió, a través de una ventana abierta a una altura de 1,60 metros, al interior del domicilio de Antonio sito en la calle O. número... de A., y, una vez en su interior, se apoderó, con ánimo de beneficiarse económicamente de 29.000 pesetas en efectivo, diversos objetos de decoración y joyas valoradas en 121.000 pesetas, dándose a la fuga al verse sorprendido por el morador a quien se dirigió diciéndole “no te acerques a mí, que llevo una pistola y te mato”.

El acusado fue detenido poco después y una vez en el Cuartel de la Guardia Civil de la localidad M. indicó a los agentes donde se encontraban parte de los efectos sustraídos, recuperándose en un huerto de la localidad A. joyas valoradas en 49.000 pesetas que han sido entregadas a su titular María Luisa.

A la vista de la actitud mostrada por el acusado, la fuerza instructora lo puso en libertad sobre las 12,45 horas del día 17.

b) Sobre las 15 horas del mismo día 17 de octubre de 1.996, el acusado accedió, **saltando un pequeño muro de un metro de altura al patio y desde él por la puerta, al interior de la vivienda** sita en la calle R. número . de A., propiedad de Jaime, apoderándose con ánimo de beneficiarse económicamente, de 10.000 pesetas en efectivo, moneda fraccionaria y diversos objetos valorados en 28.027 pesetas, recuperándose momentos después en poder del acusado objetos valorados en 22.027 pesetas.

c) Seguidamente el acusado accedió, sin que conste el empleo de fuerza o violencia al interior del domicilio de Ana, apoderándose, con ánimo de beneficiarse económicamente de un monedero que contenía 2.340 pesetas, que fueron halladas momentos después en poder del acusado y entregadas a su titular.

Andrés era adicto a la heroína, y actuó con sus facultades psíquicas ligeramente disminuidas.

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

FALLO: Que debemos condenar y condenamos al acusado Andrés, como responsable de un delito continuado contra el patrimonio precedentemente definido, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal agravante de reincidencia y atenuante de grave drogadicción, a la pena de tres años, seis meses y un día de prisión, con la accesoria legal de suspensión de empleo o cargo público durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas procesales. Por vía de responsabilidad civil abonará a María Luisa y a Jaime, como indemnización de perjuicios, la cantidad que se determine en periodo de ejecución de sentencia como valor de reposición de los bienes sustraídos y no recuperados.

Para el cumplimiento de la pena que se impone declaramos de abono todo el tiempo que haya estado privado de libertad por los hechos objeto de la presente causa, siempre que no le hubiera sido computado o le fuera computable en otra.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por el acusado Andrés, 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

SEGUNDO.- En el primer motivo se considera infringido el art. 237 del CP., por haberse tipificado el hecho b) de los imputados a Andrés como delito de robo con fuerza en las cosas de los previstos en el mencionado precepto, en la modalidad de escalamiento y con la agravante de casa habitada. Entiende el recurrente **que la sustracción perpetrada en la casa de Jaime integraba una falta de hurto, al no haber existido escalamiento para penetrar en la casa, en base a las propias manifestaciones del denunciante y a lo reflejado en el atestado de la Guardia Civil, por ser muy bajo el muro divisorio de la finca de la localidad A..** Por ello, se estima en el recurso que no cabe apreciar un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, comprensivo de las sustracciones contempladas en la sentencia, sino un solo delito de robo con fuerza en las cosas, - el integrado por el hecho a) de la narración histórica- y dos faltas de hurtos -las que integraban los hechos b) y c) del relato fáctico-.

Efectivamente, frente a la doctrina tradicional que estimaba escalamientos a la llegada al alcance de las cosas que se pretendían sustraer por una vía insólita o desacostumbrada, distinta del acceso natural (SS. de 11.2 y 27.9.82, 23.1.84, 24.1, 31.5, y 28.6.85, 22.1.88, 3.11.89, 2.5, 22.9, 28.10.92), una nueva doctrina manifestada, entre otras, en las sentencias de 20.3.90, 661/93 de 25.3, 586/99 de 15.4, 368/2000 de 10.3, no consideró calificador de robo el escalamiento de salida o huida, y **en cuanto al escalamiento de entrada estimó que supone la utilización de un lugar no destinado para la entrada, y además el empleo de un esfuerzo o destreza de cierta importancia, el despliegue de una energía criminal de cierta entidad, para el acceso al lugar desde se hallan los objetos que se pretenden sustraer.**

Con arreglo a la doctrina expuesta, la superación por Andrés, joven de 24 años, **del pequeño muro de un metro de altura que rodeaba la finca de Jaime no exigía el empleo de destreza o fuerza de importancia. No puede calificarse, por tanto, como escalamiento** del núm. 1º del art. 238. La sustracción verificada por el acusado en casa de Jaime descrita como hecho b) en la narración histórica **debe estimarse integrante de una falta de hurto tipificada en el apartado 1º del art. 623 del CP., dado que la cuantía de lo sustraído ascendía a 28.027 pesetas.**

No cabe estimar constitutivos de un delito continuado, previsto en el apartado 1 del art. 74 del CP. al robo con fuerza en las cosas del que han sido calificados los hechos del apartado a) de la narración histórica, y a las faltas de hurto, que integran los hechos de los apartados b) y c), puesto que la aplicación del art. 74 supone una punición más grave que la sanción independiente del delito de robo y de las faltas de hurto, sin que el Tribunal de casación pueda cuestionar la incorrecta calificación del hecho a) como robo con fuerza, al no haber sido planteada por las partes la inaplicación indebida del art. 242 del CP., a consecuencia de la conducta intimidatoria de Andrés respecto a Antonio, que se refleja en el relato fáctico.

FALLO

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación, interpuesto por Andrés contra la sentencia dictada el 28 de septiembre de 1.998, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en el Procedimiento Abreviado 7 de 1997, tramitado por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Mahón; y 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. Roberto García-Calvo y Montiel.- José Antonio Marañón Chávarri.- José Jiménez Villarejo.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de noviembre de dos mil uno.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción número 1 de Mahón, y fallada posteriormente por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, y por sentencia de casación ha sido casada y anulada en el día de la fecha, y que fue seguida por delito de robo con fuerza en las cosas y sendas faltas de hurto, contra Andrés, nacido el 30.3.62, con DNI. núm. ..., hijo de Andrés y de Rosario, natural de Sevilla, con antecedentes penales, privado de libertad por razón de esta causa desde el día 17 de octubre hasta el siguiente día 11 de noviembre de 1976; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chavarrí, hace constar los siguientes:

ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados del apartado a) deben considerarse integrantes de un delito de robo con fuerza en las cosas con escalamiento, en la modalidad de casa habitada, previsto en los arts. 237, 238 núm. 1º y 241 del CP., y los de los apartados b) y c) como sendas faltas de hurto de las tipificadas en el núm. 1º del art. 623 del CP.

SEGUNDO.- Es autor del delito y las faltas, según lo dispuesto en el art. 28 del CP., Andrés.

TERCERO.- Concorre en la ejecución del delito y de las faltas la atenuante de drogadicción 2º del art. 21 del CP.

FALLO

Que debemos condenar y condenamos al acusado Andrés como responsable en concepto de autor de un delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada, con la atenuante de drogadicción a la pena de dos años de prisión, con la accesoria de suspensión de empleo o cargo público durante el tiempo de la condena y por dos faltas de hurto, a dos penas de arresto de dos fines de semana, y al pago de las costas.

Y se mantienen los pronunciamientos de la sentencia recurrida sobre la indemnización de perjuicios.