

DELITOS DE ROBO DE DROGAS EN CASA HABITADA Y TRÁFICO DE DROGAS: ELEMENTOS Y CONSUMACIÓN

Casto Páramo de Santiago

Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

EXTRACTO

La comisión de diversos delitos exige siempre acreditar la existencia de todos los elementos que determinen su existencia e igualmente de los supuestos que determinen la existencia de una circunstancia o elemento que agrave la responsabilidad, debiendo determinar de acuerdo con las circunstancias que concurran si los hechos han sido consumados o solo intentados. En los delitos contra el patrimonio debe existir la disponibilidad del objeto sustraído para considerar consumado el delito, lo que se ha de conectar con la posible aplicación del delito contra la salud pública en grado de consumación o tentativa, de manera que si el hecho constitutivo de robo es calificado como en grado de tentativa, dicha calificación ha de predicarse también del delito de tráfico de drogas, al no darse el elemento de la posesión mediata o inmediata, por falta de disponibilidad mínima o potencial.

Palabras clave: tráfico de drogas: tentativa, robo de estupefacientes.

ABSTRACT

The various offenses always required to prove the existence of all the elements that determine their existence and also the assumptions that determine the existence of an aggravating circumstance or material that responsibility must be determined according to the circumstances whether the facts have only been accomplished or attempted. In crimes against property must be subtracted availability subject to consider consummate the crime, which must be connected to the potential application of the crime against public health degree or attempted, so that if the act constituting qualifies as theft is attempted, that classification has also preached the crime of drug trafficking, to not be the element of possession direct or indirect, for lack of minimum availability or potential.

Keywords: narcotics trafficking attempt, theft of narcotics.

Fecha de entrada: 11-12-2012 / Fecha de aceptación: 11-12-2012

ENUNCIADO

Dos personas de común acuerdo fracturaron la puerta de una vivienda ajena, que su propietaria había alquilado a dos personas para que pasaran allí dos meses en las vacaciones de verano, donde se apoderaron de tres paquetes que contenían una sustancia que resultó ser cocaína, y que pesó 980 gramos, con un 66% de pureza, de los que se apoderaron para destinarla al tráfico y consumo de terceras personas. Cuando abandonaban el portal y al verse sorprendidos por la policía, que había acudido al lugar, alertada por un vecino, abandonaron los paquetes detrás de la puerta emprendiendo la huida, pese a lo cual fueron finalmente detenidos a escasa distancia del lugar de los hechos. Los daños causados ascendieron a 1.000 euros. La sustancia intervenida hubiera tenido en la venta al por mayor un valor de 60.000 euros.

Cuestiones planteadas:

1. Delito de robo con fuerza en las cosas.
2. Delito contra la salud pública.
3. Conclusión.

SOLUCIÓN

1. El caso que se propone plantea varias cuestiones de interés, como son la posible existencia de un delito de robo cuando la acción de apoderamiento recae sobre objetos de ilícito comercio como las drogas, así como la posible agravación de la conducta por realizarse en casa habitada, y la consideración de dichos delitos como intentados o consumados.

Respecto del delito de robo, su concurrencia no puede ser cuestionada a la luz del texto del caso, pues resulta que para acceder a la vivienda procedieron a la fractura de la puerta [arts. 237 y 238.2.º del Código Penal (CP)], y una vez en su interior se apoderaron de tres paquetes de cocaína, si bien al verse sorprendidos por la policía cuando abandonaban el portal dejaron detrás

de la puerta los objetos sustraídos que contenían droga, lo que permite plantearse si debe considerarse consumado o no el hecho.

Para el delito de robo, la doctrina y la jurisprudencia han establecido una serie de fases, como señalan la Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2001 y 18 de abril de 2002, entre otras, y así han distinguido los distintos momentos que cabe apreciar en el apoderamiento del robo o en el tomar las cosas ajenas del hurto:

- a) La *contrectatio*, que supone el tocamiento o contacto con la cosa.
- b) La *aprehensio* o apoderamiento de la cosa.
- c) La *ablatio* que implica la separación de la cosa del lugar donde se halla.
- d) La *illatio*, que significa el traslado de la cosa sustraída a un lugar que permita la disponibilidad sobre la misma.

La doctrina de este tribunal llega a la conclusión de que los delitos de apoderamiento, y entre ellos, por tanto, los robos, quedan consumados cuando se alcanza la disponibilidad de las cosas sustraídas, disponibilidad que puede ser momentánea o fugaz y basta que sea potencial.

Por tanto, la consumación exige la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo, siquiera sea potencialmente, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material tomando como base el verbo «apoderar», requisito formal y núcleo o esencia de la definición ofrecida por el artículo 237, que implica la apropiación de la cosa ajena, que pasa a estar fuera de la esfera del control y disposición de su legítimo titular, para entrar en otra en la que impera la iniciativa y autonomía decisoria del aprehensor, a expensas de la voluntad del agente.

Precisándose por doctrina legal haberse alcanzado el momento consumativo cuando el infractor ha tenido la libre disponibilidad «facultad propia y característica del dominio que se trata de adquirir» de la cosa mueble, siquiera sea de modo momentáneo, fugaz o de breve duración.

En el supuesto del caso que se planta no puede decirse que exista un desistimiento voluntario, sino un supuesto de tentativa, ya que la presencia policial impide la disponibilidad del objeto sustraído.

La tentativa, conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2011, se define por la existencia de:

- a) Realización de «hechos exteriores», es decir, no meramente internos.
- b) Que implican comienzo de «directa» ejecución, es decir, no preparatorios, de un supuesto típicamente penal, buscado en el plan del autor y que suponen un riesgo para el bien jurídico que el tipo penal protege.

- c) Que «objetivamente» esos actos son potencialmente causantes del resultado del tipo, sin que baste, por tanto, la convicción subjetiva de la posibilidad de tal causación, si *ex ante* y objetivamente no podía ocurrir.
- d) Que ese resultado no se produzca. Esto es lo que realmente ocurre en el presente caso, pues es la sola presencia de la policía la que evita la consumación del delito de robo.

Por tanto nos encontraríamos con un delito de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa, pero cabe preguntar si es posible aplicar la agravación de la responsabilidad por concurrir la agravación consistente en realizar el delito en casa habitada.

Debemos partir para ello del concepto de casa habitada, que debe entenderse como la destinada a habitación de sus moradores, aunque ello solo tenga lugar en fechas inciertas o indeterminadas, no siendo preciso que lo sea de manera permanente, ya que cualquier persona puede tener más de una morada, siempre que sirvan de habitación, con posibilidad, por tanto, de presentarse en cualquier momento al morador ausente, como señalaba reiteradamente el Tribunal Supremo en las Sentencias de 14 de julio de 1989 o de 8 de mayo de 1997.

En tal sentido se puede citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2001 que dice que el CP de 1995 contiene una definición legal de lo que debe entenderse por casa habitada: «todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar».

Para mejor comprensión del concepto de casa habitada ha de tenerse en cuenta que el Código señala, como presupuesto de la agravación, su realización en casa habitada o en edificios o locales abiertos al público y sus dependencias.

Sugiere el recurrente que la agravación solo concurre cuando la vivienda en la que se realiza la acción estuviera habitada de continuo, excluyendo de su comprensión las denominadas viviendas de temporada. Esa interpretación se compagina mal con el fundamento de la agravación que radica en la lesión a la intimidad personal o familiar y en el incremento de riesgo que supone su realización en una vivienda a la que pueden concurrir en cualquier momento sus moradores, con el consiguiente riesgo a bienes jurídicos de carácter personal.

Ese fundamento es de aplicación a las casas de temporada que pueden ser ocupadas en cualquier momento y en las que el ataque a la intimidad personal o familiar subsiste pese a que los autores se hubieran cerciorado de la imposibilidad de su ocupación por los moradores.

Así lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo cuando afirma que la razón de la agravación consiste no solo en la peligrosidad del robo en casa habitada, pues a la misma pueden acudir en cualquier momento sus moradores aunque se hubiera comprobado su ausencia anterior

inmediata, como también en la mayor antijuricidad que acompaña el ataque al patrimonio como lo constituye el ataque al marco de intimidad, merecedor de una protección añadida.

La extensión de este concepto no solo a lo que viene a ser considerado como el domicilio habitual de su propietario, sino también a las residencias de temporada ha sido igualmente aceptada por esta misma sección en otras resoluciones anteriores, pudiéndose citar Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia de 23 de enero de 2004 y de 19 de julio de 2011, que señalan que debe aplicarse el subtipo también en los casos en que el robo se lleva a cabo en una morada que no se utiliza de modo permanente o que solo sirve de vivienda en épocas determinadas o inciertas.

Esto ocurre en el presente caso, pues la vivienda está alquilada para el periodo de vacaciones, momento en que se perpetra el robo, por tanto es de aplicación el artículo 241 del CP, lo que supone una agravación de la pena a imponer.

El hecho de que las cosas muebles ajenas sean tres paquetes de droga, es independiente de que la titularidad dominical del que los posea esté afecta de vicio de ilegitimidad por la adquisición, por no estar protegida por el ordenamiento jurídico, como ocurre con todas las cosas objeto de tráfico ilícito, por ser géneros estancados o estar sometida su transmisibilidad a requisitos legales, como dice el Tribunal Supremo en Sentencias como la de 20 de febrero de 1992, entre otras más recientes.

Son ajenas las cosas *extra commercium* como las drogas, sin que haya de ceñir el tipo a cosas de lícito comercio o que se excluyan del comercio normal, y pueden ser objeto del delito de robo o de hurto.

2. Respecto del delito contra la salud pública, es conocida la jurisprudencia (así, por ejemplo, la STS de 29 de mayo de 2000) cuando dice que la punibilidad de este delito se fundamenta en el grave peligro objetivo para la salud humana que comporta cualquiera de los diversos actos de cultivo, elaboración, transporte, donación o venta que engloba la norma. De ahí que queden comprendidas en dicha infracción penal todas las conductas de favorecimiento, promoción, donación o compraventa a terceros, y exceptuados únicamente los supuestos de autoconsumo personal del poseedor o incluso consumo compartido entre sujetos adictos, siempre y cuando no medie precio.

Dos son los elementos que configuran el tipo del artículo 368 del CP, en su modalidad de tenencia preordenada al tráfico: uno de carácter objetivo, consistente en la tenencia material de la sustancia estupefaciente, y uno de naturaleza subjetiva, consistente en la intencionalidad de destinar la sustancia poseída al tráfico o al consumo de terceras personas.

También ha reconocido el Alto Tribunal la posibilidad de que los delitos de narcotráfico puedan cometerse en grado de tentativa, pues, si bien ha venido manteniendo un criterio general

opuesto al reconocimiento de las formas imperfectas en este tipo de delitos, al configurarse estructuralmente como delitos de peligro abstracto y consumación anticipada cuya punibilidad se asienta en la situación de eventual peligro que nace de las conductas descritas en la figura penal, por lo que la consumación delictiva se sitúa en cualquiera de las acciones típicas descritas en el artículo 368 del CP como la posesión o el transporte de droga con finalidad de tráfico, en los que el momento consumativo se anticipa, adelantando la barrera penal hasta comportamientos previos a los que propiamente serían actos de tráfico (STS de 26 de abril de 2012), ha aceptado supuestos de tentativa cuando los acusados eran ajenos al plan rector de la organización y transporte de la droga y por lo tanto no tenían capacidad de incidir en el tráfico ilícito, no alcanzaron la posesión inmediata ni mediata de la droga y solo realizaron participaciones marginales en acciones en las que el resultado se frustró más allá de la conspiración delictiva.

Por el contrario, no se acepta la tentativa respecto a los que habían participado en el acuerdo para el transporte de la droga, ni respecto a los que de acuerdo con los anteriores vigilaban la operación o aportaron los medios para el transporte.

No se puede considerar que la posesión de la droga obtenida con el robo genere inmediatamente la consumación del delito de tráfico de drogas cuando no concurre ninguno de los elementos mencionados para considerarlo así.

La única relación que los autores del robo tienen con la cocaína es la sustracción de la misma, que se encuentra en la vivienda a la que entran con ánimo de lucro, y cuando la cogen para hacerla suya, dada la cantidad que representa, lógicamente lo hacen para obtener un rendimiento económico de su venta, que no llegan a realizar por la presencia policial que les detiene.

No ha existido disponibilidad que genere la consumación del delito de robo, pero tampoco una relación con la droga que permita considerarles como autores de un delito de tráfico de drogas consumado; nunca tuvieron cierta disponibilidad sobre la misma, lo que admite de manera excepcional el Tribunal Supremo, pues no ha existido posesión mediata ni inmediata, cosa que no han logrado por causas ajenas a su voluntad.

No logran la posesión de la droga por la actuación policial, sin que tuvieran disponibilidad mínima o potencial de los objetos sustraídos.

Por tanto, estaríamos ante un delito de tráfico de drogas referido a sustancias que causan grave daño a la salud en grado de tentativa.

3. En conclusión, nos encontramos frente a un delito de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa en casa habitada, así como con un delito de tráfico de drogas en grado de tentativa, debiéndose indemnizar los daños, y remitir el oportuno testimonio al juzgado correspondiente para que se proceda a realizar diligencias en relación con la droga recuperada por la policía y que procedía de la vivienda objeto del robo.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 16, 237, 238.2.º, 241 y 368.
- SSTs de 14 de julio de 1989, de 8 de mayo de 1997, de 29 de mayo de 2000, de 4 y 28 de junio de 2001, de 18 de abril de 2002, de 16 de noviembre de 2011 y de 26 de abril de 2012.