

C. DERECHO
PENAL

ROBO. ALLANAMIENTO DE MORADA.
DETENCIÓN ILEGAL

Núm.
42/2002

José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO

Fiscal

• **ENUNCIADO:**

El 25 de junio de 2000, Luis M.P.I., con otras tres personas con las cuales actuaba de común acuerdo, portadoras de varios cuchillos de considerables proporciones, se dirigieron al domicilio de J.M.M., sito en la calle de los Luises de Salamanca. Tras llamar a la puerta y entreabrir-la el propietario, con un violento empujón lo desplazaron hasta el interior, accediendo todos ellos. En la morada de J.M.M., con una clara intención lucrativa, actuaron de la siguiente forma, distribuyéndose entre todos las distintas funciones a realizar: le conminaron a que se tumbara en el suelo, atándole de pies y manos y, convenientemente amordazado, lo sentaron en una silla. Le taparon la boca con cinta adhesiva. A continuación se dedicaron a recorrer las distintas estancias de la casa, sustrayendo cuanto de valor iban encontrando. Al cabo de unos minutos, al sonar el portero automático de la vivienda, decidieron salir inopinadamente, cruzándose en la escalera con la persona que subía al domicilio de J.M.M., abandonando en su marcha lo sustraído, pues en ese instante J.M.M., que lograba desatarse, comenzaba a chillar demandando auxilio. Se da la circunstancia de que, próximo al lugar de los hechos, uno de los delincuentes tenía domicilio propio; por lo cual, al salir precipitadamente, se dirigieron a la nueva morada buscando refugio. Unos policías, alertados por los chillidos (y en funciones de investigación de otros hechos delictivos que nada tenían que ver con los presentes), al observar cómo corrían todos, intervinieron en la persecución, adentrándose en la casa donde llegaron con intención de esconderse, empujando la puerta antes de que el último de ellos consiguiera cerrarla, procediendo a detenerlos.

Luis M.P.I. permaneció inmovilizado durante unos 10 minutos aproximadamente.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Allanamiento de morada y robo.
2. Robo con violencia e intimidación y detención ilegal.
3. Inviolabilidad de domicilio y flagrancia delictiva.

• **SOLUCIÓN:**

1. Ni que decir tiene que el problema jurídico no va a plantearse en la existencia o no de un delito de allanamiento de morada con violencia o intimidación del artículo 202.2.º del Código Penal

(CP), pues es obvia su existencia; lo que pretende el supuesto fáctico es ilustrar sobre las coincidencias o divergencias entre el allanamiento indicado y otras figuras jurídicas con las que concurre, produciendo las dudas entre la coexistencia del allanamiento con el robo y la coincidencia, a su vez, del robo con la detención ilegal; distinguiéndose entre el allanamiento de un establecimiento abierto al público, o el allanamiento de un domicilio particular, a efectos de absorber o no el robo al allanamiento y según sea la duración o la intensidad de la privación de libertad, la detención ilegal subsumida en el robo, atendiendo a la verdadera intención ilícita lucrativa de los sujetos.

Queda, entonces, perfectamente delimitada la naturaleza jurídica del estudio a realizar. Entramos en la primera de las cuestiones planteadas.

Si se condenara por dos delitos: uno de allanamiento de morada del artículo 202.2.º y otro de robo con violencia e intimidación del artículo 237, podría surgir la duda de haber vulnerado el principio de *non bis in idem*, establecido en el artículo 25 de la Constitución Española. Podría también invocarse la transgresión de la verdadera intención dolosa del delincuente, es decir, la de robar, no la de allanar la morada. Así planteadas las cosas, cabe decir por lo que respecta a la primera de ellas que determinadas conductas (como la enjuiciada) representan ataques a bienes dispares y, por tanto, producen delitos pluri-ofensivos, al atacar tanto contra la propiedad como contra la inviolabilidad del domicilio. El Tribunal Supremo distingue entre el allanamiento de un local abierto al público y el allanamiento de morada. En el allanamiento de local abierto al público el ánimo de lucro inherente al robo absorbe el otro delito, pues el robo debe prevalecer «sobre el propósito de invasión de la privacidad, anejo al tipo de allanamiento», siendo menor el injusto cuando acontece en un local y no en la vivienda (el injusto de la inviolabilidad del domicilio). Sin embargo, la jurisprudencia considera compatible el robo con violencia e intimidación y el allanamiento cuando se produce en morada, por la existencia de bienes jurídicos distintos en ambos (el patrimonio y la integridad física en el robo, la intimidad y la inviolabilidad del domicilio en el allanamiento), «ponderando el plus de antijuridicidad y de peligrosidad que comporta la ejecución del robo violento en la morada del ofendido», valorando también la desigualdad que supone la previsión legal en el artículo 241 de la agravante de morada para el robo con fuerza en las cosas y no en el robo violento.

En conclusión, la acción delictiva descrita en el caso práctico supone la existencia de dos delitos diferentes.

2. La segunda de las cuestiones plantea la existencia de un solo delito de robo con violencia, o de dos con la detención ilegal de J.M.M. del artículo 163.1 del CP. Se puede decir que el tiempo de duración de la privación de libertad (10 minutos), unido a la forma en que se privó de libertad, no especialmente beligerante o degradante, son circunstancias importantes en la valoración de estas conductas también pluri-ofensivas (ataque a la propiedad y a la libertad). El hecho de que la privación de libertad sea medio para conseguir lo que verdaderamente se pretendía, la sustracción de cosas del interior de la vivienda, puede hacernos pensar en la existencia de un concurso ideal y no real de delitos. Tampoco podemos olvidar que no hay un agotamiento del delito, porque son sorprendidos casi en el momento de la comisión, inexistiendo, por tanto, la disponibilidad de lo sustraído. Se puede argumentar que la inmovilización de la víctima se produce (livianamente) con la intención de robar, no de detenerla.

El delito del artículo 163 del CP se caracteriza por el elemento objetivo de encerrar o detener a una persona y por el subjetivo de privar a la persona de su libertad. La acción de encerrar o detener puede ser independiente de otro hecho delictivo o consecuencia de otra acción criminal con la que

se complementa. En delitos de agresión sexual o robo con violencia e intimidación, la jurisprudencia viene entendiendo que el delito de detención ilegal es absorbido por los otros cuando la inmovilización de la víctima es medio necesario para la comisión del delito principal (la agresión sexual o el robo), siendo una conducta inherente al delito. Para que la privación de libertad sea absorbida por el robo, tiene que durar el tiempo mínimo indispensable para la expoliación prevista, siendo además un hecho acontecido en el episodio central de la dinámica comisiva, mientras se produce el robo. De ahí, la segunda de las conclusiones: al delito de allanamiento de morada le añadimos, exclusivamente, el de robo con violencia e intimidación.

3. Finalmente, nos ocupamos de la flagrancia del delito, con la intención de ilustrar sobre los criterios exigidos por la jurisprudencia para apreciarla y, más concretamente, para entender no vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio y de su intimidad. Es cierto que no se llega a agotar la dinámica comisiva. Cierto que el hecho queda en tentativa (por lo que al robo se refiere), pues los sujetos salen de la vivienda al comprobar la visita de un tercero que llama al contestador automático. Cierto que huyen del lugar deprisa, a la carrera, con la pretensión de refugiarse en otra vivienda próxima, propiedad de uno de los delincuentes.

Los agentes de policía observan y rápidamente deducen la actividad delictiva que se estaba produciendo o se acababa de producir. Entran en el piso y proceden a la detención.

La flagrancia no se define en nuestra ley, aun cuando hay muchos preceptos que aluden a ella. La Sentencia de 9 de junio de 2000 dice: «Es cierto que nadie puede entrar en el domicilio de un ciudadano sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma prevista en las leyes, según el artículo 545 de la LECr.». Una de tales excepciones viene representada por la existencia de un delito flagrante. Este término implica la percepción sensorial del delito, públicamente cometido. La flagrancia se ve, se puede observar «y aparece vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria». Los preceptos que la mencionan no contemplan tal definición (arts. 18.2 y 71.2 Constitución, 273, 490.2, 553, 751, 792.2 y 877 LECrim.), pero la jurisprudencia se ha encargado de dar contenido a la flagrancia. Tras la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 341/1993, de 18 de noviembre, «la flagrancia es aquella situación fáctica en la que queda excluida la autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención». Añadimos cómo la investigación de otros delitos por los policías que intervienen nada impide ni discute su impecable actuación. Al respecto, la STC 41/1998, de 24 de febrero, indica: «el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad ..., pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuvieran conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención ...».

En conclusión, no se podría invocar la vulneración del derecho a un proceso con las debidas garantías (art. 24.2.º Constitución), instando la nulidad de lo actuado, por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, pues la entrada en el domicilio no requiere la autorización judicial por flagrancia del delito, debida a la publicidad del mismo y a la percepción sensorial inmediata. Incluso en el supuesto de que se hubiesen encontrado dentro del piso sustancias estupefacientes, por ejemplo, definidoras de otro delito distinto, en nada quedaría afectada la validez de la prueba de un hipotético registro domiciliario, permitiendo añadir a los delitos indicados el de tráfico de drogas, en su caso.

• SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- SSTS de 21 de octubre de 1991, 23 de mayo de 1995, 6 de julio y 11 de septiembre de 1998, 13 de marzo de 2000 y 29 de febrero de 2001 (detención y robo).
- SSTS de 16 de junio de 1997, 6 y 26 de mayo de 1999, 15 de febrero y 11 de marzo de 2000 (allanamiento y robo).
- SSTS de 11 de diciembre de 1992, 28 de abril y 23 de junio de 1993, 11 de junio de 1996, 22 de abril de 1997 y 23 de enero de 1998 (delito flagrante).