

El hurto. Se incardina en el Título XIII «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en el Capítulo I «De los hurtos» (arts. 234 a 236 CP). La tradicional rúbrica utilizada en todos los códigos anteriores de «delitos contra la propiedad», que era criticada doctrinalmente pues no en todos los tipos se atacaba a la misma, tal y como se define en el art. 348 CC, ya que en ocasiones era la posesión, la mera tenencia o los derechos reales, se sustituye, en virtud de la LO 10/1995, por la actual «delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico» que comprende 14 Capítulos. Junto a los tradicionales delitos contra la propiedad se añaden ahora otros contra el orden socioeconómico, algunos de los cuales son de nueva planta en el CP de 1995 como los delitos contra los consumidores o los delitos societarios.

Ante la dificultad de establecer un bien jurídico común para tan extenso catálogo de delitos resulta preciso acudir al concepto de patrimonio y al orden socioeconómico, lo que de por sí complica la cuestión. Por patrimonio tradicionalmente se han ofrecido tres acepciones diferentes, la jurídica (conjunto de derechos patrimoniales de una persona), la económica (atendiendo al poder fáctico y valor económico de las cosas, bienes o derechos) y la mixta (que se limita a los bienes y derechos patrimoniales económicamente valiables y poseídos por el sujeto en virtud de relación reconocida por el ordenamiento jurídico). El orden socioeconómico se refiere a delitos de contenido económico que trascienden de los intereses puramente individuales, y se refiere a intereses colectivos o sociales.

## 2. Concepto

El CP vigente comienza el Título XIII, a diferencia del texto anterior, por el delito de hurto en lugar del robo, destacando así no tanto su naturaleza de tipo básico en vez de residual, como su caracterización positiva, definiéndose en el art. 234 CP.

**ATENCIÓN.** Dice el art. 234 CP: «El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a 18 meses si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros.

Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice tres veces la acción descrita en el apartado 1 del art. 623 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito» (el párrafo 2.º ha sido incorporado por LO 5/10 de 22 de junio).

En el derogado art. 514 CP se definía con carácter negativo al establecerse que:

«Son delitos de hurto los que con ánimo de lucro y sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas tomasen las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño».

Sujeto activo del delito de hurto puede serlo cualquiera, con la limitación del dueño de la cosa que no podrá ser autor de este delito, aunque si del *furtum possessionis* del art. 236 CP y teniendo en cuenta también la aplicación de la excusa absolutoria del art. 268 CP.

### 3. Elementos

a) El hecho de tomar. El primer elemento de la acción es el que resulta del verbo utilizado de «tomar», diferenciado del robo en el que se utiliza el verbo «apoderar», que aunque de similar significado expresa de por sí la ausencia de fuerza, violencia o intimidación, y donde prima en la acción de desposesión, la habilidad, el descuido, la falta de vigilancia, la desatención del poseedor o la astucia. Y esa ausencia de las circunstancias que definen al robo lo diferencia de éste. De la apropiación indebida —aunque ambos se articulan sobre el apoderamiento— la diferencia viene dada por la relación material y jurídica sobre la cosa, al tener en este caso un título, de modo que la posesión inicial es lícita.

Dice la SAP de Madrid, Sec. 17.ª, n.º 1066/2004, de 3 de noviembre, que «el verbo "tomar" (de incierta etimología), que expresa la acción nuclear del tipo objetivo del delito de hurto, definido por el art. 234 del vigente CP, es palabra polisémica, cuya esencia se encuentra sin duda en la idea de aprehensión material, de "coger" o "asir", pero también "aceptar" o "recibir" (extendida, por transferencia semántica, a la aprehensión intelectual, por percepción sensorial

y captación del significado de algo), perspectiva desde la que la consumación del delito coincidiría con el momento en que una persona coge o agarra y se lleva el objeto con el que se hace ilícitamente. Por interpretación internormativa, comparando los arts. 234 y el 237 (definitorio del delito de robo), se puede inferir que "tomar" es equivalente (desde el punto de vista legal) a "apoderarse". Apoderarse es —en su sentido más estricto— adquirir poder (tópicamente, un poder equiparable al que confiere el dominio) sobre algo. Tratándose de un bien material, el apoderamiento se consigue mediante actos que dan como resultado que la cosa sobre la que recaen quede bajo la acción de la voluntad de quien se hace con ella, como se lee en el art. 438 del CC respecto de la adquisición (lícita) de la posesión».

Por el verbo nuclear utilizado cabe afirmar que es un delito de acción que no puede cometerse a través de comportamientos omisivos, se exige un acto de apoderamiento físico.

En cualquier caso, la toma y desposesión han de recorrer un camino que nos determina el grado de ejecución del mismo, estableciéndose distintas teorías a efectos de determinar el momento de la consumación:

- La teoría de la aprehesio o contrectatio: el delito se perfecciona tan pronto se coge o toca la cosa.
- La de la ablatio, para la que se consuma con la separación de la cosa del lugar en que se hallare.
- La teoría de la admotio de loco ad locum, que requiere el traslado de la cosa del lugar donde se hallare a otro distinto.
- La teoría de la illatio que exige la disponibilidad abstracta de la cosa por parte del sujeto activo.

**ATENCIÓN.** Consumación. La postura generalizada jurisprudencialmente es la «teoría de la illatio», admitiéndose las formas imperfectas, ya sea tentativa acabada, cuando se coge la cosa pero no se tiene la disponibilidad, ya inacabada cuando ni siquiera se llega a coger la cosa. No existirá esa disponibilidad abstracta, cuando se es sorprendido y detenido tras persecución en el que no se le pierde de vista, ya que basta que la disponibilidad sea momentánea, fugaz o breve, así en los casos en que potencialmente pudiera deshacerse o esconder la cosa. Para el caso de varios partícipes, si uno de

ellos escapa con parte del botín, el delito será consumado, para todos los partícipes. En caso de continuidad, si unos delitos son consumados y otros intentados, se apreciará un solo delito consumado.

En definitiva, la consumación en los delitos de robo y hurto no viene condicionada por el agotamiento del fin lucrativo perseguido por el autor, tampoco se exige que el sujeto activo haya dispuesto del dinero o bienes sustraídos. En los delitos patrimoniales de apoderamiento, la consumación delictiva viene vinculada a la disponibilidad de los efectos sustraídos, y más que la real y efectiva, que supondría la entrada en la fase de agotamiento, debe tenerse en cuenta la ideal o potencial capacidad de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída. Así se han pronunciado reiteradas SSTs, como son exponentes las de 21 y 27 de mayo de 1999, la núm. 1704/1999 de 24 enero, o la de 5 de septiembre de 2001 en las que se expresa que «en el delito de robo, cuando de deslindar la figura plena o consumada y la semiplena o intentada se trata, se ha optado por la racional postura de la *illatio*, que centra la línea delimitadora o fronteriza no en la mera aprehensión de la cosa —*contrectatio*—, ni en el hecho de la separación de la posesión material del ofendido —*ablatio*—, sino en el de la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo, siquiera sea potencialmente, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material...».

La referida SAP de Madrid, n.º 1066/2004 añade que «como los delitos de hurto y de robo propios son de "apoderamiento" patrimonial y, consecuentemente, la finalidad última que se persigue con la acción típica es hacer ilícitamente "propia" una cosa, se interpretó que ese resultado, que marca el momento de la consumación, se produce cuando el sustractor consigue, aunque sólo sea momentáneamente, consolidar un poder de disposición como si de su dueño se tratara, lo que ha de entenderse como posibilidad de decidir "pacíficamente" (porque todo poseedor legítimo de una cosa —y el dueño lo es— tiene derecho a no ser inquietado en ella, como establece el art. 446 del CC su destino como aquél pudiera hacerlo, optando por quedársela, transmitirla a otro, abandonarla o destruirla). Este momento — se insiste, incluso fugaz— de plena y "pacífica" disposición de la cosa sustraída marca el tránsito de la tentativa a la consumación, aunque no se consolide

definitivamente, porque el sustractor sea finalmente sorprendido y se recupere lo ilegítimamente sustraído».

En la STS 2095/2002, de 28 de febrero, se reitera que es doctrina jurisprudencial que, en el apoderamiento del robo o en el tomar las cosas ajenas del hurto, cabe apreciar una sucesión de momentos integrantes de la dinámica delictiva:

- a) la *contrectatio* (del latín *contrecto*, tocar), que supone el tocamiento o contacto con la cosa;
- b) la *aprehensión* (del latín *apprehendere*, coger, asir) o apoderamiento de la cosa;
- c) la *ablatio* (del latín *affero*, separar) que implica la separación de la cosa del lugar donde se halla, y
- d) la *illatio* (del latín *infero*, llevar), que significa el traslado de la cosa sustraída a un lugar que permita la disponibilidad sobre la misma; llegando a la conclusión de que los delitos de apoderamiento quedan consumados cuando se alcanza la disponibilidad de las cosas sustraídas, disponibilidad que puede ser momentánea o fugaz y basta que sea potencial. En los supuestos de persecución, el depredador perseguido no consigue la disponibilidad, si la persecución fue ininterrumpida, sin haber sido perdidos de vista en ningún momento los autores del hecho fugitivos, y si la persecución se culmina con el apresamiento de los depredadores y la recuperación de lo sustraído. En los supuestos de sustracciones en un local o establecimiento ajeno no se consigue la disponibilidad, ni se alcanza la consumación del delito de apoderamiento, mientras el autor del mismo no sale del local con las cosas sustraídas y no supera los controles establecidos por el propietario del mismo.

En el ATS de 27 de febrero del 2003, se lee: «Como ha señalado abundante doctrina jurisprudencial de esta Sala (STS de 24 de abril de 2002, por todas) la consumación en los delitos de robo y hurto no viene condicionada por el agotamiento del fin lucrativo perseguido por el autor, tampoco se exige que el sujeto activo haya dispuesto del dinero o bienes sustraídos. En los delitos patrimoniales de apoderamiento la consumación delictiva viene vinculada a la

disponibilidad de los efectos sustraídos, y más que la real y efectiva, que supondría la entrada en la fase de agotamiento, debe tenerse en cuenta la ideal o potencial capacidad de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída».

Así se han pronunciado reiteradas Sentencias en las que se expresa que en el delito de robo, cuando de deslindar la figura plena o consumada y la semiplena o intentada se trata, se ha optado por la racional postura de la *illatio* Error! No se encuentra el origen de la referencia. que centra la línea delimitadora o fronteriza no en la mera aprehensión de la cosa ni en el hecho de la separación de la posesión material del ofendido, sino en el de la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo, siquiera sea potencialmente, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material, concluyendo, en definitiva, como dicen las sentencias número 441/1999, de 23 de y 1174/1999 de 14 de julio, que «la disponibilidad puede ser momentánea, fugaz o de breve duración».

Por todo lo anterior, sorprende la STS 1289/2003, de 11 de octubre, en la que se interpreta que el momento consumativo (en este caso, del robo, pero el criterio es extensible al hurto) depende, en el derecho vigente, del apoderamiento del objeto del delito. Este se produce cuando el objeto de la acción no puede ser recuperado por el titular sin ejercer violencia sobre el autor de la sustracción. Es claro que una vez que los autores tienen el dinero en sus manos se han apoderado de él, pues ya ejercen sobre el dinero su propio poder, al mantener una actitud defensiva de la situación antijurídica creada. Se dice que «la Sala no ignora que la jurisprudencia más antigua del TS mantuvo la teoría de la *illatio* a los efectos de establecer el momento consumativo del robo. Tal decisión se basaba, probablemente, sobre todo en la gravedad de las penas con las que este delito se amenazaba en la ley antes de la reforma de 1983 (presidio menor en grado máximo). En una evolución posterior se estableció —sin embargo— que el momento consumativo estaba dado por la disponibilidad adquirida por el autor sobre el objeto de acción típica. De esta manera se daba entrada a la teoría de la aprehensión, que considera consumado el robo cuando el autor sustrae la cosa del poder de su poseedor. La aplicación de esta posibilidad no ha sido, sin embargo, totalmente uniforme, pues no siempre se ha tenido en cuenta, en primer lugar, que el poder de disponer sobre la cosa lo tiene el que la detenta y la defiende por medios



violentos o mediante la amenaza de usarlos. En segundo lugar, en ocasiones, no se ha considerado que no exista ninguna razón plausible desde un punto de vista político criminal para extender el concepto de disponibilidad a los casos de disponibilidad definitiva o cómoda por parte del autor. Ya antes de que el autor haya puesto el objeto del robo a buen recaudo se presentan todos los elementos que justifican el merecimiento de pena».

La doctrina seguida por esta última sentencia no parece, por lo demás, haber tenido eco en otras posteriores. Muy al contrario, la 1502/2003, de 14 de noviembre, reproduce de forma casi literal los términos de la 2095/2002, de 28 de febrero, antes parcialmente transcrita.

ATENCIÓN. En los delitos patrimoniales de apoderamiento la consumación delictiva viene vinculada a la disponibilidad de los efectos sustraídos, y más que la real y efectiva, que supondría la entrada en la fase de agotamiento, debe tenerse en cuenta la ideal o potencial capacidad de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída. Así se han pronunciado reiteradas STS, en las que se expresa que «en el delito de robo, cuando de deslindar la figura plena o consumada y la semiplena o intentada se trata, se ha optado por la racional postura de la *illatio*, que centra la línea delimitadora o fronteriza no en la mera aprehensión de la cosa —*contrectatio*—, ni en el hecho de la separación de la posesión material del ofendido —*ablatio*—, sino en el de la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo, siquiera sea potencialmente, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material».

b) Cosas muebles. Partiendo del concepto legal de hurto el objeto de la acción ha de recaer sobre cosas muebles. El concepto de cosa ha de referirse a todo objeto corporal, susceptible de apropiación y valuable en dinero. A la susceptibilidad de apropiación no obsta a que se trate de *res extra commercium* como jurisprudencialmente se ha reconocido sobre las drogas, respecto de las que cabe el hurto. Desde el punto de vista penal el concepto de cosa mueble se desvincula de la significación en el orden civil (arts. 334 a 336 CC) ya que los inmuebles por incorporación o por destino, en cuanto susceptibles de ser desplazados y los semovientes son considerados muebles a efectos penales. Quedarían fuera los objetos incorporales y se incluirían los animales que en derecho privado se califican de semovientes.

Consideración especial merecen los títulos valores, sobre cuya naturaleza de cosa mueble en el documento que se materializa, no cabe duda alguna. El problema se plantea cuando el título incorpora un derecho con determinado valor. La posición doctrinal dominante distingue la clase de título de que se trate si es al portador, en cuyo caso la mera posesión habilita para su realización, se entiende que el hurto es por el valor del derecho incorporado al título, en los demás casos se atenderá al valor material del título. No obstante, tal posición no es pacífica, argumentándose en caso de cheques al portador que requieren negociación del efecto por lo que debe atenderse al valor del documento y no lo que pueda representar.

Respecto de un talonario de cheques y su consideración como falta de hurto, se dice en la STS núm. 611/2002 de 8 abril, citando la STS 169/2000, que «alguna sentencia esporádica ha considerado que un talonario tiene valor económico en sí mismo, con independencia del que pueda tener en determinados ambientes relacionados con la delincuencia, pero a pesar de ello no se puede generalizar el ánimo de lucro de una manera automática y objetiva a todo caso de apoderamiento. En el robo con llaves falsas no se ha considerado como entidad delictiva independiente el valor de las llaves sustraídas a sus propietarios, ya que ello sería atribuir al ánimo del autor un propósito que no entra en sus designios, ya que lo verdaderamente buscado era el acceso a la casa, lugares u objetos donde se encontraban las cosas que se pretendía sustraer. La tarjeta (en este caso el talón) actúa también a modo de instrumento, que por sí mismo no reporta ningún beneficio a quien lo sustrae, y que sólo tiene utilidad como medio de proporcionar bienes o sumas de dinero, por lo que su apoderamiento carece en este caso de relevancia jurídico penal». En razón a lo expuesto entiende que los arts. 249 y 250.3 del CP han sido correctamente aplicados, y el art. 623.1 lo ha sido de manera indebida, considerando el apoderamiento del talonario como medio para cometer la estafa posterior.

En cuanto a los billetes de lotería, cabe afirmar que se trata de un título al portador, cuya sustracción no anula el premio. En caso de sustracción después del sorteo, si este estuviere premiado, el valor será el del premio. Si no estuviere premiado se estaría al valor del billete. El problema surge en los casos de sustracción de décimos antes del sorteo y con posterioridad resultan



premiados, parece razonable mantener el hurto por el valor del documento y a efectos de responsabilidad civil sostener la reclamación del valor del premio. La jurisprudencia ha optado por apreciar el hurto por el valor total del premio en base a la existencia de al menos dolo eventual.

c) Ajenidad. Se trata de un elemento normativo del tipo cuya interpretación difiere de la normativa civil. Como destaca Bajo, se caracteriza este elemento por dos notas negativas: una que no sea propia y otra que la cosa no sea susceptible de ocupación. No debe exigirse, señala este, que la cosa tenga un propietario porque entonces no podría calificarse de hurto el apoderamiento de cosas extra commercium como las drogas, máquinas para hacer falsificaciones, cosas sagradas, un cadáver, etc., y sin embargo la sustracción de las mismas puede dar lugar al delito de hurto al concurrir esas dos notas. La indeterminación del propietario no excluye la existencia del delito en tanto en cuanto se tenga la seguridad de que aquel existe porque concurre el requisito de la ajenidad que falta en las res derelictae (cosas abandonadas) y en las res nullius (cosas que carecen de dueño).

Doctrinalmente se discuten los supuestos del condominio, la sociedad y la herencia yacente en los que el concepto de ajenidad es discutible. Así hay posturas diversas en los supuestos de cosas poseídas en común, donde se atiende fundamentalmente a que sean indivisas (pro indiviso o división en partes ideales) o no, para estimar el delito, de manera que si media reparto de porciones conocidas, o existen cuotas, no hay inconveniente en la estimación del delito caso del apoderamiento de esa parte determinada.

**ATENCIÓN.** El carácter de ajenas falta en las res derelictae (cosas abandonadas) en las res nullius (cosas sin dueño) y en las res comunes omnium (cosas de todos). Distinto es las cosas sin dueño conocido y las extra commercium que tengan dueño que son susceptibles de integrar el hurto en cuanto tengan un valor.

d) Ausencia de consentimiento del dueño. La acción típica ha de realizarse sin la voluntad del dueño de las cosas sustraídas, siendo relevante el consentimiento del perjudicado, haciendo atípica la conducta al concurrir una causa de justificación.

e) Ánimo de lucro. Como elemento subjetivo del injusto, que excluye la comisión culposa, es necesaria la presencia del ánimo de lucro, que consiste en cualquier provecho o utilidad que de la sustracción de la cosa pretenda obtener el sujeto activo, para sí o un tercero, característico en los delitos contra el patrimonio, y respecto de los que la jurisprudencia ha matizado reiteradamente que existe de forma implícita en todo apoderamiento de bienes muebles de algún valor efectivo, a no constar otros móviles que lo desvirtúen. La SAP Madrid 20-11-06, señala que el ánimo de lucro no consiste solo en un beneficio monetario, sino en cualquier tipo de ventaja, utilidad o beneficio perseguidos por el agente, incluso los meramente contemplativos, o con fines benéficos o la vanagloria.

La STS núm. 368/2000 de 10 marzo, dice que la noción de ánimo de lucro ha sido ya aclarada en la Jurisprudencia de la 2.<sup>a</sup>, de acuerdo con los precedentes, el delito de robo lo mismo que el de hurto, son delitos estructurados sobre una acción contra la propiedad, de apropiación de cosas y, consecuentemente, no pueden ser considerados como delitos de enriquecimiento. En ellos, por lo tanto, el ánimo de lucro se agota en el animus rem sibi habendi, es decir, en el propósito de tener la cosa mueble para sí o, lo que es lo mismo, en la finalidad de desapoderar de la cosa, al sujeto pasivo en forma definitiva, incorporándola, al menos transitoriamente, a su propio ámbito de dominio.

En consecuencia, sigue diciendo, «si el acusado entró al establecimiento con el propósito de apropiarse de pan, como dijo, lo hizo con ánimo rem sibi habendi, pues el pan era una cosa ajena. La circunstancia de que luego haya podido cambiar su propósito dirigiendo su acción hacia una caja registradora, es decir, que la acción haya comenzado con una cierta indeterminación respecto del objeto de la apropiación, no tiene ninguna incidencia en el animus rem sibi habendi. En todo caso, lo que permitiría es discutir si el propósito sobrevenido respecto del nuevo objeto (el contenido de la caja registradora) puede constituir una nueva acción, que no resultaría cualificada por la fuerza en las cosas empleada para acceder al lugar. Si esta tesis fuera correcta el acusado debería haber sido condenado por una tentativa de robo y otra de hurto en concurso real. Sin embargo, este cambio de objeto del hecho durante la ejecución, en una línea de ataque análoga a la inicial, no ha sido considerada relevante,

inclusive en los casos en los que el autor carecía de un plan determinado. La tesis que se postuló en la doctrina en estos supuestos un caso de aberratio ictus consciente ha sido rechazada entendiendo que el cambio de objeto tiene lugar en el marco del mismo dolo. De todos modos, es evidente que el resultado al que estas consideraciones conducirían es claramente perjudicial al acusado».

Desde otra perspectiva, el ánimo de hacerse pago excluye el ánimo de lucro y, por tanto, el posible delito contra la propiedad; de forma que los respectivos y opuestos animi funcionan como definidores de un tipo de injusto distinto, en este caso cabría plantearse la posibilidad de que los hechos pudieran ser constitutivos de un delito de realización arbitraria del propio derecho si mediare violencia, intimidación o fuerza en las cosas.

Un caso paradigmático es el llamado hurto famélico. La SAP de Madrid (Sección 2.<sup>a</sup>) núm. 376/2004 de 17 septiembre, recuerda que hay que remontarse mucho en el tiempo para hallar un precedente jurisprudencial que contemple un supuesto similar; se cita la STS de la Sala 2.<sup>a</sup> de 21-1-1986, que nos da una definición del hurto necesario, miserable famélico como el que concurrirá en aquellos casos en los que se toman los bienes ajenos, sin la voluntad de su dueño para subvenir a las más primarias y perentorias necesidades humanas, tales como la alimentación, vestidos, habitación y asistencia médico-farmacéutica, y en los que no se halla en conflicto la vida o la propia supervivencia, con la propiedad de bienes ajenos. Continúa diciendo literalmente la referida sentencia: «Y aun quedando, afortunadamente, distante y relativamente lejanos, los tiempos en los que, para la operancia de esta circunstancia se exigía, por este Tribunal, un previo y penoso peregrinar, en demanda de auxilio, por establecimientos, públicos y privados, de beneficencia, así como no se probara que constituían, la penuria, un peligro inminente para la vida, hallándose, el necesitado, al borde de perecer por inanición, la jurisprudencia actual exige para la estimación de esta modalidad de estado de necesidad: realidad, gravedad e inminencia del mal; que se actúe a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia en el que se halle el sujeto activo o su familia; que no se trate de mera estrechez económica, más o menos agobiante; que se pruebe que se han agotado todos los recursos que, en la esfera personal, profesional y familiar, podía utilizar; que no halla otra

solución que la de proceder de modo antijurídico; y que, las cosas o bienes obtenidos, sean aplicados a la satisfacción de las necesidades primarias del reo o a las de su familia, sin que se haya tomado más de lo estrictamente indispensable. En definitiva, de concurrir tales requisitos sería de apreciación la eximente de estado de necesidad».

#### 4. Valor

**ATENCIÓN.** La cosa sustraída ha de tener algún valor en sentido económico, situándose los 400 euros en el límite que diferencia el delito de la falta del art. 623.1 CP.

Para determinar el valor habrá que atenerse a la valoración pericial de la cosa según valores de mercado, al tiempo de cometerse el delito, con independencia del beneficio obtenido por el culpable. La jurisprudencia ha precisado que para la determinación del valor del objeto es necesario deducir el IVA cuando se sustrae en establecimiento comercial, ya que al no haber sido objeto de venta no devenga tal impuesto. En este sentido, SAP de Madrid de 16-2-07, y SAP de Gerona de 10 de abril de 2007. Sin embargo este criterio no es pacífico. La FGE mantiene justamente lo contrario. La Consulta 2/2009 de la FGE, acerca de si en la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales, según lo previsto en el párrafo segundo del art. 365 de la LECrim, debe excluirse el importe del IVA del valor total del precio de venta al público, sostiene que la locución precio de venta al público debe interpretarse como la cantidad que el adquirente debe desembolsar para adquirir el producto, cifra que habitualmente se exhibe en el etiquetado de la mercancía y que comprende, sin desglosar, los costes de producción y distribución del bien, los márgenes de beneficio de los sucesivos intervinientes en la cadena productiva y los tributos y aranceles que lo hayan gravado directa o indirectamente, entre los que se incluye el IVA en el territorio de aplicación del impuesto (Península y Baleares), y el Impuesto General Indirecto Canario (IGIC) y el Impuesto sobre la Producción, los Servicios y las Importaciones (IPSI), en las Islas Canarias y en las ciudades de Ceuta y Melilla, respectivamente.

Debe destacarse que el TC, por medio de Auto del Pleno de 26 de febrero de 2008, ha despejado definitivamente las dudas acerca de la constitucionalidad del párrafo segundo del art. 365 de la LECrim., que fueron en su día puestas de

manifiesto reiteradamente por la corriente exegética partidaria de excluir o restar el importe del IVA del precio de venta al público en cuanto valor de referencia a tener en cuenta en la determinación del importe del bien objeto de sustracción en establecimientos comerciales.

La AP de Sevilla que promueve la cuestión de inconstitucionalidad argumenta, en primer término, que entiende aplicable la norma cuestionada al caso concreto aun a pesar de no haber sido expresamente mencionada en la Sentencia, dado que en el relato de hechos probados se hacía referencia exclusiva al precio de venta al público de los objetos que se intentaron sustraer (un total de 425,65 euros) y no a la tasación pericial de su valor (con la que, al parecer, también se contaba y que valoraba los bienes en un total de 361,80 euros), entendiéndose la Sala que de la constitucionalidad del precepto dependía que la sanción a imponer lo fuera por delito o por falta de hurto, al haber fijado el legislador el límite cuantitativo entre ambos en los 400 euros. Expone la Audiencia que, en lo que se refiere al tema de fondo, el precepto plantea dudas de constitucionalidad tanto desde la perspectiva de la reserva de ley orgánica (art. 81.1 de la CE) como en relación con los principios de interdicción de la arbitrariedad y de seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE), y en relación asimismo con el principio de igualdad (art. 14 de la CE).

El Auto dictado por el TC resuelve en el sentido de acordar la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad. En cuanto a la cuestión de fondo, respecto de las dudas de constitucionalidad suscitadas en relación con la necesidad de que la norma revistiera rango de ley orgánica por los motivos a los que nos hemos referido anteriormente, el Pleno las considera también manifiestamente infundadas, toda vez que dicho precepto no regula ningún elemento de los tipos penales de hurto. Recuerda el Tribunal que «los tipos penales contenidos en los arts. 234 del CP —delito de hurto— y 623.1.º CP —falta de hurto—, no son normas penales incompletas o en blanco, que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, pueden ser concretadas mediante normas que no revistan carácter orgánico, ni un supuesto de normas penales que remitan la regulación de elementos normativos complementarios del tipo penal a otras normas, técnica constitucionalmente admitida en la STC 234/1997, de 18 de diciembre, sin que tampoco quepa apreciar que la norma cuestionada venga a integrar los preceptos penales citados, estableciendo un elemento nuclear del

tipo concretando la conducta infractora», añadiendo acto seguido que «la norma cuestionada, al establecer que la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público, tampoco viene a regular una definición auténtica del concepto cuantía de 400 euros, aplicado al objeto del hurto, sino que se limita a fijar un criterio para la valoración probatoria de este concreto elemento en el contexto de los hurtos en establecimientos comerciales. Este carácter de mero criterio de valoración probatoria, además, está en perfecta concordancia con el hecho de su ubicación sistemática en el art. 365 LECrim., en el que se regula la tasación pericial del valor de la cosa objeto de delito» concluyendo finalmente respecto de esta cuestión, que desde la interpretación restrictiva del alcance de la reserva de ley orgánica, que tradicionalmente ha defendido la jurisprudencia constitucional, no puede afirmarse que la norma cuestionada afecte directamente al derecho de libertad reconocido en el art. 17.1 de la CE por cuanto no regula ningún elemento de los tipos penales de hurto ni determina los supuestos y/o las condiciones en que la privación de libertad es legítima.

ATENCIÓN. El art. 365 de la LECrim establece: «Cuando para la calificación del delito o de sus circunstancias fuere necesario estimar el valor de la cosa que hubiere sido su objeto o el importe del perjuicio causado o que hubiere podido causarse, el Juez oirá sobre ello al dueño o perjudicado, y acordará después el reconocimiento pericial en la forma determinada en el capítulo VII de este mismo título. El juez facilitará a los peritos nombrados las cosas y elementos directos de apreciación sobre que hubiere de recaer el informe, y si no estuvieren a su disposición, les suministrará los datos oportunos que se pudieran reunir, previniéndoles en tal caso que hagan la tasación y regulación de perjuicios de un modo prudente, con arreglo a los datos suministrados.

La valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público».

Con anterioridad a la reforma de la LECrim por Ley 15/2003 que introdujo un apartado segundo al art. 365 de la LECrim, los términos valor o cuantía del bien sustraído habían dado pie a muy diferentes criterios hermenéuticos en las distintas Audiencias Provinciales, entendiéndose por valor de lo sustraído en unos casos el propio coste de reposición junto con los gastos de transporte; el



precio del bien, sin más adjetivación, en el que se entendía incluido el IVA o el precio de venta excluidos el IVA y el margen comercial o de beneficio.

Según el DRAE, cuantía es expresión que se refiere al valor de la materia litigiosa, mientras el valor es la cualidad de las cosas en virtud de la cual se da por poseerlas cierta suma de dinero o equivalente. Señala la FGE que desde este primer acercamiento interpretativo conforme a la propia carga semántica de los términos, en el caso de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales, su valor, aun antes de promulgarse el segundo párrafo del art. 365 de la LECrim., parecía referirse a su precio de venta al público, incluidos el margen de beneficio y el IVA, por cuanto es esa y solo esa la cantidad cuyo abono faculta a la adquisición legítima del bien. En la línea apuntada, la STS de fecha 27 de abril de 2001, expresaba lo siguiente: «El criterio del Tribunal de instancia no puede compartirse. Identifica equivocadamente el valor económico patrimonial de las cosas con el valor de su coste, expresión económica fija y definitiva del esfuerzo invertido en el pasado para la producción o adquisición de la cosa. Criterio erróneo porque el valor relevante es el valor de cambio representado en cada momento por la cantidad de dinero que puede obtenerse por la cosa en un hipotético intercambio. El valor de las cosas no está en su costo sino en su precio, puesto que éste refleja su equivalencia económica y por consiguiente, el verdadero valor patrimonial de la cosa en el momento de cometerse el delito».

Aun a pesar de lo expuesto, la exégesis de los términos valor o cuantía de los bienes dio lugar a tal variedad de hipótesis, que el legislador consideró la conveniencia de facilitar —por medio de la inclusión del segundo párrafo del art. 365 de la LECrim.—, un criterio de valoración al que atender, directamente vinculado con el significado de la expresión precio de venta al público. El hecho de que el ámbito del precepto aparezca perfectamente acotado —las sustracciones de mercancías en establecimientos comerciales—, y que en ese contexto se pueda prescindir de parámetros más complejos como, por ejemplo, el demérito del bien por el uso, son extremos que debieran haber facilitado su recta aplicación.

Sin embargo, persiste tras la reforma del precepto aludido la corriente interpretativa partidaria de deducir o restar el importe de IVA a la hora de

valorar los efectos sustraídos en los establecimientos comerciales. En este sentido, la SAP de Madrid, Sección 15.<sup>a</sup>, n.º 348/2008 de 14 de noviembre de 2008, aboga por descontar el importe correspondiente al IVA «por constituir el impuesto un gravamen cuya base imponible es precisamente el precio de venta al público», completando la argumentación con una referencia a que el valor del producto viene integrado tan sólo por el coste de adquisición y el importe de la ganancia, excluyéndose en todo caso los impuestos, ya que, según se afirma, no habiéndose producido la venta, no nace la obligación tributaria. En esa misma línea, la SAP de Madrid n.º 45/2009 de la Sección 7.<sup>a</sup> de 2 de febrero de 2009, alude a que el concepto precio de venta al público tiene un alcance menor que el desembolso que el comprador hace para la adquisición del producto, limitándose a la contraprestación económica que habría de satisfacer el propietario de la cosa a cambio de la transferencia del dominio del bien mueble.

Señala la FGE que del propio tenor literal del art. 78 de la Ley 37/1992 del IVA, de 28 de diciembre (en adelante, LIVA), en cuanto establece que la base imponible del impuesto en el régimen general está constituida por el importe total de la contraprestación que debe satisfacer el destinatario de las operaciones sujetas al impuesto, expresión que en el contexto de la norma no incluye el importe del Impuesto. Es decir, la LIVA no utiliza los términos precio de venta ni precio de venta al público a la hora de definir la base imponible del impuesto en el régimen general. Por otra parte, la locución precio de venta al público constituye un elemento normativo del precepto comentado de la LECrim que sí está legalmente definida, específicamente en el sector normativo que regula el consumo.

Con carácter general, en la óptica de la economía y las relaciones comerciales, es obvio que la mera alusión al precio de un bien puede evocar un valor en el que no estén incluidos los impuestos que lo graven; en otras ocasiones, el término aparece profusamente adjetivado, hablándose de precios de coste, de penetración, desviados, de mercado, simbólicos, de reposición y unitarios, entre otras muchas expresiones que hacen referencia a realidades muy diversas, aun cuando todas ellas estén más o menos directamente relacionadas con el valor que se les da a los bienes. Sin embargo, la locución

precio de venta o precio de venta al público, en el territorio de aplicación del impuesto, incluye en todo caso el importe del IVA.

Efectivamente, en el art. 2 apartado a) de la Directiva 98/6/CE de protección de los consumidores, se establecía que, a efectos de la propia Directiva, se debía entender por precio de venta el precio final de una unidad del producto o de una cantidad determinada del producto, incluidos el IVA y todos los demás impuestos. Igualmente, el RD 3423/2000 de 15 de diciembre, por el que se regula la indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores y usuarios, establece textualmente, en su art. 4.1 relativo a las Características y presentación de los precios, que el precio de venta (precio final de una unidad del producto, incluidos IVA y todos los demás impuestos) deberá ser: a) Inequívoco, fácilmente identificable y claramente legible, situándose en el mismo campo visual. b) Visible por el consumidor sin necesidad de que este tenga que solicitar dicha información.

La opción de deducir el importe del IVA en la valoración de la mercancía sustraída en el establecimiento comercial, llevada a sus últimas consecuencias, obligaría a determinar, en primer término, el territorio de aplicación del impuesto, que conforme prevé el art. 2 de la LIVA, se corresponde con el territorio nacional peninsular y las Islas Baleares, teniendo sin embargo carácter de territorios terceros —donde no es de aplicación el IVA— las ciudades de Ceuta y Melilla y el Archipiélago Canario. Resultaría por tanto necesario conocer y descontar del valor de la mercancía el importe del Impuesto General Indirecto Canario (IGIC) cuando el hecho tenga lugar en las islas y el importe del Impuesto sobre la Producción, los Servicios y las Importaciones (IPSI), cuando la sustracción tenga lugar en Ceuta o Melilla, como tributos asimilables al IVA en aquellos lugares.

Asimismo, resultaría ineludible atender al tipo impositivo aplicable en cada caso, que, dependiendo de la naturaleza del bien, puede ser el tipo general, hasta ahora en el 16 por cien, el reducido, al 7 por cien y el súper reducido, al 4 por cien, además de los tipos específicos previstos para el régimen especial del recargo de equivalencia (al 1,75 por cien en el caso de los bienes objeto del Impuesto Especial sobre las Labores del Tabaco, y al 4, 1 y 0,5 por cien según se trate de artículos gravados al tipo general, reducido y súper reducido,

respectivamente). Habría de tenerse en cuenta además el tipo impositivo vigente en el momento del hecho, dado que los tipos son susceptibles de variaciones y, concretamente en este momento, están previstas subidas inminentes de algunos de ellos como consecuencia de la política fiscal diseñada en atención a la actual coyuntura económica.

Así las cosas, las afirmaciones del TC respecto de la sencillez del precepto y su potencial utilidad para minimizar la inseguridad jurídica —en la medida en que facilita un criterio de valoración de carácter objetivo— tan sólo resultan certeras en tanto en cuanto se dé a la expresión precio de venta al público su verdadera significación de acuerdo con la legislación que regula el consumo y la propia LIVA, comprensiva del monto total que haya de desembolsarse en cada caso para la legítima adquisición del producto.

Existe un importante número de resoluciones de las diferentes Audiencias que amparan el criterio de que, tanto el importe del IVA como el margen comercial, los costes de producción y distribución y cualesquiera otros tributos o aranceles que hayan gravado el bien, forman parte del precio de venta al público de la mercancía. En ese sentido se pronuncia la SAP n.º 21/2009 de la Sección 2.ª de Barcelona de 20 de enero de 2009 en la que se argumenta a favor de no descontar el importe del IVA en la valoración del bien cuando dice que «El precio de venta al público no es sino el que ha de desembolsarse para poder adquirir el producto (...) cualesquiera que sean los conceptos englobados en el mismo».

En similar sentido, la SAP de Madrid n.º 122/2009 de 12 de marzo de 2009 de la Sección 1.ª, en relación al párrafo segundo del art. 365 de la LECrim retoma los argumentos vertidos por la misma Sala en su Sentencia n.º 121/2008 de 12 de marzo, cuando establece: «La norma extra penal que comentamos es precisa y su oportunidad y sentido tiene plena justificación en dos vertientes. Por un lado, facilita el enjuiciamiento del hecho mediante juicio rápido (...), y de otro lado es plenamente compatible con el bien jurídico protegido por el tipo de hurto, en cuanto establece un criterio de valoración basado en el beneficio económico que pretende conseguir el autor del hecho con su conducta. Su sentido literal es claro y preciso y no requiere de un especial esfuerzo interpretativo y a él ha de estarse. Por último, la citada norma no excluye a

nuestro juicio que su acreditación pueda hacerse mediante prueba pericial. Ciertamente al establecerse un sistema de valoración muy concreto, de ordinario se podrá acreditar mediante prueba documental: ticket de compra, documento que acredite el precio, etc., pero ello no excluye que el documento o pericia que acredite el valor deba ser sometido a contradicción procesal durante el plenario y valorado junto con el resto de los medios de prueba», para añadir finalmente que «el valor de venta es el precio final de todo producto y este incluye el IVA, por lo que donde la ley no distingue no cabe hacer distinciones. Los argumentos anteriores permiten concluir que la sentencia de instancia debió tomar el precio de venta al público de la mercancía sustraída con inclusión del IVA como referencia obligada para la calificación de los hechos como delito de hurto».

También la SAP de Palencia, Sección 1.ª, n.º 12/2009 de 13 de febrero, a partir de la dicción literal del art. 365, interpreta que habrá de estarse al precio de venta al público, «concepto que integra todo lo que el comprador satisface por la mercancía, incluido el IVA, cuya exclusión beneficiaría al infractor que, consumado el delito, se ahorraría el tributo, frente al ciudadano que en una compra de idéntico bien, estaría obligado al pago del impuesto». La Sentencia n.º 696/2008 de 31 de octubre de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid en ese mismo sentido establece que «el precio de venta al público se refiere al valor de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales, que no es otro que aquel por el que un bien se pone a la venta o puede adquirirse por un particular, es decir, el que incluye los correspondientes impuestos indirectos con independencia del grado de ejecución alcanzado».

Las dificultades interpretativas derivadas de la exclusión del importe del IVA, y la inseguridad jurídica que dicha tesis puede generar se ponen también de manifiesto en la SAP de Barcelona n.º 135/2009 de 4 de febrero, dictada por la Sección 8.ª, cuando recuerda que «descontar el importe del IVA sobre la teoría de ser un impuesto que solo paga el consumidor final, llevaría a la necesidad de descontar también los restantes gastos fiscales del negocio, como los del transporte, la nómina del personal, etc., partidas que igualmente podrían considerarse como parámetros o costes que no formarían parte del núcleo del valor del producto sino gastos artificialmente incorporados por el comerciante.

Resultando realmente difícil, por no decir imposible, conocer el valor del bien a partir de este planteamiento».

La SAP de Madrid, Sec. 7.<sup>a</sup>, 2-2-2009, n.º 45/2009, mantiene postura contraria. Concluye que la aplicación de este criterio al hecho enjuiciado nos lleva a entender que los hechos constituyen no un delito de hurto, sino la correlativa falta del art. 623.1 del CP. Y ello porque en el precio de venta al público que la sentencia declara probado sobre la base del ticket expedido por Carrefour, no se hace constar que del mismo se haya deducido expresamente el IVA. Siendo así ha de entenderse, por una obligada interpretación pro reo incluida, procediendo su detracción para determinar el valor de lo que se pretendía hurtar. De esta manera, descontados de los 473,18 euros los 75,68 que supone el 16% correspondiente el IVA, el valor de aquello que se pretendía sustraer no rebasa el límite de 400 euros (son 397,5 euros) que diferencia el delito de la falta. Aun cuando tal cuestión no ha sido expresamente planteada en el recurso, va a ser apreciada de oficio por esta Sala, ya que se trata de un criterio que viene manteniendo regularmente y que beneficia al acusado. Y en la medida en que ha sido precisamente el recurso el que ha propiciado esa calificación jurídica más ventajosa para el apelante, el mismo se va a considerar parcialmente estimado.

La SAP de Barcelona, Sec. 7.<sup>a</sup>, 9-1-2009, n.º 17/2009, en igual sentido. Dice que «lo que el precepto en cuestión dice es que: "La valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijara atendiendo a su precio de venta al público". Es decir, no declara que el valor será el precio de venta al público, sino que para realizar la necesaria valoración judicial de ese elemento esencial del tipo habrá que atender a su precio de venta. Atender, según el DRAE, significa "tener en cuenta o en consideración algo". Por lo tanto, lo único que el legislador ordena es que para establecer el valor de lo sustraído, en los delitos patrimoniales cuyo sujeto pasivo sea un establecimiento comercial y no simplemente que se produzca en un establecimiento comercial, se tome en consideración, se tenga en cuenta ese dato, pero no que ese sea el valor de la cosa objeto del delito. Y esa obligación establecida legalmente de contar con ese dato no es superflua o innecesaria. Significa, a nuestro modo de ver, que habrá de partirse de ese precio para con posterioridad deducir de él todo lo que no pueda considerarse valor de la cosa.



Ello supone, desde luego, que habrá de deducirse del precio el recargo del IVA, puesto que no habiéndose producido el hecho imponible generador de la obligación de pagar dicho impuesto, la venta del bien o servicio, ninguna obligación tributaria nace para el vendedor de declararlo».

La SAP de Barcelona, Sec. 6.<sup>a</sup>, 24-11-2008, n.º 875/2008, en el mismo sentido se refiere a la exclusión del lucro cesante y del IVA al decir que «el art. 234 del CP establece que la conducta que en el mismo se describe supondrá la comisión del delito de hurto exclusivamente cuando la cuantía de lo sustraído exceda de 400 euros. Cuando la cuantía no alcance dicha cantidad nos encontraremos ante la falta prevista en el art. 623.1 del mismo cuerpo legal. En el ticket de caja se establece claramente que tal precio de venta al público lo es con el IVA incluido. La Sala ha tenido ocasión de manifestarse al respecto hasta el punto de elaborar doctrina propia sobre tal cuestión. Así, y reiterando tal doctrina, cabe decir que la expresión legal de "precio de venta al público" tiene un alcance menor del de "desembolso" que se baraja, limitándose a la contraprestación económica que habría de satisfacerse al propietario de la cosa a cambio de la transferencia del dominio del bien mueble».

En sentido contrario, la SAP de Madrid, Sec. 1.<sup>a</sup>, 12-3-2009, n.º 122/2009, donde se somete a la consideración del Tribunal el recurso del MF que impugnó la sentencia porque ésta ha calificado los hechos como una falta de hurto al descontar del precio de venta de las mercancías sustraídas el importe del IVA. Señala que estamos en presencia de un hurto en establecimiento comercial y la sentencia impugnada considera que precio es la contraprestación económica a satisfacer al propietario por un producto e IVA es el impuesto estatal que grava el hecho imponible, por lo que son conceptos distintos y a efectos penales el valor que ha de tomarse en consideración para la tipificación del hurto debe ser exclusivamente el precio, tal y como antes ha sido definido. El MF, por su parte, estima que por precio ha de entenderse el valor de cambio del bien con inclusión del IVA. Se mantiene que ya se han pronunciado sobre esta misma cuestión en la sentencia 121/2008, de 12 de marzo. En dicha sentencia se abordó el problema desde la perspectiva de la constitucionalidad del art. 365 de la LECrim y se concluyó afirmando que la norma comentada era respetuosa con las garantías constitucionales, que al tratarse de una norma procesal no era preciso que fuera aprobada mediante



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

ley orgánica por más que indirectamente complete el tipo penal de hurto y que el tenor literal de la norma es claro en cuanto que ha de atenderse al valor de venta del bien sin descontar el IVA o cualesquiera otros conceptos. Sin perjuicio de remitirnos al contenido íntegro de la citada sentencia, conviene reseñar algunos de sus fundamentos para comprender la posición de este Tribunal: «De todo lo expuesto y a modo de resumen cabe concluir que el art. 365 de la LECrim es una norma de contenido eminentemente procesal en cuanto tiende a establecer un criterio rígido en la valoración de la sustracción de mercancías en establecimientos comerciales y de ahí su ubicación sistemática en la ley procesal. Ciertamente la norma complementa también el tipo de hurto en un supuesto muy concreto estableciendo un elemento normativo y, por tal razón, no es imprescindible que tenga el rango de ley orgánica. La norma extra-penal que comentamos es precisa y su oportunidad y sentido tiene plena justificación en dos vertientes: por un lado facilita el enjuiciamiento del hecho mediante juicio rápido y, a tal efecto, no puede desconocerse que fue introducida por la Ley 15/2003 que modificó la Ley Procesal para regular este tipo de juicios y, de otro lado, es plenamente compatible con el bien jurídico protegido por el tipo de hurto, en cuanto establece un criterio de valoración basado en el beneficio económico que pretende conseguir el autor del hecho con su conducta. Su sentido literal es claro y preciso y no requiere de un especial esfuerzo interpretativo y a él ha de estarse. Por último, la citada norma no excluye, a nuestro juicio, que su acreditación pueda hacerse mediante prueba pericial. Ciertamente, al establecerse un sistema de valoración muy concreto, de ordinario se podrá acreditar mediante prueba documental (ticket de compra, documento que acredite el precio, etc.) pero ello no excluye que el documento o pericia que acredite el valor deba ser sometido a contradicción procesal durante el plenario y valorado junto con el resto de medios de prueba». A su juicio la cuestión no debe plantearse sobre la consideración de si el pago o no del IVA en esa concreta operación forma parte del precio del bien y si por la falta de pago el vendedor sufre o no una pérdida patrimonial. La Ley ha establecido de forma precisa un sistema objetivo de valoración de los bienes sustraídos en establecimiento mercantil que debe ser observado y que tiene su justificación prioritaria en la voluntad del Legislador de calificar el hecho delictivo en función de la ventaja patrimonial que pretende conseguir el autor de la sustracción. Además, el valor de venta es el precio final de todo producto y éste incluye el

IVA, por lo que donde la ley no distingue no cabe hacer distinciones. Los razonamientos anteriores permiten concluir que la sentencia de instancia debió tomar el precio de venta al público de la mercancía sustraída, con inclusión de IVA, como referencia obligada para la calificación de los hechos como delito de hurto, razón por la que procede la íntegra estimación del recurso interpuesto por el Ministerio Público.

La SAP de Madrid, Sec. 3.ª, 10-6-2008, n.º 293/2008 mantiene el criterio de inclusión del IVA, y sintetiza que no pueden acogerse las alegaciones del recurrente —que fue condenado por delito intentado de hurto de prendas cuyo ticket ascendía a 530 €— sobre vulneración del art. 365 párrafo segundo de la LECrim, ya expuestos, habiendo quedado resuelto por Auto dictado por el Pleno del TC 72/2008 de 26 de febrero que ha inadmitido a trámite la cuestión de inconstitucionalidad por infundada, recogiendo que «la regulación establecida en la norma cuestionada sobre que el criterio para valorar los objetos sustraídos en los establecimientos comerciales será el precio de venta al público, que desde luego, ni puede considerarse que carezca de toda explicación racional ni que pueda generar confusión e incertidumbre acerca de la conducta exigible para su cumplimiento. En efecto, más allá de las legítimas discrepancias que puedan mantenerse sobre cuál pudiera ser el criterio más adecuado para la valoración del objeto material de un delito de hurto —el precio de coste, el precio de reposición, el precio de venta o cualquier otro criterio imaginable— o incluso si esa valoración debe quedar dentro del margen de libertad probatoria y libre valoración de la prueba, lo cierto es que, aun cuando no exista ninguna referencia a ello en la Exposición de motivos de la LO 15/2003 en que se añadió este precepto, existen razones para justificar la elección de este criterio por el legislador. Su carácter absolutamente objetivo permite, por un lado, la previsibilidad del sujeto activo respecto de las eventuales consecuencias de su conducta, en tanto que le es posible conocer, incluso antes de actuar, la valoración que realizará el órgano judicial, y, por otro, propicia la eliminación de la eventual apreciación subjetiva que implica remitir a un informe pericial la valoración de este elemento normativo, valoración que siempre sería ex post. Igualmente, por lo ya avanzado con anterioridad, no resulta posible asumir las dudas relativas a la seguridad jurídica, pues, contrariamente a lo afirmado por el órgano judicial, este criterio, por su objetividad y facilidad de constatación para el sujeto activo, tiene,

precisamente, la virtualidad de permitirle conocer con carácter previo a los hechos cuál va a ser la calificación de su conducta y, por tanto, la consecuencia jurídica aplicable».

ATENCIÓN. En la valoración de las mercancías a que se refiere el párrafo segundo del art. 365 de la LECrim la locución precio de venta al público debe entenderse como la cantidad que el adquirente debe desembolsar para adquirir el producto, cifra que habitualmente se exhibe en el etiquetado de la mercancía y que comprende, sin desglosar, los costes de producción y distribución del bien, los márgenes de beneficio de los sucesivos intervinientes en la cadena productiva y los tributos y aranceles que lo hayan gravado directa o indirectamente, entre los que se incluye el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) en el territorio de aplicación del impuesto (Península y Baleares), y el Impuesto General Indirecto Canario (IGIC) y el Impuesto sobre la Producción, los Servicios y las Importaciones (IPSI), en las Islas Canarias y en las ciudades de Ceuta y Melilla, respectivamente.

#### 5. Reiteración de faltas

Establece el art. 234 CP en su párrafo 2, según redacción dada por LO 5/10 de 22 de junio:

«Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice tres veces la acción descrita en el apartado 1 del art. 623 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito».

Una de las novedades de la reforma operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, fue la elevación a la categoría de delito de la conducta consistente en cometer cuatro hechos constitutivos de una misma falta, cuando se trate de las faltas tipificadas en los arts. 617, 623.1 o 623.3 CP y siempre que, en el caso de estas últimas, el valor global de lo sustraído sea superior a 400 euros. Así se desprende de la lectura conjunta de los párrafos segundos de los arts. 147.1, 234 y 244.1 CP.

La LO 5/10 de 22 de junio, reduce la infracción a la comisión de tres veces (antes cuatro) la acción del 623.1 CP.

La Circular 2/2003, de 18 de diciembre, de la FGE sobre la aplicación práctica del nuevo delito consistente en la reiteración de cuatro faltas homogéneas (ahora tres), señala que la introducción de estas nuevas modalidades delictivas en nuestro sistema penal, construidas artificialmente como resultado de la acumulación de varias faltas, plantea no pocas dificultades interpretativas. «La primera duda que se suscita es la relativa a si pueden tenerse en cuenta para integrar estas conductas las faltas que ya hayan sido previamente enjuiciadas y objeto de condena; o, yendo incluso más lejos, si lo que integra estos tipos de nuevo cuño es precisamente el haber sido condenado ejecutoriamente en distintos procedimientos como autor de tres faltas idénticas a la que se esté enjuiciando actualmente, siempre que se den los restantes requisitos que establece la ley. Llega a la conclusión de que sólo la comisión de cuatro conductas constitutivas de falta, ninguna de ellas aún enjuiciada, puede ser sancionada mediante la aplicación de estos preceptos. Basta con que se haya celebrado el juicio, aunque no haya recaído aún sentencia, para que no se pueda tomar en consideración la correspondiente falta, ya que, una vez celebrado el juicio de faltas, éste sólo puede terminar por sentencia sobre el fondo del asunto.

Por otra parte, hay que tomar en consideración también la posible incidencia del instituto de la prescripción en la configuración de estos delitos, toda vez que el plazo de prescripción de las faltas es de seis meses (art. 131.2 CP) y las cuatro conductas englobadas en el tipo pueden abarcar un período temporal de hasta un año. En línea de principios podría sostenerse que estamos ante un delito complejo, de pluralidad de actos y, por tanto, a efectos de prescripción, no cabe considerar cada una de las cuatro faltas aisladamente. El transcurso de más de seis meses entre la comisión de una de las faltas y la siguiente sin que se hubiese abierto el procedimiento sería intrascendente, y habría que tener en cuenta únicamente que no hubiese transcurrido el plazo de prescripción del delito, contado a partir de la fecha de comisión de la última de las faltas, siempre —claro está— que no mediase más de un año entre las fechas de comisión de la primera y la última. Esta interpretación, sin embargo, tiene un gran inconveniente práctico, y es la posibilidad de que ya haya recaído auto firme de archivo por prescripción en alguno de los juicios de faltas. En tal caso, la posibilidad de integrar la falta prescrita en el delito complejo pugnaría con un elemental principio de seguridad jurídica. Por otra parte, hay que

recordar que la prescripción es un instituto de derecho sustantivo, que opera ipso iure y que los jueces deben apreciar de oficio, de tal manera que si respecto de alguna de las faltas hubiesen transcurrido más de seis meses sin ser perseguida judicialmente, será también procedente declarar su prescripción, y no será posible tomarla en consideración como conducta a efectos de colmar el tipo de los nuevos delitos de reiteración de faltas.

Por el contrario, si el juicio de faltas hubiese sido archivado por un motivo distinto de la prescripción, de los que en el procedimiento por delito dan lugar a un auto de sobreseimiento provisional (v. gr., por falta de autor conocido), siempre cabría la posibilidad de reabrir el procedimiento y tomar en consideración la falta para integrar la nueva figura de delito.

Por último, en el caso de que se cometan cinco o más faltas homogéneas en el plazo de un año, habrá que penar separadamente como faltas aquellas que excedan de la cuarta (ahora tercera).

La coexistencia de los nuevos tipos con la figura del delito continuado. Es esta una cuestión que afecta únicamente a las conductas de naturaleza patrimonial (párrafo segundo de los arts. 234 y 244.1 CP), ya que respecto de las lesiones y malos tratos de obra —por tratarse de ofensas a un bien eminentemente personal, como es la integridad física— no cabe apreciar el delito continuado (art. 74.3 CP). La actual redacción del párrafo segundo de los arts. 234 y 244.1 CP podría sugerir una interpretación a contrario de acuerdo con la cual y, conforme al principio de especialidad, se trataría de una derogación particular de la regla general del delito continuado, de tal manera que —en aquellos supuestos que hasta ahora podrían ser calificados de delito continuado— si las infracciones no son más de tres o, aun siendo cuatro, ha transcurrido más de un año entre la fecha de comisión de la primera y la última, las conductas no deberían ser calificadas como delito sino como una mera acumulación de faltas; o, dicho con otras palabras, que con menos de cuatro conductas materialmente constitutivas de falta no cabe cometer un delito continuado de hurto.

Sin embargo, no puede pensarse que haya sido intención del legislador suplantar, con estas nuevas figuras delictivas, la posibilidad de apreciar un delito continuado de hurto o de hurto y robo de uso, en el que se puedan



integrar conductas materialmente constitutivas de falta, siempre que respondan a la ejecución de un plan preconcebido o el aprovechamiento de una ocasión idéntica, y concurren los restantes requisitos del delito continuado. En tal caso, y siempre que la suma total de lo sustraído exceda el límite de la falta, ya resultaría procedente imponer la pena de los arts. 234 o 244.1 CP, aunque sólo fuesen dos o tres las faltas cometidas, sin necesidad de aplicar al nuevo tipo que introduce la reforma; éste es al menos el criterio sostenido por la Consulta n.º 3/1999 de la Fiscalía General del Estado.

El delito continuado de hurto o de hurto y robo de uso subsiste y coexiste, en su tradicional entendimiento, con estas figuras delictivas de nuevo cuño. En el supuesto de que unos mismos hechos fuesen subsumibles en los tipos de los párrafos segundos de los arts. 234 o 244.1 CP, y al mismo tiempo en la figura del delito continuado, la duda acerca de cuál es la norma aplicable habría de resolverse conforme a la regla de la alternatividad contemplada en el art. 8 CP y formular acusación por el delito que prevea la imposición de la pena más grave. En el presente caso, sin embargo, la cuestión carece de interés práctico, ya que ambos preceptos prevén —como ya se ha apuntado anteriormente— la aplicación de la misma pena, la correspondiente al delito respectivo».

ATENCIÓN. Sólo la comisión de tres conductas constitutivas de falta, ninguna de ellas aun enjuiciada, puede ser sancionada mediante la aplicación de estos preceptos. Basta con que se haya celebrado el juicio, aunque no haya recaído aún sentencia, para que no se pueda tomar en consideración la correspondiente falta, ya que, una vez celebrado el juicio de faltas, éste sólo puede terminar por sentencia sobre el fondo del asunto.

## 6. Subtipos agravados

El art. 235 CP contiene los hurtos cualificados, estableciendo una agravación de la pena prevista para el tipo básico, en el caso de que recaiga sobre determinados objetos y concurren determinadas circunstancias. Dice el precepto:

«El hurto será castigado con la pena de prisión de uno a tres años:

1.º Cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.

2.º Cuando se trate de cosas de primera necesidad o destinadas a un servicio público, siempre que la sustracción ocasionare un grave quebranto a éste, o una situación de desabastecimiento.

3.º Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeren perjuicios de especial consideración.

4.º Cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de las circunstancias personales de la víctima.

5.º Cuando se utilice a menores de 14 años para la comisión del delito».

A) Cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. El art. 46 de la CE garantiza la protección del patrimonio cultural y artístico de los pueblos y de los bienes que lo integran. En desarrollo de dicha previsión, la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español establece los criterios para determinar cuáles son esos bienes. Sin embargo, jurisprudencialmente no se exige que tales bienes estén declarados de interés, por previa declaración administrativa o inventariados, si no que el subtipo se aplica a todos aquellos bienes que para el juzgador resulten relevantes en función de esos criterios legales atendiendo a los valores sociales imperantes.

B) Cosas de primera necesidad o destinadas a un servicio público. Son dos los supuestos contemplados: uno referido a cosas que sirven para satisfacer necesidades primarias (alimentación, medicinas, vestimenta), y otro a sustracción de cosas destinadas al servicio público. Condicionados a que siempre la sustracción ocasionare un grave quebranto a éste, o una situación de desabastecimiento.

Debe tenerse en cuenta la existencia del art. 281 CP que sanciona:

«1. El que detrajere del mercado materias primas o productos de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Se impondrá la pena superior en grado si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas».

C) Especial gravedad. Se distingue entre el valor de los efectos sustraídos y perjuicios de especial consideración. Son los Tribunales los que fijan la cuantía a partir de la cual se considera apreciable la especial gravedad, aplicable tanto al valor de lo sustraído como a los perjuicios ocasionados, criterio valorativo variable a lo largo del tiempo atendiendo a las circunstancias económicas del momento de que se trate, oscilando sobre los 36.000 euros (STS 928/2005 de 11 de julio).

La SAP de Baleares, Sec. 1.ª, n.º27/2007, de 16 de febrero, recuerda que en todo caso el TS, cuando se trata de apreciar la figura agravada de defraudación en atención sólo al importe del objeto del delito, ha sostenido, en palabras textuales de la STS de 28 de abril de 2006 que «si la cantidad defraudada es por sí sola importante, nadie puede dudar de que nos encontramos ante un hecho de "especial gravedad"». Una referencia para determinar esta cantidad podía ser la de treinta y seis mil euros que se venía considerando como cifra para estimar como muy cualificada la paralela agravación establecida en el núm. 7.º del art. 529 CP anterior, a partir de una reunión plenaria de la Sala de 26.4.91, que estableció la de doce mil euros para apreciarla como simple. No obstante, dada la introducción, por la LO 5/10, del subtipo agravado de estafa cuando el valor de la defraudación exceda de 50.000 euros, en el art. 250.1.5.º, habrá que tener en cuenta tal cuantía para la apreciación de la especial gravedad, también en el hurto.

D) Poner a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de las circunstancias personales de la víctima. Son dos causas de cualificación alternativas, donde se atiende al desvalor del resultado causado con independencia del valor objetivo de lo sustraído, debiendo atenderse a un criterio subjetivo y referido a la concreta situación de hecho de la víctima. Esta agravación es incompatible con el abuso de superioridad de cuya naturaleza participa, si bien difiere, y es compatible con el abuso de confianza.

E) Cuando se utilice a menores de 14 años para la comisión del delito. Esta agravación ha sido añadida por LO 5/10 de 22 de junio, y constituye una agravación para los casos de autoría mediata en los que se utiliza a un menor

de 14 años para la comisión del hecho delictivo, supuestos en que se aprovecha de la no aplicación siquiera de la ley del menor.

#### Hurto de posesión

Establece el art. 236 CP la sustracción de quien tenga la posesión legítima, el llamado *furtum possessionis*:

«Será castigado con multa de tres a 12 meses el que, siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de éste, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero, siempre que el valor de aquélla excediere de 400 euros».

La falta correlativa cuando el valor es inferior a 400 euros se sanciona en el art. 623.2 CP que castiga con penas de localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses, los que realicen la conducta descrita en el art. 236, siempre que el valor de la cosa no exceda de 400 euros.

Esta figura se regulaba en el CP derogado entre las estafas lo que era criticado por la doctrina al entender que era una modalidad de hurto, si bien se contraponía que difícilmente el propietario podía atentar contra su propiedad. El CP de 1995 cambió su ubicación sistemática, en consonancia con la línea doctrinal que negaba la naturaleza defraudatoria de tal figura. En definitiva, lo que se protege en este tipo es la posesión y no la propiedad, que ha de ser legítima como se exige en el precepto, siendo sujeto activo del delito, el propietario o dueño, sin perjuicio de que lo sea cualquier otra persona que actúe con el consentimiento del dueño; en estos casos el dueño podría responder en concepto de autor, inductor o cómplice según los casos; y sujeto pasivo será el poseedor legítimo de la cosa. Es plausible esta figura cuando el dueño ha depositado la cosa en poder de terceros, o cuando gozan estos de un crédito de tipo refaccionario que permite retenerla en prenda hasta que se pague el trabajo ejecutado sobre la misma (art. 1600 del CC, caso de entrega de un vehículo para reparación).

No se prevé una figura similar para el robo, conducta que tal vez pudiera encuadrarse en la realización arbitraria del art. 455 CP.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

La SAP de Segovia, Sec. 1.<sup>a</sup>, n.º 11/2009, de 12 de diciembre, señala que «tanto el actual art. 236 como el 623.2 del CP, regulan el denominado *furtum possessionis* del Derecho Romano, que a través del Fuero Real se introdujo en nuestro Derecho y en los Códigos desde el de 1822, donde tenía la controvertida consideración de estafa impropia. Sostiene la doctrina que no se trata de una estafa porque el perjuicio no se causa mediante un engaño, sino por la sustracción de una cosa mueble; pero tampoco es un hurto, ya que no ataca la propiedad, sino la posesión legítima, siendo además su propietario el sujeto activo del tipo. La Sala 2.<sup>a</sup> del TS ha estudiado esta figura delictiva en su sentencia de 25 de junio de 1985. En ella se expresa que el bien jurídico protegido con esta infracción es la posesión que se ha transmitido o confiado a persona distinta a la del titular —posesión legítima que se tutela frente a los ataques del propietario y de quien pueda actuar con el consentimiento de éste— consistiendo la acción en sustraer la cosa mueble cuya posesión legítima ha sido adquirida por el sujeto pasivo, sin violencia o intimidación, clandestina, furtiva o subrepticamente, siendo indispensable el perjuicio para quien tenga la cosa en su poder legítimo o para un tercero, aunque no su exacta precisión cuantitativa».

En el supuesto que aborda la SAP de Segovia aprecia la falta prevista y penada en el art. 623.2 CP, la entidad denunciante había adquirido la posesión de un vehículo, propiedad del denunciado, por haber sido depositado en las dependencias habilitadas por ella al efecto, tras serle entregado por la Policía Local, y una vez que fue retirado por la grúa municipal, al ser sancionado por encontrarse estacionado en zona no habilitada para ello. A la denunciante le fue entregado en depósito el vehículo del denunciado por los Agentes de la Policía Local en el cumplimiento de sus funciones, asumiendo por ello las obligaciones y responsabilidades correspondientes y derivadas de la guarda y custodia que se le había encomendado por aquéllos. Dicho vehículo fue retirado indebidamente por su propio dueño de forma furtiva y sin contar con el consentimiento de la empresa depositaria, siendo evidente el perjuicio para aquélla en cuanto que no se llegó a abonar la tasa correspondiente por los servicios que tuvo que prestar, y que es la establece en las Ordenanzas Fiscales correspondientes, de conformidad con lo previsto en el art. 90 de las Ordenanzas de Circulación.



Alfredogarcialopez  
ABOGADOS







Alfredogarcialopez  
ABOGADOS





Alfredogarcialopez  
ABOGADOS





Alfredogarcialopez  
ABOGADOS







Alfredogarcialopez  
ABOGADOS



ABOGADOS

37

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO  
984 186 927  
984 081 875f  
[www.alfredogarcialopez.es/com](http://www.alfredogarcialopez.es/com)









Alfredogarcialopez  
ABOGADOS



Alfredogarcialopez  
ABOGADOS