

**EL DELITO DE HURTO
ANALISIS COMPARATIVO
ENTRE EL CODIGO PENAL DE 1944
Y EL DE 1995**

José Manuel Barranco Gámez.

José Manuel Barranco Gámez.

Abogado.

Licenciado en Derecho.

Licenciado en Criminología.

Detective Privado.

Máster en Prevención de Riesgos Laborales

Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

**JUS NON IN SINGULAS PERSONAS, SED GENERALITER
CONSTITUITUR**

INDICE

EL DELITO DE HURTO

ANALISIS COMPARATIVO ENTRE EL CODIGO PENAL DE 1944 Y EL DE 1995

- 1. EL HURTO EN EL DERECHO ROMANO.**
- 2. EL HURTO EN EL CODIGO PENAL DE 1870.**
- 3. EL HURTO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1944.**
 - I. TIPO PENAL.**
 - II. EL HURTO COMO DELITO BASICO.**
 - III. EL HURTO PROPIO. ESTRUCTURA Y DINÁMICA DEL
HURTO PROPIO.**
 - IV. EL GRADO DE EJECUCIÓN.**
 - V. ACCIONES DISTINTAS Y DELITO CONTINUADO.**
 - VI. HURTOS IMPROPIOS.**
 - 1. APODERAMIENTO DE COSA PÉRDIDA.**
 - 2. LOS DAÑOS LUCRATIVOS.**
 - 3. HURTOS DE POSESIÓN Y DE USO.**
 - VII. LA PUNIBILIDAD EN EL HURTO Y LOS HURTOS
PRIVILEGIADOS.**

VIII. LOS HURTOS CUALIFICADOS.

4. EL HURTO EN EL CODIGO PENAL DE 1995.

I. TIPO PENAL.

II. CONCEPTO.

III. REGULACIÓN NORMATIVA.

IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

V. ELEMENTOS OBJETIVOS

1. EL OBJETO MATERIAL.

2. LA ACCIÓN.

3. EL SUJETO ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO

VI. ELEMENTOS SUBJETIVOS.

1. EL DOLO.

2. EL ÁNIMO DE LUCRO.

VII. FORMAS DE EJECUCIÓN.

VIII. HURTOS AGRAVADOS.

IX. HURTO DE COSA PROPIA

X. SUSTRACCIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO.

XI. HURTO FAMILÍCO.

1. CONCEPTO.

2. JUSTIFICACIÓN.

- 3. ELEMENTOS TÍPICOS.**
- 4. OBJETO MATERIAL.**
- 5. REGULACIÓN PENAL.**
- 6. DIVERSOS SUPUESTOS.**
- 7. JURISPRUDENCIA.**

- 1. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1955.**
- 2. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Septiembre de 1985.**
- 3. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Marzo de 1991.**
- 4. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 1991.**
- 5. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de Julio de 2009.**
- 6. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 10 de Noviembre de 2010.**

XII. DIFERENCIA DEL HURTO CON EL ROBO.

XIII. HOMOGENEIDAD CON OTROS DELITOS PATRIMONIALES.

XIV. LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO PENAL.

XV. REGIMEN TRANSITORIO TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LO 1/2015.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

I. JURISPRUDENCIA ANTERIOR AL CÓDIGO PENAL DE 1870.

- 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE JULIO DE 1858.**
- 2. SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE FEBRERO DE 1861.**
- 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE OCTUBRE DE 1862.**
- 4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE DICIEMBRE DE 1862.**
- 5. SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE OCTUBRE DE 1865.**
- 6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE JULIO DE 1868.**
- 7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1870.**

II. JURISPRUDENCIA REFERENTE AL CÓDIGO PENAL DE 1870.

- 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE ENERO DE 1871.**
- 2. SENTENCIA EL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE FEBRERO DE 1871.**
- 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE MAYO DE 1871.**

4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JULIO DE 1871.
5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE OCTUBRE DE 1871.
6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE OCTUBRE DE 1871.

III. JURISPRUDENCIA REFERENTE AL CÓDIGO PENAL DE 1944.

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE ENERO DE 1955.
2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE ENERO DE 1955.
3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE ENERO DE 1955.
4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE FEBRERO DE 1955.
5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MARZO DE 1955.
6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE OCTUBRE DE 1955.
7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1955.
8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1955.

9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1955.
10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE DICIEMBRE DE 1955.
11. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE ENERO DE 1956.
12. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE FEBRERO DE 1956.
13. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE FEBRERO DE 1956.
14. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE MARZO DE 1956.
15. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1988.
16. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 1988.
17. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE JULIO DE 1988.
18. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE MARZO DE 2002.

IV. JURISPRUDENCIA REFERENTE AL CÓDIGO PENAL DE 1995.

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2015 (ASUNTO CODICE CALIXTINO).

2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE OCTUBRE DE 2015.
3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE ABRIL DE 2013.
4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE JUNIO DE 2013.
5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE ABRIL DE 2012.
6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE OCTUBRE DE 2010.
7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE MAYO DE 2009.
8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE OCTUBRE DE 2000.
9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ENERO DE 2000.

6. BIBLIOGRAFIA.

RESUMEN

El concepto legal de hurto, se concreta en aquel delito básico contra la propiedad que comete el que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño por importe superior de 400 euros

La dinámica de la acción se asienta en el apoderamiento subrepticio, dado que se excluye la violencia personal o fuerza real, de manera expresa, y el engaño, de modo implícito.

El Código Penal de 1995 recoge como modalidad del robo con fuerza en las cosas la consistente en la inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda, de tal manera que cualquier manipulación realizada sobre los dispositivos de seguridad con el fin de evitar la activación de la alarma situada en los controles de salida del local comercial en el que los mismos se encuentran, constituyen en abstracto, la modalidad de fuerza típica. Pese a lo anterior, esta acción no es suficiente para convertir el hecho constitutivo de un hurto en un delito de robo, puesto que para que ello sea posible se exige que la fuerza sobre las cosas sea practicada con el propósito de acceder al lugar donde se encuentran los objetos que pretenden sustraerse, circunstancia que no se da en centros comerciales dentro del horario de apertura en los que el acceso al mismo es libre.

PALABRAS CLAVES

Violencia, intimidación, fuerza en las cosas, consumación, contrectatio, illatio, apprehensio, disposición, elemento subjetivo del injusto, ánimo de lucro, agotamiento del delito, cosa perdida, res derelictae, res nullius, posesión, propiedad, medidas de seguridad.

EL DELITO DE HURTO

ANALISIS COMPARATIVO ENTRE EL CODIGO PENAL DE 1944 Y EL DE 1995

1. EL HURTO EN EL DERECHO ROMANO

El término iniuria en Derecho romano designa en sentido amplio cualquier acto realizado sin derecho (como contrapuesto a ius - non iure); en sentido estricto designa nuestro delito por excelencia.

Hurto es la sustracción fraudulenta de una cosa mueble con intención de lucrarse con ella (furtum rei), o bien la indebida apropiación o el uso ilícito de ella traspasando los límites consentidos por el propietario de la misma (furtum usus, furtum possessionis). Supone, pues, la reunión de tres requisitos, a saber: la sustracción (contrectatio), la intención de cometer el hurto (animus furandi) y el ánimo de lucrarse (animus lucri faciendi).

Del hurto nacen dos acciones: la condictio furtiva y la actio furti.

- La condictio furtiva

La condictio furtiva es una acción rei persecutoria, tendente a obtener la restitución de la cosa hurtada con todos sus accesorios, y en su defecto el mayor valor que haya tenido después del hurto, aunque haya desaparecido por caso fortuito. Compete solamente al propietario de la cosa hurtada y a sus herederos, y se utiliza contra el ladrón y los suyos, y contra varios ladrones puede ejercitarse in solidum; pero como toda acción rei persecutoria se extingue en cuanto el perjudicado ha conseguido el completo resarcimiento.

- La actio furti

La actio furti es una acción penal, tendente a la consecución de una pena privada, que es del cuádruplo o del duplo, según que se trate o no de hurto manifiesto. Compete a todo el que tenga interés en que la cosa no sea hurtada y se dirige no sólo contra los autores del hurto, sino también contra los cómplices que contribuyeron a él con su ayuda o consejo, todos los cuales responden in solidum, cada uno independientemente de los demás, de modo que el pago hecho por uno no libra a los demás. En cambio, los herederos del culpable quedan exentos de responsabilidad.

Las dos acciones concurren cumulativamente.

- De la rapiña

La rapiña es la substración violenta de una cosa mueble ajena realizada dolosamente con ánimo de obtener un lucro. Los elementos de este delito son idénticos a los del hurto, con la circunstancia agravante de la violencia.

También son iguales sus efectos, y las mismas acciones nacientes del hurto pueden aplicarse para la persecución de la rapiña. Pero, además, así como el hurto no manifiesto sólo atribuye derecho a la pena del duplo, el despojado por rapiña puede reclamar la pena del triplo mediante la actio vi bonorum raptorum, y como esta acción es de naturaleza mixta, a saber: penal y rei persecutoria a un tiempo, resulta que en conjunto se dirige a la obtención del cuádruplo, o sea un triplo como pena y un simple rei persecución.

Las cosas y su clasificación en Derecho romano

- Res mobiles –cosas muebles– son aquellas que, sin menoscabo de su esencia e incluso por exigirlo así su utilización económica, pueden ser trasladadas de un sitio a otro.

Entre las cosas muebles formaban una categoría especial las res sese moventes o semovientes (esclavos, animales), que pueden trasladarse por sí mismas.

- Cosas inmuebles (predia fundi) lo son: el suelo y lo unido a él de un modo estable, como los edificios, las plantas, etc.

Dentro de las inmuebles se subdistinguían los praedia rustica y los urbana, según que no tuvieren o tuvieren edificio, prescindiendo del lugar en que el predio se halla situado. En cambio, es la situación próxima al casco de la ciudad lo que determina la situación de los llamados praedia suburbana. Tales distinciones produjeron algunas diferencias de trato en la legislación positiva.

2. EL HURTO EN EL CODIGO PENAL DE 1870

El Código de 1870 pretende adaptar el texto de 1850 a las exigencias de la Constitución de 1869, surgida de la revolución liberal de 1868. Aunque se tramitó con carácter de urgencia y entró en vigor de forma provisional, mientras las Cortes elaboraban un texto definitivo, tuvo en realidad una larga vigencia que, salvo el intervalo del Código de 1928, se prolongó hasta el Código de 1932.

Estaba dividido en tres Libros y su inspiración política es liberal, lo que se manifiesta en la inclusión de delitos contra los derechos individuales; en los delitos contra el libre ejercicio de los cultos, y en la suspensión de la pena de muerte como única para determinados delitos. La conspiración y la proposición se castigan sólo cuando se prevé expresamente y se recoge de nuevo el principio de legalidad respecto a los delitos y las penas.

En este código se separó el hurto de la apropiación indebida, y esta última, continuó “formado parte” de la estafa.

CAPITULO II DE LOS HURTOS

Art. 530. Son reos de hurto:

1.º Los que con ánimo de lucrarse, y sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas, toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad del dueño´

2.º Los que encontrándose una cosa perdida, y sabiendo quien es el dueño, se la apropiaren con intención de lucro.

3.º Los dañadores que sustrajeren o utilizaren los frutos u objeto del daño causado....

Art. 531. Los reos de hurto serán castigados:

1.º Con la pena de presidio correccional en sus grados medio y máximo, si el valor de lo hurtado excediere de 2.550 pesetas.

2.º Con la pena de presidio correccional en sus grados mínimo y medio, si no excediere de 2.500 pesetas y pasare de 500.

3.º Con arresto mayor en su grado medio a presidio correccional en su grado mínimo, si no excediere de 500 y pasare de 100.

4.º Con arresto mayor en toda su extensión, si no excediere de 100 y pasare de 10.

5.º Con arresto mayor en sus grados mínimo y medio, si no excediere de 10 y el reo hubiere sido condenado dos veces por hurto en juicio de faltas.

Art. 532. No obstante lo dispuesto en el número 4 del artículo anterior, no se considerará delito, sino que se castigará como falta, el hurto de semillas alimenticias, frutos y leñas, cuando el valor de la cosa sustraída no excediere de 20 pesetas y el reo no fuera dos o más veces reincidente.

Art. 533. El hurto se castigará con las penas inmediatamente superiores en grado a las respectivamente señaladas en los dos artículos anteriores:

1.º Si fuesen cosas destinadas al culto, o se cometieren en acto religioso, o en edificio destinado a celebrarlos.

2.º Si fuese doméstico o interviniere grave abuso de confianza.

3.º Si fuese dos o más veces reincidente.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22/06/1906: Resultando probado que en la noche del 17 de Junio de 1904, el procesado Pedro Álvarez Méndez, alias el Coco, que buscó aquélla de propósito, sustrajo con ánimo de lucro 37 gavillas de cebada de un haza que D. Miguel González tenía en la dehesa del Alamar (Villa del Prado), cuyas gavillas han sido apreciadas en 14 pesetas; que al siguiente día, para que el D. Miguel no notara la falta, sustrajo á D. Pablo Corral 29 gavillas del mismo grano, tasadas en 10 pesetas 60 céntimos, que llevo á la era del Miguel, siendo recuperadas todas las gavillas y entregadas á sus dueños provisionalmente. Resultando que la Audiencia provincial de Madrid condenó al procesado, como autor de dos delitos de hurto.

Considerando, en orden á la primera cuestión, que el acto de sustraer el recurrente del haza de D. Pablo Corral 29 gavillas de trigo, llevándolas á la heredad de D. Miguel González para que éste no se apercibiera de la sustracción de que á su vez había sido objeto, reviste los caracteres de un delito consumado de hurto, por concurrir los elementos que según la ley le integran, incluso el ánimo de lucro, de cuya no existencia se parte en el recurso, dado que por lucro se entiende, con arreglo á la significación gramatical de esa palabra, no sólo la adquisición de alguna cosa útil para los fines de la vida, sino también el provecho que en cualquier otro sentido se reporta ó se espera de la acción que se ejecute; y esto sentado, es forzoso admitir que la naturaleza misma de los hechos pone de manifiesto el propósito de utilidad que el procesado perseguía, cuál era el de que permaneciera oculta la primera sustracción, en la creencia de que la que llevó á cabo después en el haza de D. Pablo Corral ofrecía menos riesgo de ser descubierta, infiriéndose de todo ello que son dos los delitos, como acertadamente lo ha entendido el Tribunal sentenciador.

3. EL HURTO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1944

I. TIPO PENAL

CAPÍTULO II

De los hurtos

Art. 514. Son reos de hurto:

1.º Los que con ánimo de lucrarse y sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño.

2.º Los que, encontrándose una cosa perdida, se la apropiaren con intención de lucro.

3.º Los dañadores que sustrajeren o utilizaren los frutos u objetos del daño causado, en la cuantía señalada en este capítulo.

Art. 515. Los reos de hurto serán castigados:

1.º Con la pena de presidio mayor si el valor de la cosa hurtada excediere de 100.000 pesetas.

2.º Con la pena de presidio menor si el valor de la cosa hurtada excediere de 25.000 pesetas y no pasare de 100.000 pesetas.

3.º Con la pena de arresto mayor si excediere de 2.500 pesetas y no pasare de 25.000 pesetas.

4.º Con arresto mayor si no excediere de 2.500 pesetas y el culpable hubiere sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto, estafa, apropiación indebida, cheque en descubierto o receptación, o dos veces en juicio de faltas por estafa, hurto o apropiación indebida.

Art. 516. El hurto se castigará con las penas inmediatamente superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores:

1.º Si fuere de cosas destinadas al culto o se cometiere en acto religioso o en edificio destinado a celebrarlos.

2.º Si fuere doméstico o interviniere abuso de confianza.

3.º Si el culpable fuere dos veces reincidente.

En todos estos casos los Tribunales podrán imponer la referida pena en el grado que estimen conveniente, aunque concurren otras circunstancias de agravación.

Salvo en el supuesto del número 3.º de este artículo, no se podrá imponer pena superior a las de presidio o prisión mayores, pero, cuando haya lugar a tal limitación de la pena, no tendrá efecto el libre arbitrio regulado en el párrafo precedente y se impondrá la que corresponda en el grado máximo.

CAPÍTULO II bis

Del robo y hurto de uso de vehículos de motor

516 bis. El que sin la debida autorización y sin ánimo de haberlo como propio usare un vehículo de motor ajeno será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 5.000 a 50.000 pesetas.

Si ejecutare el hecho empleando fuerza en las cosas, la pena se aplicará en su grado máximo.

Cuando, en los casos previstos en los párrafos anteriores, el culpable dejare transcurrir el plazo de veinticuatro horas sin restituir o abandonar el vehículo se impondrán las penas establecidas en los artículos 515 o 505, respectivamente.

Si en la ejecución del hecho se empleare violencia o intimidación en las personas se impondrán las penas previstas en el artículo 501 de este Código.

II. EL HURTO COMO DELITO BASICO

Delito básico en la delincuencia patrimonial es el hurto, bien que se formule en el Código penal español mediante notas negativas, frente a, las positivas del robo, a semejanza de lo que ocurre con el correlato delito de homicidio frente al parricidio y asesinato. El mismo camino metodológico que va de lo simple a lo complejo aconseja encabezar el tratamiento de estas infracciones con el hurto propio, recogido en el número 1.º del artículo 514 del Código penal.

III. EL HURTO PROPIO. ESTRUCTURA Y DINÁMICA DEL HURTO PROPIO

Como es sabido, el núcleo del tipo está expresado por el verbo tomar, pero ha de decirse enseguida que el mismo no puede interpretarse tan solo en un sentido gramatical y material, sino también en una acepción ideal, como hace habitualmente la jurisprudencia, a fin de cubrir conductas en que el agente tiene la posesión precaria de la res furtiva (caso del hurto doméstico) o en que las cosas se toman con buena fe originaria y se retienen luego indebidamente (cosas entregadas por error). Quintano entiende que no pueden resolverse estos supuestos acudiendo a la distinción de posesiones, desde el momento en que tal distinción es disputada en el propio campo civil de donde procede. Algo más plausible le parece el criterio jurisprudencial de la disponibilidad de la cosa por el sujeto agente, como signo de la apropiación indebida, de modo que si solo tiene facultades de mera guarda o custodia (caso, de los cajeros) existirá hurto. Pero aún se dan ciertos supuestos en que el agente goza de cierta disponibilidad de las cosas (caso del ama de llaves a la que se confían cantidades de dinero para el servicio de la casa, con relativo margen de empleo) en los que seguirá habiendo hurto si se apropia los bienes para sí. Esto lleva a la conclusión de que la "desposesión" en el hurto no siempre es un *præ* lógico y un medio para llegar a la "expropiación", con lo cual se muestra la amplitud que alcanza esta figura delictiva en Derecho español, a diferencia de otros sistemas, como el alemán, en que el verbo del tipo tiene un sentido más dinámico de desplazamiento material con la correlativa consecuencia de que el delito de apropiación indebida abarque no solo el supuesto de posesión propiamente dicha (*Besitz*) por parte del sujeto activo, sino también el de mera guarda o custodia. Esta extensión española del hurto viene a ser análoga a la del *vol* francés, pues, aunque el verbo típico *soustraire*, sea más estricto que el tomar nuestro, la interpretación jurisprudencial gala llega a análogas consecuencias, cuando no más extremas.

Si el hurto en Derecho español ataca a la propiedad y no necesariamente a la posesión, la consecuencia es que solo quien ostenta la cualidad de propietario podrá ser

sujeto pasivo, de modo que no lo será el sirviente, arrendatario o cajero, poseedores o tenedores de la cosa.

El sistema español no merece la adhesión del autor quien, en un plano de lege ferenda, postula por una reforma que iguale en las consecuencias a todo poseedor de la cosa, cualquiera que sea el título de posesión, de modo que desaparezca la actual desigualdad penal entre el mero tenedor que al apropiarse la cosa incide en hurto con la agravante de abuso de confianza, inherente por lo general a tal situación de tenencia de la cosa, y el administrador o depositario que al realizar igual conducta atraen la calificación más benigna de apropiación indebida, por ir ya embebido en este último delito el abuso de confianza. Es de notar que, aunque no se haya logrado esa desiderata, la última corriente interpretativa de nuestra jurisprudencia viene apoyando esa mayor amplitud de la apropiación indebida a expensas del hurto.

La dinámica de la acción se asienta en el apoderamiento subrepticio, dado que se excluye la violencia personal o fuerza real, de manera expresa, y el engaño, de modo implícito. Tal es el caso del clásico "tirón" del bolsillo o prenda análoga, oscilante entre el hurto y el robo, o el actualísimo supuesto de ocultación de mercancías en el sistema comercial de autoservicio, propio de los modernos supermercados, más afín con la estafa que con el hurto.

En este punto, también ha rectificado la jurisprudencia los viejos patrones de considerar la astucia inherente al hurto, siendo así que es más afín al engaño o fraude.

IV. EL GRADO DE EJECUCIÓN

Es tradicional la disputa en torno al momento consumativo del hurto. Aceptado que la consumación, en teoría general, es la realización del tipo, la cuestión no queda aun resuelta, puesto que la dificultad retorna al precisar la significación del verbo tomar, que ya se ha visto tolera una amplísima interpretación.

Las dudas se acrecientan a la hora de compulsar has fuentes romanas que tanto han pesado en este punto: la *contrectatio* y la *illatio*, como tesis extremas, y las intermedias de la *apprehensio* y de la *ablatio*; así como a la hora de fijar los verbos típicos de las respectivas dogmáticas que, a semejanza de nuestro tomar, son susceptibles -de una mayor o menor amplitud: el *soustraire* frances, el *wegnehmen* alemán y el *impossessamento* italiano.

Situados en nuestra dogmática, se distingue, a los efectos, las tres modalidades del hurto, del artículo 514, pues el hallazgo de, cosa perdida exige la máxima exigencia consumativa de la *illatio*, es decir, la puesta en seguridad del objeto y aun de su aprovechamiento efectivo, de modo que delito consumado y agotado se hacen aquí sinónimos, exigencia que aún se agudiza en el hurto-daño del numero 3.º de dicho artículo, al emplear expresamente la palabra utilizar, equivalente al disfrute de la cosa. Por el contrario, en el hurto propio del número primero, para nada se exige tal agotamiento delictivo, pero con ello no se resuelve el límite mínimo de la consumación, en vista de la neutralidad que permite el verbo núcleo del tipo.

La trayectoria jurisprudencial ha marchado en este punto, desde contentarse con el apoderamiento material de la cosa, revelado por el desplazamiento local de la misma, para tener el hurto por consumado, hasta exigir el poder de disposición, la disponibilidad de la cosa, siquiera sea eventual y fugaz. Ambas posturas son independientes de que se consiga o no el fin lucrativo.

Esta doctrina de la disponibilidad, permite la forma imperfecta de la frustración, que con la tesis del apoderamiento material queda prácticamente anulada- y ello, no solo en los casos de flagrancia, sino en los de persecución en la huida llevando consigo el producto de la sustracción, en lo que con arreglo a los criterios de la *contrectatio* y aun de la *ablatio*, habría consumación, pero no conforme al punto de vista de la disponibilidad, dado que el ladrón no solo no dispuso de la cosa, sino que tampoco pudo disponer, aparte de que el dueño, mientras dura la persecución, sigue ejercitando sus facultades de vigilancia.

V. ACCIONES DISTINTAS Y DELITO CONTINUADO

En dicha hipótesis de la persecución, puede perder el ladrón parte del botín. En tal supuesto, como en todos aquellos en que el sujeto solo logra apoderarse de una parte de la res furtiva, se plantea el problema de si existirá un solo delito consumado o uno frustrado en concurrencia con otro consumado. Habría que considerar un delito consumado por la cuantía de lo realmente apropiado. No obstante, algún autor estima aplicable en nuestro Derecho, por imperativo del artículo 68 del Código Penal la solución carrariana de considerar la frustración o la consumación atendida la pena más grave de una a otra. Y en verdad que esta tesis parece la más atendible. No se trata de extender arbitrariamente la consumación al todo, sino de optar por ten delito frustrado o un delito consumado, dado que, en Derecho español, se vincula la pena a la cuantía del hurto y muy bien puede suceder que la cuantía de la primera acción delictiva sea mucho mayor y atraiga pena más grave, no obstante la frustración, que la segunda acción consumada. Incluso esta acción consumada podría ser constitutiva de una mera falta, con lo que si atendiéramos al criterio exclusivo de la consumación, habría de castigarse tan solo la falta y dejar impune el delito frustrado. No se trata de un concurso de delitos, sino de normas, puesto que hay un solo delito de hurto con dos acciones de ataque patrimonial de distinta entidad, lo que hace quo tal delito único pueda encuadrarse en dos normas diferentes del artículo 515 del Código penal, justamente la hipótesis del artículo 68, que si algún principio consagra con claridad en la solución del concurso normativo, es el de la alternatividad. Sin escindir, pues, la calificación, aplicaremos el precepto más grave.

El caso de sustracción de automóviles para apropiarse de alguno de sus efectos, dejando luego abandonado el vehículo, no responde ya a la situación aludida. Aquí el dolo de apropiación se circunscribe a los efectos realmente hurtados, sin perjuicio del concurso con un hurto de use del vehículo. Habrá hurto por el total valor del automóvil, cuando se planeó su definitiva apropiación y no el mero use transitorio, aunque luego haya de abandonarse el vehículo por causas independientes de la voluntad del autor. En

este último caso, si no hubo verdadera posibilidad de disposición, el delito será frustrado.

Es preciso, pues, situarse en el plano del dolo y de la culpabilidad, tan decisiva en este delito, que se plasmó en el tipo como elemento subjetivo del injusto. Y así es como resuelve el caso, que contempló la S. de 22-VI-1906, del que se apoderó de grano en una finca y, para reponerlo, se torna idéntica cantidad de otra. ¿Hubo verdadero ánimo de lucro en esta segunda sustracción?. La sentencia así lo estimó puesto que apreció dos delitos de hurto. La STS 26/11/1958 no consideró hurto el apoderamiento de una escalera para evadirse de la prisión un detenido, por faltar el ánimo de lucro.

Así se recoge: Los acusados, puestos de acuerdo, decidieron libertar del depósito municipal, donde se hallaba detenido, a Valentín, para lo que y mientras José Francisco inspeccionaba el edificio depósito municipal de detenidos, el José Ramón abrió la puerta de un edificio cercano al anterior, propiedad de Santiago, dando un fuerte empujón, penetrando en él, y apoderándose de una escalera de madera valorada en 45 pesetas, de una soga, valorada en 25 pesetas; un poco más tarde y como la escalera de que se apropió José Ramón no bastaba para escalar la tapia del depósito municipal, ambos procesados se dirigieron a otro edificio próximo, propiedad de Rafael, apoderándose de otra escalera valorada en 19 pesetas, habiendo tenido en este último edificio los dos procesados, necesidad para penetrar en él, que hacer saltar un candado y romper una tabla, ocasionando daños por valor de 22 pesetas; luego, uniendo las dos escaleras con la soga y la lía, se dirigieron al depósito municipal, para escalarlo y libertar al detenido Valentín, lo que no consiguieron, por haber sido sorprendidos en aquel momento por la Guardia Civil, que los detuvo, y que recuperó las dos escaleras, soga y lía y reja de arado, que fueron entregados provisionalmente a sus respectivos dueños...Considerando que para que pueda estimarse cometido un delito de robo o hurto, según la definición que de los mismos hacen los artículos 500 y 514 del Código Penal, respectivamente, es requisito primordial o indispensable que el acusado de tales infracciones punibles realice el apoderamiento de las cosas muebles ajenas con ánimo de lucro, y aunque es doctrina sentada por esta Sala que en todo indebido apoderamiento de cosa mueble ajena en contra o sin la voluntad de su dueño, se

presume la existencia del ánimo de lucro, esta presunción puede ser desvirtuada cuando conste que fue otro y no el ánimo de lucro el propósito que guió al culpable a realizar los actos que se le imputan, y como en los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida se afirma que el recurrente y su co-reo, puestos de acuerdo decidieron libertar del Depósito Municipal donde se hallaba detenido, a Valentín, para lo que se apoderaron de una escalera y una soga que había en un edificio cercano, y como esta escalera no bastaba para escalar la tapia, cogieron otra que se encontraba en otro edificio próximo, y uniendo ambas se dirigieron al Depósito Municipal para escalarlo y libertar al detenido, lo que no consiguieron por haber sido sorprendidos por la Guardia Civil, es evidente que los procesados no cogieron las tan mencionadas escaleras con intención de apropiárselas, ni de obtener con el valor de ellas un beneficio o utilidad en su particular provecho, sino que el único móvil que les impulsó a retirarlas del sitio en que se encontraban fue el de emplearlas momentáneamente como medio adecuado para lograr la evasión del detenido, único fin delictivo y punible que se habían propuesto realizar, por todo lo que es visto que el recurrente no cometió el delito de robo por el que ha sido condenado

La discrepancia se remonta a la distinta concepción que se tenga del ánimo de lucro. El ánimo de lucro se diferencia del motivo y así nos parece compatible en el caso de la doble sustracción de trigo la duplicidad de hurtos, el móvil de reparación (o de ocultación del primer hurto) que guía al autor al cometer el segundo hecho, no es óbice para que el fin inmediato de su acción sea de disponer de la cosa en su beneficio, a saber, el de poder utilizarla más tarde en la restitución al primer perjudicado. Algo análogo se juzgó en 1968 en la Audiencia de Barcelona. El realquilado en una vivienda, sustrae, con llave falsa de un armario de la casa, cierta cantidad a otro de los allí alojados, y días después, para que no se descubra la sustracción, roba igual cantidad, forzando la caja en que se contenía la suma, a un tercer compañero de habitación y la repone en el armario del primer despojado. No hubo dificultad alguna en apreciar dos delitos de robo y el quid del juicio estuvo en considerar quien era el perjudicado a efectos de la restitución del dinero recuperado. La Audiencia, con buen acuerdo, estimo que lo era la segunda víctima del robo, puesto que a ella pertenecía la suma ocupada. Por lo demás, existían dos sujetos pasivos y dos perjudicados, perfectamente

diferenciados y sólo variaba la reparación del perjuicio, indemnización para el primero y restitución de la cosa al segundo. Finalmente, en la STS. de 1958 más bien se contempla un caso de hurto de uso de la escalera, uso que como tal comporta un lucro, pero en el que falta la "intención de apropiársela" y ya es sabido que este ánimo de apropiarse la cosa es decisivo para que haya hurto propio.

En tema de delito continuado, la doctrina al repudiar los criterios meramente humanitarios o procesalistas, y exigir la unidad ideal o finalista de las distintas acciones en el plano subjetivo, junto a condiciones de orden objetivo como la unidad de precepto penal violado. El requisito de la unidad de sujeto pasivo, muchas veces exigido, debe ser sustituido, al menos en el hurto, por el de la unidad aparente de lo patrimonial acogido por la mejor jurisprudencia. No siendo correcto el requisito meramente cronológico de la ignorancia o indeterminación de las fechas en que muchas veces se basa la práctica para apreciar la continuación, dato de puro azar procesal o de prueba que en nada debería influir para estimar el delito continuado, el cual sólo debe reposar en aquellos requisitos subjetivos y objetivos, -en particular la "unidad de dolo" y aun más concretamente de "dolo continuado" de que habla la más relevante doctrina germánica.

VI. HURTOS IMPROPIOS

1. APODERAMIENTO DE COSA PERDIDA

El Código español considera como hurto (artículo 514-2.º) siguiendo la tradición romana, ya es sabido que constituye más bien un caso de apropiación indebida según opinión común en la doctrina y en el derecho comparado, tanto si se regula expresamente (Códigos de Italia y Suiza) como si se hace por vía interpretativa (caso de Alemania). Hay que dejar constancia de las diferencias que separa esta figura especial de la común de apropiación indebida y es que, así como en esta hay abdicación voluntaria de la posesión por parte del dueño de la cosa, en el hurto o apropiación de cosa perdida, no hay tal renuncia posesoria del sujeto pasivo, ya que la cosa sale contra su voluntad de su ámbito posesorio y es la diferencia entre cosa perdida y cosa

abandonada la que da todo su sentido penal al tipo. En consecuencia, como hurto o como apropiación, el apoderamiento de cosa perdida siempre habrá de constituir una figura sui generis y separada de aquellos delitos propios.

Hay que atender al perfil espiritualista de esta modalidad delictiva, así la STS 24/03/1948, que el incumplimiento de las formalidades que el artículo 615 del Código civil impone, no genera fatalmente la responsabilidad penal.

En la misma línea se critica la reforma de 1944, por suprimir el requisito del conocimiento de quien fuere el dueño de la cosa perdida, lo que añade nuevo rigor a la figura.

Por lo demás, basta que la cosa tenga las apariencias de perdida para el sujeto activo, aunque objetivamente no lo este para el dueño, para que surja esta modalidad impropia, en lugar de la de hurto strictu sensu.

La asimilación jurisprudencial del tesoro oculto a la cosa perdida, es atacada, no con los argumentos civilistas que empleara Groizard de ser el tesoro res nullius, sino con argumentos de estricta hermenéutica penal. Ahora bien, una vez que se considera delictivo el acto de apropiación del tesoro, debería seguirse hasta sus últimas consecuencias el criterio que lo equipara con la cosa perdida, y así como en este último caso no se descuenta de la cuantía del hurto el premio del descubridor, tampoco debería hacerse para el tesoro, donde, sin embargo, con criterio civilístico, solo se toma en cuenta la mitad que correspondería al dueño. Desde el momento que se considera el hecho como ilícito, no es lógico ni moral conceder abonos o recompensas al delincuente que la ley civil solo puede acordar para supuestos de licitud. Por lo demás, ya es sabido que aquí juega de modo decisivo la culpabilidad y la hipótesis de error sobre la prohibición, ya fue admitida a partir de la STS 18/01/1899, fundamental en la materia.

Así en la misma se recoge: Siendo, por el contrario, más lógico y legal en este caso, dadas las circunstancias del mismo y las condiciones de la persona, estimar que no fue el ánimo de lucro ilícito de cosa ajena el móvil de la acción realizada por la

recurrente, sino el ejercicio de un derecho de que, tuviéralo ó no, se creía asistida, y cuya impugnación deber ser discutida y resuelta en su caso, con sanción suficiente, y sin merma de los intereses del Fisco, ante y por jurisdicción de orden distinto que la requerida: Considerando que al no estimarlo así el Tribunal a quo y al calificar y penar á Gertrudis Capdevila y Colomer como autora de hurto y á Salvador Comas y Masso como encubridor del propio delito, cuya inexistencia queda declarada, ha cometido las infracciones legales é incurrido en el error de derecho que por la representación y defensa de ambos recurrentes se le atribuye.

La influencia civilistica retorna de nuevo en alguna jurisprudencia, como la italiana, al considerar *res derelictae*¹ y, por tanto, sin que den base al hurto, las cosas enterradas con el cadáver. La tesis es, desde luego, errónea, por la evidente razón de que tales cosas son siempre ajenas para el sustractor y el problema de su titularidad patrimonial será asunto a debatir en el aspecto de la responsabilidad civil.

2. LOS DAÑOS LUCRATIVOS

Se trata de la última figura de hurto impropio recogida en el número 3.º del artículo 514 del Código penal: Los dañadores que sustrajeren o utilizaren los frutos u objetos del daño causado, en la cuantía señalada en este Capítulo.

El precepto carece de concordancias en Derecho comparado. Introducido por la reforma de 1850 por motivos puramente episódicos, ha sobrevivido creando no pocas

¹ *Res derelicta* es una expresión latina usada para referirse las cosas abandonadas al primer ocupante, esto es, aquellas que han sido dejadas por su propietario quien, desprendiéndose de ellas ha renunciado además al dominio, de manera tal que cualquier otra persona puede adquirirlas por ocupación.

No hay que confundir una *res derelictae* con una cosa perdida. En este caso, existe un dueño, que ha extraviado el bien mueble, y no cabe la ocupación, pues el propietario conserva el dominio aunque haya perdido la cosa y el que encuentra la cosa adquiere la posesión y podría adquirir por prescripción el dominio. Cabe distinguir a las *res derelictae* de las *res nullius*. Mientras las primeras han tenido un dueño que las abandonó, las segundas nunca han sido objeto de apropiación. Sin embargo, el tratamiento jurídico de ambas es muy similar, puesto que ambas pueden ser apropiadas sin más requisito que la voluntad y la posesión.

incertidumbres. La primera de ellas, si la cuantía ha de referirse al daño o a la utilidad reportada. La inclusión en el hurto abona por esta segunda interpretación, pero se destaca el supuesto de danos importantísimos, los cuales quedarían destipificados con solo aprovechar una mínima parte, cuantía de aprovechamiento que incluso podría constituir una mera falta. Para deshacer el equívoco, lo mejor sería la desaparición del precepto, pero en tanto llega su supresión, es preciso decidir si es enteramente superfluo, en cuanto entraña una repetición del número 1º del artículo 514, en concurso con el delito de daños, o hay que estimarlo como un supuesto tipificado de delito complejo con una pena única. Esta última es la opinión mayoritaria, en el sentido de que el dolo final es el de lucro y los daños causados, por importantes que sean, son accesorios en la perspectiva subjetiva del culpable. Así, se trataría de un concurso de delitos sobre el cual llama expresamente la atención la Ley.

La opinión predominante descansa en la idea de que el delito de daños exige un especial ánimo de perjudicar (como en la legislación italiana obligada por su legislación), de modo que no existiendo ese especial ánimo, desplazado por el de lucro, se posibilita la absorción de los daños por el hurto. Pero es lo cierto que tal opinión mayoritaria no es congruente con la, también predominante, que admite incluso la comisión culposa de los daños. Si admitimos los daños por culpa, habremos de admitir también, junto a los daños de propósito, todas las demás formas dolosas, es decir, los de consecuencias necesarias y los eventuales. La consecuencia es que el hurto podrá coexistir no solo con los daños directamente queridos, sino con todas las demás hipótesis de culpabilidad y, por tanto, la posibilidad de concurso de ambos delitos. De esta forma se llega a demostrar la completa y absoluta superfluidad del artículo 513-3.º. Lejos de querer este precepto la impunidad de unos daños que no son necesarios e inherentes al hurto (al revés de lo que acontece en el robo con fuerza en las cosas) ha querido destacar la posible concurrencia. Parecería que el legislador ha tratado de evitar que los daños avant-tout y en primera línea del precepto oscurezcan el hurto posterior como rezagado. Pero, con o sin precepto especial, el concurso de ambos delitos siempre existirá, de ahí la innecesidad de la norma en cuestión.

3. HURTOS DE POSESIÓN Y DE USO

Si en derecho histórico pudo equipararse el *furtum possessionis* al común, en Derecho moderno no puede sostenerse la equivalencia, ni aun siquiera por la vía indirecta de las estafas según hace el Código penal (art. 532-1.º). Si el apoderamiento violento de cosa del deudor por el acreedor no es delito patrimonial, sino contra la Administración de Justicia, no se concibe cómo puede serlo el hurto de posesión perpetrado por el propietario en que ni siquiera la cosa es ajena, sino propia.

Más concebible es el *furtum usus* en cuanto en él se ataca no la plena propiedad, sino la *facultas utendi* del dueño. Se trata, pues, de un apoderamiento de "menor cuantía", de un goce temporal, de un ánimo de lucro reducido en la misma medida. Pero esto no quiere decir que se trate de una figura filial refundida en el hurto común, dado que falta el ánimo de apropiación característico del hurto propio, incompatible con el ánimo previo de devolución que caracteriza el hurto de uso y cuya prueba será siempre el caballo de batalla en lo procesal, para diferenciar ambos tipos de delito. El criterio cronológico de la restitución inmediata es el acogido por el Código italiano, seguido por el uruguayo y otros. El Código federal suizo prescinde, por el contrario, de la restitución y se limita, de forma muy amplia y vaga, a exigir la sustracción sin ánimo de enriquecimiento, pero en perjuicio del titular.

Por lo que toca a España, la aparición del hurto de uso aplicado a los vehículos de motor, parece reforzar la tesis de que la figura genérica queda impune. Se defiende una postura intermedia entre la impunidad y la de absoluta asimilación con el hurto propio, al propugnar que se califique de hurto común, pero no por el valor total de la cosa, sino por el que suponga dicha utilización, de modo que cuando el uso no sea valorable por no entrañar quebranto patrimonial ajeno ni lucro propio, no podría castigarse. Para lograr esta consecuencia, bastaría añadir en el artículo 515 a la expresión "valor de la cosa" que en él se utiliza, la disyuntiva "o la de su uso". De acuerdo en que, con este aditamento, ya habría base legal cierta para la incriminación. La especialidad del hurto de uso de vehículos de motor introducida por las Leyes de 1950 y 1962 no merece las simpatías de algún sector doctrinal por la desconexión que

supone con la figura común y la desigualdad de trato que ello engendra. Ciertamente tales inconvenientes se han paliado en parte con la reforma del Código penal que incluye en él los delitos de tráfico, entre ellos la modalidad que tratamos. Parece bien centrada la descripción típica del artículo 516 bis del texto vigente alrededor de la falta de ánimo de apropiación "sin ánimo de haberlo como propio", dice el precepto, para distinguirlo así netamente de la figura común. Lo que adolece de cierta rigidez es el señalamiento de un plazo de veinticuatro horas para restituir o abandonar el vehículo, de modo que si el culpable deja transcurrir tal plazo sin realizar tal conducta, se imponen las penas del hurto o robo propios. Esto de medir la culpabilidad reloj en mano es siempre regresivo, da entrada al azar en el juicio y coarta la libre convicción del juez. Por otra parte, da pie a la interpretación, equivocada desde luego, de que auténticos robos o hurtos de coches, se amparen en la praxis, en la benignidad de este precepto, si por circunstancias episódicas y totalmente accesorias, se abandona el vehículo por el culpable antes de las veinticuatro horas de cometida la sustracción. Y, en fin, en el plano penológico, parece igualmente drástica la equiparación con el robo violento que hace el último párrafo del artículo y, en cambio, se echa de menos la pena de privación del permiso de conducir en todo caso que ya hubimos de lamentar a la aparición de la Ley de 24 de diciembre 1962. No olvidemos que se trata de una figura con perfiles propios que reclama un tratamiento igualmente específico.

VII. LA PUNIBILIDAD EN EL HURTO Y LOS HURTOS PRIVILEGIADOS

La general corriente crítica impugna el sistema de cuantías como base de la penalidad, sobre todo a la manera exacerbada con que lo hace el Código español con sus escalas cerradas y casuísticas que, además, llevan a incongruencias punitivas, constantemente apreciadas en el foro, donde un hurto de más de cien mil pesetas atrae más pena (presidio mayor) que el robo de la misma cantidad incurso en el número 5.º del artículo 501-5.º y aun igual pena si el robo se encuadra en el número 4.º del mismo precepto, no obstante, la gravedad ejecutiva mentada en tal modalidad de robo o el remanente lesivo que también se mienta en la misma. Los ejemplos pueden

multiplicarse. En definitiva, con el combatido sistema queda la fijación de la responsabilidad criminal al albur de una tasación o de circunstancias fortuitas independientes de la voluntad del culpable.

Una excepción al sistema crematístico de cuantías, lo representa el artículo 249 del Código penal (reformado por Ley de 4 de mayo de 1948) al yuxtaponer dentro del delito de desórdenes públicos el apoderamiento de material fijo o móvil u objetos destinados al servicio público de transportes, abastecimiento de agua, gas, hilos o cables instalados para los servicios eléctricos o de telecomunicación, cualquiera que sea su valor. Aquí el motivo de crítica es otro, a saber, el híbrido maridaje de figuras dispares, como son los desórdenes públicos y el hurto, que llevan a consecuencias poco satisfactorias, sobre todo en el plano de la culpabilidad, pues concurriendo el ánimo de lucro en tales apoderamientos, fácilmente se da por supuesto el de atentar contra la seguridad del Estado exigible en el complejo, dándose así vida a un flagrante caso de *dolus in re ipsa*.

Este papel decisivo otorgado a la cuantía del hurto, que incluso determina la frontera entre delito y falta, ha hecho entrar en juego la preterintencionalidad. Vedado su influjo atenuatorio por la jurisprudencia, la STS 27/12/1962 ha permitido, al fin, su apreciación, siquiera a título excepcional.

Así se recoge: Considerando que se plantea en el presente recurso el problema de si la circunstancia atenuante de preterintencionalidad del número cuarto del artículo 9º del Código Penal puede ser aplicada a los delitos contra la propiedad, dada la especial característica de éstos en los que el ánimo de lucro en el apoderamiento de las cosas llena, por lo general, de la mayor satisfacción a los que se encuentran con un resultado de su acción dolosa superior al que preveían, y si bien, por dichos motivos, difícilmente y rara vez se puede tomar en consideración dicha circunstancia en los mencionados delitos, la conducta observada por los culpables y su reacción ante el resultado, puede ser reveladora del propósito que animaba a los mismos y del límite de su codicia, y del examen detenido de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, se desprende que los procesados sabían que en el armario se guardaba algún

dinero para las atenciones diarias de la familia, que en general no sobrepasaba de las 2.000 pesetas, que su pensamiento era sustraer una pequeña cifra para sufragar los gastos que les ocasionara una excursión a la sierra, tomando dos sobres sin examinarlos, despreciando otros, así como estuches de alhajas de gran valor crematístico, quedando asustados ante la elevada cantidad cogida, que les determinó a entregar a un amigo gran parte de lo sustraído para su devolución, lo que demuestra que se hallaban pesarosos por la entidad del daño que causaban, prueba clara de su falta de intención de causar un mal de tanta gravedad, elemento de atenuación excepcionalmente apreciable en el presente caso, por las especiales circunstancias que le rodearon, que permiten establecer la correspondiente adecuación entre el propósito de los culpables y su resultado.

Tampoco se justifica la exclusión de la atenuante de provocación (número. 5 del artículo 9), en casos de cruel alarde de riqueza ante persona necesitada o de querer probar la honradez del sujeto.

Pero el caso más típico, como atenuante o como eximente, es el del hurto famélico. En dogmática española, es evidente la posibilidad de encaje en el estado de necesidad completo o incompleto, después de la amplitud dada al mismo por las reformas de 1932 y 1944. La jurisprudencia, reacia en principio a la admisión, viene acentuando su admisibilidad. La necesidad es término relativo que hay que coordinar con la situación concreta. Por ello, la exigencia de inminente riesgo para la vida o de agotar los recursos a la beneficencia y asistencia social, de que hablan algunas sentencias no deben generalizarse si no queremos reducir a la nada la eximente y aun la atenuante.

VIII. LOS HURTOS CUALIFICADOS

La cualificación del hurto funciona en Derecho comparado a fin de cubrir figuras que en otros ordenamientos, como el español, constituyen propias modalidades del robo. Si a ello se une el numeroso catálogo de agravantes genéricas que contiene nuestro Código, se comprenderá que la presencia en el mismo de hurtos cualificados (sacrílego, domestico, plurirreincidente) obedece más a supervivencias históricas que a

motivos técnicos. Ello sin contar la inusitada dureza que comporta la necesaria imposición de la pena superior en grado, que la última reforma de cuantías ha tratado de paliar con la adición de un último párrafo al artículo 516, pero que a su vez funciona como limitación al párrafo anterior otorgador del arbitrio judicial en la aplicación de dicha pena superior.

El llamado hurto sacrílego está redactado con amplitud que desborda la concepción canónica, de modo que la sustracción de una cartera en el curso de una procesión atrae literalmente la cualificación, a pesar de que no es un estricto caso de sacrilegio real o local. Por lo demás, debe evitarse la confusión del hurto sacrílego con el sacrilegio mismo, al exigir este último un específico animo de vilipendio que no puede presumirse en la mera sustracción de objetos sagrados. Solo si concurre, además del de lucro, el propósito de profanación, habrá lugar al concurso de delitos.

Hurto doméstico o con abuso de confianza. No hay duda de que aquí se encierra una doble hipótesis cualificativa: una objetiva, ligada a la condición domestica del culpable y otra subjetiva, basada en los lazos de la confianza quebrantada. Descartados los fundamentos históricos de la agravación, que la actual sociología ha superado, quedan el pragmático de las facilidades de comisión que aquellas situaciones domésticas y laborales parecen deparar y que, con frecuencia, esgrime la jurisprudencia o, tal vez mejor, se ofrezca como razón agravatoria, una especie de compensación punitiva al hecho de la imposición laboral o sindical del obrero al patrono, que no es libre de despedirlo. Notemos con todo que, aun siendo esta una realidad social de nuestro tiempo, no es válida para el servicio doméstico y que, por otra parte, la comisión del delito ya es por sí misma una causa de despido laboral. Por ello se piensa, que la fidelidad en el servicio, de raigambre histórica (el contrato de "servicio fiel" de las fuentes germánicas), sigue estando presente en nuestros días, por imperativos del servicio mismo y que, por tanto, el quebranto grave de esa fidelidad o lealtad, también invocado con muy buen acuerdo por nuestra jurisprudencia, constituye la clave de la sanción laboral primero y punitiva después.

Por otra parte, existen situaciones no laborales que engendran la agravación, como la cohabitación, hospitalidad, hospedaje, amistad, etcétera, mentadas expresamente por el Código italiano y a las que alude también nuestra jurisprudencia. Podemos también descubrir la última ratio de la cualificación en claros motivos de ingratitud e infidencia que hacen particularmente odioso el delito. Lo que si se ha de subrayar es que lo esencial en esta materia es que exista ese clima moral de confianza, cosa que a veces no sucede en el casuismo forense en que se desgrana esta agravante específica. Se da la paradoja cuando opera el abuso de confianza como agravante y, en cambio, opere en sentido contrario en situaciones análogas pero constitutivas no de hurto sino de apropiación indebida, delito este último que, como es sabido, presupone ya tal abuso de confianza. La dificultad surge al no existir en nuestro derecho un módulo diferencial en la dinámica comisiva de ambas figuras delictivas, el tomar del hurto se entiende por la jurisprudencia actual en un amplio sentido ideal y no solo material, que da pie para aceptar modalidades pasivas de hurto en que basta la retención de las cosas recibidas por error o a título de precaria tenencia. Es preciso, pues, buscar el signo diferencial por otros derroteros, habiéndolo encontrado nuestra jurisprudencia en el ámbito normativo, de modo que será la disponibilidad que se tenga sobre las cosas de acuerdo con el título jurídico-civil que legitima su tenencia por el sujeto activo (deposito, comisión, administración, etc.) el criterio decisivo, y en consecuencia cobradores, cajeros, contables, jefes de compras y hasta el director de sucursal de un Banco, al no estar autorizados a disponer de los caudales ajenos incurren en hurto y no en apropiación indebida. En cambio la vieja jurisprudencia, con base en la dinámica de la acción (hurta el que toma, estafa el que recibe) había llegado, a situaciones más equitativas que parece se tratan de reintroducir.

Tal oscilación jurisprudencial, no hace sino reflejar la dificultad en que nos encontramos para saber, si en determinadas situaciones, el dueño de la cosa se despojó o no de la posesión de la misma en favor del sujeto pasivo que la apropia. Es evidente que el punto de partida en el delito de apropiación indebida, como indica su mismo nomen iuris, es el quebranto del derecho de propiedad, único que resta al dueño de la cosa mueble, por haber transmitido la posesión. Ello se traduce ya en la dinámica de la acción, pues el ataque simultáneo de propiedad y posesión forzosamente ha de implicar

un sentido material (tomar) que no se da en el ataque ideal al desnudo derecho de propiedad (apropiar o distraer). La primera consecuencia es que en aquellos casos en que el dueño de la cosa no abdicó la posesión, bien por falta total de voluntad (cosa perdida), bien por voluntad viciada (error en la entrega de la cosa) no pueden ser constitutivos de apropiación indebida, sino de hurto, sin que para ello hayamos de violentar el verbo del tipo alojado en el artículo 514-1.º del Código penal. Pero en otros casos, no parece tan evidente si el propietario de la cosa quiso conservar o no la posesión de la misma. Llegados a este punto, hay que insistir, la tenencia no ha sido transferida y, por lo tanto, habrá apoderamiento excluyente de apropiación indebida, cuando la cosa ajena continua en la esfera de custodia o en la esfera de actividad del sujeto pasivo, quien, con la entrega, no habrá concedido al agente poder autónomo alguno sobre la cosa, sino un mero contacto físico, material, más o menos momentáneo o duradero que solo podrá generar el delito de hurto o robo en su caso. La custodia es la manifestación más sencilla y expresiva de la posesión y admite diversos grados; desde la más rudimentaria -tenencia en manos del titular- a la ejercida por persona distinta (el llamado "servidor de la posesión" en derecho alemán) o por otros medios (la que podríamos llamar *longa manu* en términos romanistas). La esfera de actividad es distinta de la de custodia. Hay numerosos casos en los que el propietario no tiene ninguna forma de custodiar la cosa transferida a otro, pero conserva el gobierno, por así decirlo, de la misma cosa. Ahora bien, es necesario siempre un *quid* que, objetivamente, represente esa esfera de actividad, para que la misma no se reduzca a la mera voluntad o animus de conservar la posesión. Y es en esta configuración exterior de la intención del propietario donde reside la principal ventaja del criterio propugnado, pues el Juez ya no es menester que se abandone a una difícil investigación. Si la prueba acredita que el tradens concedió un poder autónomo sobre la cosa del accipiens, podrá ya deducir que el primero abdicó el animus, transfirió la tenencia de la cosa. Por otra parte, al hablar de transferencia de la posesión, no queremos decir posesión jurídica, en el sentido que se otorga al concepto en derecho privado. Lo cierto es que el Código penal español (art. 535) no menciona la palabra posesión en la descripción típica del delito. A ello no equivale la exigencia de un título que produzca la obligación de entregar o devolver la cosa de que habla el precepto. Este título no es más que la causa de la relación que produce ese deber de entrega o restitución. O dicho negativamente, todo título que no

transfiera la propiedad, pues si hubo transmisión de propiedad, el delito, al menos este delito, desaparece. Del hecho de que los títulos aludidos demostrativamente en el art. 535 lleven aparejado el traslado de la posesión de la cosa, no debe deducirse que siempre haya de existir tal transferencia. Lo exigido explícitamente es que no haya transmisión del dominio. En resumen, no es necesario acudir a una noción penalista de la posesión, pero tampoco hace falta transportar los criterios y el régimen privatísticos que gobiernan la posesión. Bastara con buscar la tenencia de la cosa con criterio elaborado por la técnica penal y puede adaptarse a nuestro Derecho, ni estricta posesión jurídica, ni mera detentación, sino que, caso por caso, habrá que decidir si el propietario concedió al entregar la cosa aquella especie de self-government sobre la misma, de modo que el auto-control permitido dará la clave de la decisión entre hurto y apropiación indebida. Todo lo expuesto lo es en un plano de rigurosa hermenéutica legal o dogmático. Si de una interpretación ceñida a la letra y al espíritu de la Ley pueden deducirse consecuencias poco equitativas en los llamados casos límite, por el mencionado juego de la calificante de abuso de confianza, cúlpese más bien a este influjo cualificador en el hurto, causa del acusado desnivel penológico entre los dos delitos vecinos, acentuado por la reforma de 1944 que eliminó el matiz diferencial entre el simple y grave abuso de confianza, de modo que solo este último autorizaba en el texto legal anterior la fatídica subida en grado de la pena. En todo caso, tal cuestión sale ya de los cauces interpretativos para entrar de lleno en los postulados de lege ferenda. Algún sector doctrinal califica de postrer reminiscencia de la arcaica y bárbara institución del tertium furtum, la última cualificación de la plurirreincidencia en el hurto, más si se tiene en cuenta el concepto tan formalista de la reincidencia de que hace gala nuestro Código. El tratamiento del habitual es más asunto asegurativo y criminológico que estrictamente penológico. Por otra parte, se estima como un retroceso, la redacción dada por la reforma de 1963 a esta cualificativa: Si el culpable fuere dos veces reincidente, cuando antes se decía "dos o más veces", dando así a entender que en este último supuesto de la disyuntiva recobra todo su vigor la regla 6ª del artículo 61 que impone "aplicar la pena superior en uno o dos grados, a partir de la segunda reincidencia". La única función que cumpliría el precepto especial del hurto sería impedir la aplicación de la pena superior en dos grados para el que solo es dos veces reincidente.

4. EL HURTO EN EL CODIGO PENAL DE 1995

I. TIPO PENAL

TITULO XIII

Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico

CAPITULO I

De los hurtos

Artículo 234.

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 dieciocho meses, si la cuantía de lo sustraído excede de cincuenta mil pesetas.

Artículo 235.

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

1. Cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.
2. 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. Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeran perjuicios de especial consideración.
4. 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.

Artículo 236.

Será castigado con multa de tres a doce 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 cincuenta mil pesetas.

II. CONCEPTO

EL Código Penal de 1995, al igual que los códigos italiano y suizo, ha adoptado la denominación "De los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico", en el Título XIII sustituyendo a la denominación "De los delitos contra la propiedad" que utilizaba el Código Penal de 1973 en su Título XIII del Libro II, toda vez que la misma fue objeto de una dura crítica por parte de la mayoría de la doctrina por considerarla inadecuada, habida cuenta el grupo de delitos que son agrupados bajo ella, al incluir junto a delitos cuyo ataque se dirige a la propiedad como un derecho real, otros en los que no se lesiona ni puede lesionarse el derecho a la propiedad. Se ha producido, por tanto, una doble modificación: por una parte, la referencia a la propiedad ha sido sustituida por la más adecuada del patrimonio; y, por otra parte, se ha añadido la referencia a los delitos contra el orden socioeconómico.

El concepto legal de hurto, derivado de lo anterior, así como de su propia regulación en el artículo 234 del Código Penal, se concreta en aquel delito básico contra la propiedad que comete el que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño por importe superior de 400 euros, pues si ésta es inferior, se tratará de un delito leve de hurto, también denominado hurto de cosa ajena o hurto común.

El Código Penal de 1995 acoge entre las modalidades de fuerza que permiten calificar de robo el apoderamiento de cosas muebles, la inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda (art. 238.5º). En principio la fractura, desprendimiento o cualquier otro medio de evitar el normal funcionamiento de los dispositivos de seguridad incorporados a los objetos puestos a la venta en determinados establecimientos comerciales, realizadas con el fin de evitar la activación de la alarma situada en los controles de salida, integran el supuesto prevenido en el citado párrafo quinto del art. 238, por lo que, en abstracto, constituyen una modalidad de fuerza típica.

Ahora bien ello no basta para la subsunción del hecho como delito de robo. El art. 237 establece un requisito adicional al exigir que las modalidades típicas de fuerza se empleen específicamente para acceder al lugar donde las cosas se encuentren. El legislador ya no define el robo, diferenciándolo del hurto, mediante la exclusiva referencia al empleo de fuerza en las cosas (art. 514 del Código Penal 1973), sino que concreta el significado instrumental de la utilización de la fuerza, exigible para que ésta tenga virtualidad jurídica a fin de convertir el apoderamiento en robo: posibilitar el acceso al lugar donde se encuentran, debidamente protegidas, las cosas muebles ajenas. En consecuencia sólo aquellas modalidades típicas de fuerza, encuadrables en lo prevenido en el art. 238 del Código Penal 1995, que sean utilizadas instrumentalmente en el sentido determinado por el art. 237, tienen relevancia jurídico-penal suficiente para transmutar la mera sustracción (hurto) en el delito más grave de robo.

En definitiva, el adecuado juicio de tipicidad debe efectuarse poniendo en relación ambos preceptos, arts. 237 y 238 del Código Penal 1995, quedando excluidos de la sanción como robo aquellos supuestos en que la inutilización de los sistemas de alarma o guarda no se haya realizado para acceder el lugar donde las cosas se encuentren.

El respeto al principio de legalidad impide extender, más allá de los límites precisos determinados por el legislador y por meras consideraciones utilitarias, la sanción como robo a todos aquellos supuestos en que, genéricamente, se quebranten las medidas de seguridad adoptadas por el propietario para la protección de sus bienes. Sólo las modalidades típicas de fuerza utilizadas con la finalidad instrumental

específicamente predeterminada en la Ley pueden conllevar la sanción del hecho como robo. Si el legislador no estima suficiente la fuerza in rebus, exigiendo una fuerza ad locum, la utilización de este tipo de dispositivos tecnológicos seguirá constituyendo una medida de seguridad de indudables efectos prácticos pero sin virtualidad jurídico-penal.

En cualquier caso ha de destacarse que, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, la opción legislativa se presenta como plenamente razonable. Teniendo en consideración que este tipo de sustracciones se cometen ordinariamente en establecimientos abiertos al público durante las horas de apertura, su tratamiento punitivo como robos agravados del art. 241.1º, equiparables a los robos en casa habitada, constituiría una reacción punitiva desproporcionada, vulneradora del principio de prohibición del exceso.

Por otra parte la exclusión de la sanción como robo de estos supuestos de sustracciones en establecimientos comerciales de bienes de consumo con inutilización de los sistemas de alarma que llevan adheridas, no determina, en absoluto, el vaciamiento de contenido del párrafo quinto del art. 238 del Código Penal 1995, pues ordinariamente en aquellos supuestos delictivos de mayor entidad la inutilización de los sistemas de alarma (aquellos que mediante sonido, señal luminosa o aviso telefónico, radiofónico o informático advierten la realización de una inminente sustracción) o bien de guarda (células fotoeléctricas, protecciones de activación automática, etc.), tendrán como finalidad, precisamente, acceder a los lugares donde se custodian los bienes.

III. REGULACIÓN NORMATIVA

La regulación del delito de hurto se encuentra contenida en el artículo 234 el cual dispone "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 dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros."

La desaparición de la falta de hurto regulada en el ahora derogado art. 623 CP, así como el tipo agravado previsto en el número 7 del art. 235.1 CP, ha dejado sin efecto la regulación introducida por la LO 11/2003, que consideraba delito la comisión

de cuatro faltas homogéneas. En este sentido, la Ley Orgánica 5/2010, 22 de junio, introdujo un tratamiento punitivo especial para el caso de "perpetración reiterada de esta falta", atendiendo para ello tanto al número de infracciones cometidas (hayan sido o no enjuiciadas) como a la proximidad temporal de las mismas, especialidad consistente en la obligación para el Tribunal de imponer en todo caso la pena de localización permanente, excluyendo la posibilidad alternativa de la multa, con posibilidad de cumplimiento en el centro penitenciario más próximo al domicilio del condenado en sábados, domingos y días festivos.

IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Respecto al bien jurídico protegido en el delito de hurto la doctrina, ha mantenido una importante polémica. Las dos posiciones fundamentales consisten en entender que el bien jurídico protegido es la propiedad, o por el contrario, otros han sostenido que será objeto de protección la posesión. Junto a estas, existe una tercera posición que defiende que el bien jurídico protegido es el patrimonio.

V. ELEMENTOS OBJETIVOS

El elemento objetivo del hurto está constituido por la acción de tomar, sin la voluntad de su dueño, las cosas muebles ajenas. Distinguiéndose así:

1. EL OBJETO MATERIAL

El objeto material del delito de hurto está constituido por las cosas muebles ajenas. Por cosa ha de entenderse todo objeto corporal susceptible de apropiación y valuable en dinero, no siendo directamente trasladable al ámbito penal el concepto civil de cosa mueble, por su excesiva laxitud a causa de abarcar también derechos.

Los objetos corporales, o cosa mueble a efecto del hurto, serán todas aquellas que pueden ser movilizadas, es decir, separadas del patrimonio de una persona y

trasladadas de lugar, además, en el concepto penal de cosa mueble se incluyen también los semovientes, es decir, los animales.

Por no ser objeto de apropiación no lo pueden ser del hurto los objetos incorporeales como las energías, el aire que respiramos, los líquidos y los gases únicamente serán objeto de hurto en cuanto se encuentran envasados, es decir, en cuanto pueden ser susceptibles de apoderamiento.

El concepto penal de cosa mueble, además de exigir los requisitos de ser susceptible de apoderamiento y traslado, requiere que la cosa sea valuable económicamente, esto es, la cosa ha de tener un valor económico determinable por los precios de mercado. Esta característica es importante, dado que excluye del objeto material del delito de hurto, todos aquellos objetos que carezcan de valor económico, aunque pudieran tener un valor afectivo. La exigencia de que la cosa tenga un valor económico va a resultar problemática en los supuestos de títulos-valor y en las llamadas *res extra commercium*.

Sobre la ajenidad de la cosa, deberá estarse al derecho civil, por lo que se requiere que la cosa mueble objeto del hurto tenga dueño y que ese dueño no sea el sujeto activo del delito. Carecen de dueño las "*res nullius*" o cosas de nadie y las "*res derelictas*", o cosas abandonadas.

2. LA ACCIÓN

La acción en el hurto viene definida por el verbo tomar; Acción esta que deberá recaer sobre el objeto del delito: las cosas muebles ajenas. El verbo tomar recibe implícitamente de la ley una delimitación negativa, toda vez deberá realizarse sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas, ya que de concurrir alguna de estas circunstancias el hecho integraría un delito de robo. Para calificar la fuerza habrá que estarse a lo dispuesto a la enumeración cerrada que hace el artículo 238 del Código Penal, referente al robo. Implica la acción, un desplazamiento físico de la cosa realizado mediante un comportamiento activo del sujeto para incorporarla a su

patrimonio, por lo que deben quedar excluidas aquellas conductas puramente omisivas, y las de comisión por omisión.

Ahora bien, no es necesario que el autor coja por sí mismo la cosa, sino que el desplazamiento puede realizarse mediante la utilización de un instrumento, bien sea una persona (supuesto de autoría mediata), un aparato mecánico, un animal, un procedimiento químico, etc.

El delito de hurto exige que el desplazamiento físico de la cosa sea realizado por el autor, requisito que separa este delito del de estafa, en el que el desplazamiento es realizado por el propio engañado; y, de la apropiación indebida en la que no hay desplazamiento, pues la cosa ya se encuentra en poder del autor de dicho delito.

3. EL SUJETO ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO

Sujeto activo, puede ser cualquier persona, menos el propietario. El propietario que sustrae una cosa de su legítimo poseedor, ni lo hace sin la voluntad del dueño (que es él mismo) de la cosa, ni ésta es ajena.

El sujeto pasivo, es el dueño, el propietario de la cosa objeto de hurto. Excepto en caso del hurto de cosa propia (furtum possessionis) regulado en el artículo 236 del Código Penal, cuyo sujeto activo puede ser evidentemente el dueño de la cosa.

En cualquier caso el sujeto activo deberá actuar, tomar la cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, la ausencia de consentimiento del dueño excluye la tipicidad de la conducta. Ahora bien si el consentimiento se otorga debido a un engaño que generó un error en el sujeto, el hecho será estafa y no hurto. Así pues, tomar una cosa mueble ajena con consentimiento del dueño es una conducta atípica en relación con el artículo 234, aunque no ocurre lo mismo en cuanto al tipo del artículo 236 del Código Penal. En efecto, en este supuesto el consentimiento del dueño es irrelevante.

VI. ELEMENTOS SUBJETIVOS

1. EL DOLO

El dolo consiste en la conciencia y voluntad de que se toma una cosa mueble ajena y se quiere hacerlo. El delito de hurto es un delito doloso. El Código Penal no tipifica el delito de hurto imprudente

2. EL ÁNIMO DE LUCRO

El ánimo de lucro es el propósito del sujeto de obtener una ventaja patrimonial directa o una utilidad, mediante la incorporación a su patrimonio de una cosa ajena. El ánimo de lucro constituye en el delito de hurto un elemento subjetivo del injusto, que requerirá de dos aspectos fundamentales: por una parte, que el sujeto persiga una ventaja de carácter patrimonial y, por otra parte, que el sujeto pretenda incorporarla a su patrimonio como propia, esto es, comportándose respecto a ella como dueño. Esta es la posición estricta mantenida por la doctrina dominante. Frente a ella, también se mantiene, la interpretación amplia por jurisprudencia, del ánimo de lucro al considerar que constituye cualquier utilidad, goce, ventaja o provecho, incluso el meramente contemplativo o de ulterior beneficencia. De estas dos posiciones es preferible la concepción estricta, por cuanto la amplia no permite distinguir el delito de hurto del de daños, ni el delito de hurto del hurto de uso.

VII. FORMAS DE EJECUCIÓN

En orden a determinar el momento en que se ha producido la acción típica de tomar, y por tanto, se ha producido la consumación se han formulado diversas teorías por la doctrina, destacando la teoría del contacto, o "aprehensio", según la cual basta con asir la cosa para que el delito se consume la consumación se producirá con tocar la cosa, la teoría del traslado o "admotio", que exige el traslado de la cosa del lugar en el que se encontraba a otro distinto, para entender consumado el delito, es decir, tocar y desplazar la cosa, la teoría de la disponibilidad o "ablatio" que exige el traslado de la

cosa a otro lugar seguro, pero fuera ya de la custodia del poseedor requiriendo por tanto, una disponibilidad mínima, potencial, del sujeto sobre la cosa. Y por último la teoría de la incorporación o "illatio" que exige para la consumación la plena disponibilidad de la cosa por parte del autor, es decir, que haya efectivamente incorporado de la cosa a su patrimonio.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen manteniendo que la consumación se produce cuando el sujeto tiene la disponibilidad de la cosa, aunque sea una disponibilidad mínima (Teoría de la disponibilidad) (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 11 de noviembre, 5 y 13 de diciembre de 1985). El mantenimiento de esta teoría permite que puedan existir formas imperfectas, esto es, la tentativa.

El delito admite tanto la tentativa inacabada como la tentativa acabada. En este sentido, la tentativa inacabada tendrá lugar cuando el culpable no llega a tocar la cosa mientras que la frustración o tentativa acabada se producirá cuando el culpable sea sorprendido en el momento de la ejecución o sea perseguido inmediatamente después de modo que consiga recuperarse la cosa.

VIII. HURTOS AGRAVADOS

En primer lugar, el art. 234.3 establece que las penas por los delitos de hurto se impondrán en su mitad superior cuando el hecho se hubiera cometido mediante la inutilización, neutralización o eliminación del dispositivo de alarma o seguridad instalado en la cosa sustraída. Se justifica dicha penalidad por el evidente animus existente en el autor de asegurar el resultado del delito mediante la eliminación de aquellos mecanismos que pudieran frustrar su comisión, así como el resultado dañoso que, en general, puede provocarse al mecanismo mediante el uso de medios destinados a su eliminación o neutralización (piénsese en la rotura de alarmas o de elementos metálicos).

Por otro lado el artículo 235 del Código Penal dispone:

Son circunstancias que agravan el delito, a efectos del artículo anterior:

1. Cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.
2. Cuando se trate de cosas de primera necesidad y se cause una situación de desabastecimiento.
3. Cuando se trate de conducciones, cableado, equipos o componentes de infraestructuras de suministro eléctrico, de hidrocarburos o de los servicios de telecomunicaciones, o de otras cosas destinadas a la prestación de servicios de interés general, y se cause un quebranto grave a los mismos.
4. Cuando se trate de productos agrarios o ganaderos, o de los instrumentos o medios que se utilizan para su obtención, siempre que el delito se cometa en explotaciones agrícolas o ganaderas y se cause un perjuicio grave a las mismas.
5. Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeran perjuicios de especial consideración.
6. 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 o de situación de desamparo, o aprovechando la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito.
7. Cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo.
8. Cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo.
9. Cuando el culpable o culpables participen en los hechos como miembros de una organización o grupo criminal que se dedicare a la comisión de delitos comprendidos en este Título".

1º. Sustracción de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.

La principal dificultad que encierra esta cualificación del hurto no reside solo en la exigencia de que el autor haya podido captar y querer en términos de dolo el valor de lo que sustraía-sin que sea precisa una apreciación propia de un consumado experto — sino la imprecisión misma del contenido de esos conceptos.

Se comete el delito previsto en el art. 235 1 del C. P. en relación obras de carácter histórico-artístico, cuando el bien aparezca inventariado o declara de interés cultural en los términos establecidos en la Ley de 25 de junio de 1985 relativa al Patrimonio Histórico Español o resulte acreditado que los objetos afectados por el hurto ostentan ese valor histórico-artístico a que se refiere el precepto (criterio reflejado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de Nov. de 1991 y 14 de septiembre de 1992).

Los valores histórico o cultural son términos casi sinónimos, a los que se ha añadido el de científico, que en la Ley de Patrimonio Histórico Español se vincula al patrimonio arqueológico, etnográfico bibliográfico. El termino artístico peca de excesiva indeterminación, pues si bien dentro del mismo se engloban las obras escultóricas o pictóricas clásicas, no puede atribuirse tal valor a cualquier bien cuya venta se comercialice en el mercado del arte.

Se identifican como bienes de valor histórico, cultural o artístico los siguientes:

Bienes sobre los que ya recaído la declaración de bien de interés cultural, o estén pendientes de ello (art.9 de L P H E)

Bienes muebles inventariados (art. 26 y ss.)

Bienes con más de cien años de antigüedad o que, siendo parte del Patrimonio Histórico Español, la Administración del Estado los haya declarado inexportables (art.5 y 3 LPHE y art 45 RD111/1986)

Bienes que aparezcan enumerados en los Planes Nacionales de Información sobre el Patrimonio Histórico Español (art 35 y ss LPHE)

Bienes subsumibles en el concepto legal de Patrimonio Arqueológico (art 40.1 y ss. LPHE)

Bienes pertenecientes al Patrimonio Etnográfico (art. 46 LPHE)

Bienes adscribibles al Patrimonio Documental y Bibliográfico (art. 48 LPHE)

Bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español, custodiados en los archivos, bibliotecas y museos de titularidad estatal (art.60. 1 LPHE)

El catálogo propuesto por los autores citados no debe tomarse como exclusivo y excluyente. Nos encontramos ante elementos normativos de libre valoración judicial, no existiendo razones político-criminales para supeditar la apreciación de la agravante a una previa y vinculante declaración administrativa. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 18-2-2008, aplicó la agravación a la sustracción de ánforas romanas contenidas en una nave mercante romana hundida. El supuesto más frecuente es el expolio en yacimientos arqueológicos, o la sustracción de objetos en Iglesias o Museos, cuya consideración como bienes de valor histórico o cultural es conocida por todo tipo de personas.

2º.-Cuando se trate de cosas de primera necesidad y se cause una situación de desabastecimiento.

Su aplicación será excepcional. Constituye un delito económico que lesiona el patrimonio particular, pero a su vez afecta a intereses colectivos, lo que excluye su normal operatividad al supeditarse a que se genere una situación de desabastecimiento, local, provincial o regional. Este singular precepto operaría en las sustracciones de alimentos o medicamentos, que generaran una escasez en el mercado, lo que a su vez debería ser abarcado por el dolo del autor. Todo ello muy improbable.

3º. La sustracción de conducciones, cableado, equipos o componentes de infraestructuras de suministro eléctrico, de hidrocarburos o de los servicios de telecomunicaciones, o de otras cosas destinadas a la prestación de servicios de interés general, y se cause un quebranto grave a los mismos.

La primera cuestión es la de tratar de determinar que se entienden como "servicios de interés general". La contestación doctrinal y jurisprudencial es que se trata de una agravación fundada en que la cosa sustraída esté vinculada a un servicio de interés colectivo para los ciudadanos y que se ocasione un grave quebranto al mismo. Se planteó inicialmente el problema de su diferenciación con el delito de desórdenes públicos del art.557 del C. P., que fue resuelto conforme al principio de especialidad.

Aplicando este último precepto si los sujetos actúan impulsados por el deseo o voluntad de lesionar la paz pública, elemento subjetivo que estará ausente en los tipos patrimoniales, en los que el apoderamiento de cosas destinadas al servicio público responde exclusivamente a miras lucrativas (SS 20-11-91 y 2-10-92) .

"Así las cosas, y dado que el único ánimo que dirigía la acción del procesado se ciñe al deseo de obtener un enriquecimiento patrimonial con la sustracción del hilo del cobre, procede estimar el único motivo del recurso, ya que los hechos declarados probados no son constitutivos de un delito de desórdenes públicos, sino de un delito de hurto, con la concurrencia de la agravante específica de cosas destinadas al servicio público, con grave perturbación del servicio." (S.T.S. de 3-12-1992). En igual sentido la S.T.S de 31-1-1991, que establece:

Del tenor descriptivo del factum resulta que los procesados, puestos de acuerdo y con unidad de propósito y con ánimo de obtener un beneficio económico, después de trepar por los postes situado al margen de la vía de RENFE, que sostiene el tendido aéreo de los cables destinados a las comunicaciones telefónicas y control de telemando de las estaciones de la línea de ferrocarril Lérida-Tarragona, en los kilómetros 87`24 a 87`27, en el trayecto Reus y Vilaseca, cortaron con tenazas y alicates cables en un tramo de unos 200 metros apoderándose de los mismos, teniendo un peso de 139`5 kilogramos y un valor de 69.750 pesetas. Los perjuicios causados, incluidos los daños citados, se cifran en 322.394 pesetas, A tenor de la doctrina expuesta, los hechos resultan subsumibles en el tipo de hurto de los artículos 514, 515, y 516, 1º del C. Penal, ya que la perturbación grave del servicio público aparece patente, ante la constatación de la sobrevenida interrupción de las comunicaciones, retrasos de trenes, con riesgo de sobre

venencia de accidentes, retrasos padecidos, movilización de empleados de las estaciones con desplazamientos impuestos, etc.”

Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 29-5-2012, ratifica los criterios expuestos al afirmar " que al provenir los 1.000 kilogramos de cable de cobre recuperados del alumbrado público del Ramal de Salida de la Autopista A-68, fue correcta la subsunción de los hechos en el subtipo agravado del hurto previsto en el art. 235.2 del C.P., pues la supresión del alumbrado público en un sitio y en una noche como en la que ocurrieron los hechos, supone un grave quebranto a ese servicio público, con riesgo de accidente."

4°.-Cuando se trate de productos agrarios o ganaderos, o de los instrumentos o medios que se utilizan para su obtención, siempre que el delito se cometa en explotaciones agrícolas o ganaderas y se cause un perjuicio grave a las mismas.

Se protegen a las referidas explotaciones siempre que se sustraigan productos objeto de su actividad industrial y se cause un grave perjuicio a las mismas. Ha de entenderse el perjuicio económico directo, teniendo en cuenta que el sobrevenido con posterioridad puede valorarse, en el terreno de la responsabilidad civil. En cuanto a que se entendería por perjuicio grave, el criterio jurisprudencial ha sido fluctuante, fijándose en los años 1990 y siguientes a partir del millón de pesetas-6.000 euros -, con distintos incrementos de valor hasta los dos millones de pesetas. Los límites los fijaban los Tribunales según sus criterios de experiencia y en sintonía con la realidad social, permitiendo así una constante actualización del subtipo agravatorio que tenga en cuenta la fluctuación del valor adquisitivo de la moneda y las circunstancias concurrentes en el sujeto pasivo del delito (STS de 19 de diciembre de 1.995)

5°.-Cuando la sustracción revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos se produjeran perjuicios de especial consideración.

No solo ha de tenerse en cuenta de lo sustraído, sino que también habrá de valorarse el perjuicio total causado. La especial gravedad se fijó para la estafa en 36.000 euros, criterio jurisprudencial que puede servir de referencia objetiva para este subtipo

agravado del hurto. Un resumen de las oscilaciones jurisprudenciales se contiene en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6-2-2015:

“Efectuada esta precisión previa, en relación al criterio del valor de la defraudación o entidad del perjuicio, la jurisprudencia de esta Sala al interpretar la actual agravación se guió en primer momento por el criterio cuantitativo sostenido en relación al cp. 1973 para el subtipo agravado de la estafa del art. 529.7, 2.000.000 ptas., para el tipo agravado, y 6.000.000 para la estimación del tipo muy cualificado – acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 16.4.91, aplicando la primera cantidad y en tal sentido se pueden citar las SS 12.2.2000, 22.2.2001, 2.3.2001, 14.2.2002, pero no de una manera uniforme, porque también se contabilizan otras que llegan a los 4.000.000 ptas. como cifra a partir de la que sería operativa la agravante actualmente, y en tal sentido se pueden citar las de 12.3.2000, 15.6.2001 y auto 6.5.2004.

Sin embargo en este momento se puede decir que se está consolidando el criterio de operar con la cifra de 6.000.000 ptas., 36.060,73€ - como a partir de la cual se aplicaría la agravante (de especial gravedad a que se refiere el art.250.1.6).

Valga de ejemplo por todas, la STS. 33/2004 de 27.1, en la que claramente establece a este respecto: “repetimos nos hallamos ante una sola agravación específica definida por revestir el hecho “especial gravedad” y para conocer si en el caso existe “tal especial gravedad”, el Legislador nos impone tres criterios, (en realidad son dos como acabamos de decir)”

Desde luego 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 seis millones de pesetas (treinta y seis mil euros) que vinimos considerando como cifra para estimar como muy cualificada la paralela agravación establecida en el núm. 7º del art. 529 CP 1973 a partir de una reunión plenaria de esta sala de 26.4.9, que estableció la de dos millones para apreciarla como simple (SS de 16.9.91, 25.3.92 y 23.12.92).

Abona el criterio el propio tiempo transcurrido desde el Pleno no Jurisdiccional antes comentado –1991--, y por evidentes razones en relación a la pérdida del poder

adquisitivo de la moneda, ocurrido en los últimos quince años lo que debe tener su efecto en el principio de proporcionalidad de la pena (STS. 356/2005 de 21.3). Son exponentes de este criterio las SSTs. 8.2.2002, 5.12.2002, 12.2.2003, y las muy recientes de 1169/2006 de 30.11, 634/2006 de 14.6, y 681/2005 de 1.6 que precisa que “cualquier cantidad superior a 6.000.000 ptas. obliga a la aplicación de la agravante de especial gravedad.

En idéntico sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de fecha 13 de marzo de 2003: "Con el importe de 47.593'55 euros”,

6°. Cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de sus circunstancias personales o de su situación de desamparo, o aprovechando la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito.

Para apreciar el subtipo agravado basta con que se dé una de las referencias valorativas enumeradas. Dejar a la víctima o su familia en grave situación económica, exige que tal circunstancia este abarcada por el dolo del autor. La gravedad de la situación económica no debe interpretarse la ruina o pobreza absoluta del perjudicado, sino el de crearle una difícil situación, aún circunstancial, al no poder hacer frente a un pago inmediato.

El abuso de circunstancias personales de la víctima no es equiparable con la agravante genérica del abuso de superioridad. La cualificación queda reducida a los supuestos de inferioridad por razón de la edad o por una condición física o psíquica que impide a la víctima reaccionar. Se ha aplicado en el hurto cometido por un enfermero respecto a una anciana que padecía demencia senil (S. del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2004). Retrata de un abuso de las circunstancias personales de la víctima, que conlleva un plus de mayor gravedad en la conducta del autor. Normalmente será incompatible con la agravante genérica de abuso de confianza, para no incidir en la vulneración del principio non bis in ídem. Pero en supuestos excepcionales se podrían aplicar ambas agravaciones. Así la sentencia de la AP de Valladolid, del 3-3-2003 dice:

Así mismo señala que se ha aplicado indebidamente la agravante específica de abuso de las circunstancias personales de la víctima (art.235-4 del CP [RCL 1995, 3170 Y RCL 1996, 777]). Y en relación con ello mantiene que tampoco cabe apreciar la agravante genérica del art. 22-6 del CP de abuso de confianza, tal como se hace en la sentencia.

Aduce que la relación laboral se utiliza para aplicar los dos agravantes: la específica del 235-4 y la genérica del art. 22.6 del Código Penal cuando sólo podría fundamentar una de ellas.

El abuso de confianza del llamado hurto doméstico, en términos generales y sin excluir terminantemente toda posibilidad, no sólo que produzca la agravación del art. 235-4 porque recalca el Legislador que se trata de abusar en relación con las circunstancias personales de la víctima, es decir, no en atención a la situación en que voluntariamente se ha colocado la víctima dando su confianza o admitiendo a la inculpada en su casa, sino en vista de las circunstancias personales que en la víctima concurren, como pueden ser casos de invidentes, menores, paralíticos, minusválidos, o similares.

Pero según esta argumentación, ni el hurto con abuso de confianza debe sin más incluirse en esta figura agravada, ni resulta incompatible apreciar el hurto con abuso de confianza, como agravante genérica, y al mismo tiempo la figura agravada del hurto prevenido en el artículo 235-4 cuando además del aquél inicial abuso de confianza, se aprovecha también para cometer el hurto de las circunstancias personales de la víctima aludidas.

Los últimos supuestos del precepto aluden a la comisión del hurto aprovechando situaciones de calamidades públicas (terremotos, inundaciones, incendios, accidentes) Que facilitan la comisión del hecho al haberse debilitado los mecanismos de defensa individuales o colectivos.

7°.Cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la

misma naturaleza. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo.

Esta agravación específica recoge la multireincidencia y ha de ser puesta en relación

Con la agravante genérica del art.22-8 :Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código siempre que sean de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computaran los antecedentes penales cancelados, ni los que correspondan a delitos leves.

Dos cuestiones se derivan de la relación entre el art. 235.1.7 y 22-8 del vigente Código Penal: la 1ª es la contradicción existente entre ambos preceptos, pues la reincidencia simple —agravante genérica- no se computará si la condena se ha producido por un hurto de menos de 400 euros (la antigua falta de hurto o actual delito de hurto leve) .Sin embargo, a partir de la tercera condena p un delito leve de hurto se producir la agravación del art.235,que obliga a imponer una pena de prisión de uno a tres años, aunque la cuantía de lo sustraído fuera, por ejemplo, de 10 euros. Todo ello supone que las condenas por delitos leves deben remitirse al registro general de penados y rebeldes a los efectos de que pueda aplicarse el art. 235.1.7 del Código Penal.

La otra cuestión que suscita la reincidencia es la derivada de la expresión "haber sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza". El Título XIII-Delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico- comprende, entre otros, el hurto, la estafa, el robo, las insolvencias punibles, etc. Solo cabe hablar de delitos de la misma naturaleza cuando tengan la misma dinámica comisiva. La doctrina habla de homogeneidad entre el hurto y el robo con fuerza en las cosas considerando esta figura delictiva como una modalidad agravada del hurto. Hay jurisprudencia contradictoria, pero la más reciente califica el hurto y el robo con fuerza en las cosas como delitos heterogéneos. De modo que las condenas por robo no pueden computarse a los efectos de la multireincidencia del 235.1.7. En la STS de 19-11 2015, sobre la sustracción del Códice Calixtino, al examinar las sustracciones perpetradas por el acusado en el despacho del Administrador

de la Catedral (mediante el use de llaves falsas) y la sustracción del Códice en la Cámara del Archivo se califican como figuras heterogéneas el robo con fuerza en las cosas y el hurto.

"Llegados a este punto debe aclararse que no cabe apreciar la continuidad delictiva entre la sustracción del Códice y la del dinero porque el Tribunal Supremo ha negado en reiteradas ocasiones la posibilidad de apreciar el delito continuado entre el hurto y el robo con fuerza al infringir distinto precepto penal (SSTS 12/2/1971, 31/5/1985, 4/11/1988, 23/6/1993).

Por consiguiente, una calificación como la de robo que, en apariencia, perjudicaba al acusado con respecto a la aplicación del delito de hurto, se convierte en beneficiosa a través de su integración en la figura del delito continuado del art. 74 del C. Penal, al pasarla constituir la sustracción del Códice un episodio factico subsumible en el robo continuado apreciado con respecto a las sustracciones de dinero, que se extendieron en el tiempo hasta la fecha de la desaparición del preciado libro.

Concurren así los requisitos de un Único delito continuado de robo con fuerza en las cosas, al acoger como cierto que para acceder a la sustracción del Códice el acusado se yak) de unas (laves que no eran las destinadas por el propietario para abrir las dependencias en que se perpetró la sustracción (art. 239.3 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). Sin que para apreciar la continuidad del robo por sustracción del dinero y del robo por sustracción del Códice constituya un obstáculo la circunstancia de que nos hallemos ante dos subtipos agravados de robo con fuerza ubicados en dos apartados diferentes de un mismo precepto (el art. 241.1 en relación con el art. 235.1 ° y 3° del C. Penal, redacción de junio de 2010).

La jurisprudencia de la Sala Segunda no ha considerado como óbice para apreciar el delito continuado que los hechos integrables en la continuidad delictiva sean subsumibles en distintos apartados agravatorios de una misma figura penal (véanse como ejemplo, entre otros, el de los subtipos agravados del delito de estafa o de hurto). Por lo cual, y sin desconocer la especial cualificación histórica, artística y científica que como bien singular tiene el Códice Calixtino, ello no constituye razón suficiente para alterar el criterio jurídico asentado en la jurisprudencia de esta Sala acudiendo a una

interpretación que perjudica al reo con el fin de fragmentar la continuidad delictiva con la consiguiente exasperación de la pena.

En tal tesitura, y aunque resulte extraño y paradójico, lo cierto es que en el presente caso para que las dudas de la Sala favorezcan jurídicamente al reo, se hace preciso acudir a la figura del robo con el fin de que pueda ser integrado en la continuidad delictiva. Y ello porque el marco punitivo legal del delito continuado de robo con fuerza en las cosas en su modalidad agravada comprende una pena que abarca desde dos años hasta siete años y seis meses de prisión (art. 74 del C. Penal). Es decir, hasta el grado superior del robo con fuerza en su mitad inferior.

Aplicando, pues, el criterio jurisprudencial de la voluntad impugnativa del recurrente, y dado que la calificación de la sustracción del Código como delito de robo favorece al acusado, procede apreciar un delito continuado de robo con fuerza en las cosas con la doble agravación que se prevé en los apartados 1.º y 3.º del art. 235 del C. Penal (sustracción de objeto de valor artístico e histórico y especial gravedad por razón del valor de la cuantía sustraída), que ha de ponerse en relación con el art. 238.4.º, 241.1 (primer inciso) y 74 del C. Penal.”

El mismo criterio se contiene en la sentencia del Tribunal supremos de 23-6 1993:

Por infracción de ley, al amparo del número. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se formula el único motivo de impugnación, en el que se alega infracción por aplicación indebida del art. 69 bis del Código Penal, al estimarse por el Tribunal de instancia la continuidad de los hechos A) y B) del relato factico, pese a ser calificados los primeros como un delito robo con fuerza en las cosas, y los segundos como un delito de hurto. El recurrente indudablemente tiene razón. En primer término, existe un distanciamiento cronológico entre ambos hechos, puesto que los del A) ocurrieron en la noche del 28 al 29 diciembre 1985 y los del B) el día 9-3-1986. Pero principalmente, porque aun cuando ambos delitos, hurto y robo con fuerza en las cosas, atacan el mismo bien jurídico, infringen distinto precepto penal. La doctrina de esta Sala, que desde hace años viene dando contorno a esta figura, no lo elimina cuando se trata de formas agravadas de la misma infracción delictiva, y podría entenderse que el

robo con fuerza en las cosas es una forma agravada o cualificada del hurto con la consecuencia de integrar las dos figuras delictivas en un único delito continuado. Sin embargo, no obstante las afinidades expresadas, los tipos legales respectivos describen modos comisivos distintos y expresan distinto grado de peligrosidad en el sujeto, y los textos legislativos que se han sucedido desde el Código de 1822, han diferenciado las conductas dando distinta ubicación legal a los delitos en sendos capítulos del Código, individualización que aún se acentúa más a partir de la reforma de 1983, por cuanto que el capítulo es el punto de arranque de la reincidencia. La jurisprudencia de esta Sala había negado, con anterioridad a la reforma aludida, la continuidad delictiva al hurto y al robo -cfr. S. 12-2-1971 - y este criterio se ratifica en resoluciones posteriores -cfr. SS. 31-5-1985 y 26 enero y 4 noviembre 1988.

8). Cuando se utilice a menores de dieciséis años para la comisión del delito.

El termino utilizar parece referirse a supuestos de autoría mediata donde el ejecutor material sería el menor inducido o dirigido por el autor mayor de edad. Parece lógico exigir una relación de dependencia entre uno y otra determinada, generalmente, por vínculos de parentesco. No operaría esta agravación específica en aquellos casos que el menor de 16 años y el mayor de edad actuaran concertados en virtud de un acuerdo de voluntades libremente aceptado.

9) Cuando el culpable o culpables participen en los hechos como miembros de una organización o grupo criminal que se dedicare a la comisión de delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza.

El concepto de organización criminal es definido en el art. 570 bis del C. Penal. Se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.

EL art. 570 ter dice: A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna de las características de la organización criminal definida en el art. Anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.

En estos preceptos se castiga la simple participación en una organización o grupo criminal, mientras que en el art. 235.1.9 se castiga la ejecución del hecho delictivo Por parte de personas integradas en organizaciones o grupos criminales. Por el principio de especialidad la aplicación del art. 235 excluye al art. 570 bis y 570 ter, quedando excluidos estos dos preceptos para evitar la vulneración del principio non bis in ídem

En el art. 235.2º se establece la imposición de la pena en su mitad superior-de dos a tres años de prisión- cuando concurren dos o más de las circunstancias previstas en el art. 235.1

La aplicación de la pena de alejamiento en los nuevos delitos de hurto tras la Ley Orgánica 1/ 2015, de 30 de Marzo.- Se admite la posibilidad de que los jueces de lo Penal, o ahora Los jueces de instrucción en los casos de delitos leves de hurto, puedan mediante la aplicación del art. 48 en relación con el art. 57 y 235.1.7, del Código Penal, imponer la pena de alejamiento del lugar donde delinquieron o la prohibición de residir en la localidad a delincuentes contra el patrimonio reincidentes a fin de Que no puedan acercarse al establecimiento donde se ha cometido el delito.

La posibilidad legal de acordar la pena de alejamiento de los autores reincidentes de delitos de hurto, leves o no, se encuentra en el art. 57.1 CP donde se recoge que:

1. Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor,el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el art. 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave.

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta

en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

Al estar incluido el delito de hurto de los arts. 234 y 235 en el Título XIII del Libro II del CP como delito contra el patrimonio es admisible que se apliquen las prohibiciones del art. 48 CP, entre las que están las penas de «prohibición de residir en el lugar donde se ha cometido el delito, o volver al lugar donde se ha cometido el delito (art. 48.1). Y así:

La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. En los casos en que exista declarada una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental, se estudiara el caso concreto a fin de resolver teniendo presentes los bienes jurídicos a proteger y el interés superior de la persona con discapacidad que, en su caso, habrá de contar con los medios de acompañamiento y apoyo precisos para el cumplimiento de la medida».

Con ello, en base a la gravedad del hecho cometido es posible que los jueces puedan acordar en sus sentencias la prohibición de residir en el lugar donde se ha cometido el delito, lo que tendrá lugar en los casos en los que se pruebe que el condenado actúa en un grupo criminal y, por ello, la medida de la expulsión del lugar donde ha delinquirado supone en gran medida ir desarticulando el grupo por medio de los que en el mismo actúan.

Si no puede acreditarse este extremo se podrá aplicar, a instancia del Fiscal, la medida de prohibición de acercarse al lugar donde delinquiró, o a una distancia del mismo que se fijara en la sentencia, lo que es muy eficaz en el caso de que se trate de autores de hurtos en comercios, o en zonas turísticas concretas muy transitadas, lo que ocurre en núcleos poblacionales donde acuden muchos visitantes y que ha dado lugar a graves problemas en ciudades como Barcelona.

Con la reforma por LO 1/2015 nos encontramos con una nueva perspectiva ya que si los autores son condenados por delito de hurto o por delito leve de hurto se deberían remitir las condenas al Registro Central de penados y rebeldes para anotarla y poder aplicar esta conversión. La duda podría surgir en torno a los delitos leves, porque el art. 3996/1995) en su nueva redacción dada por la LO 1/2015 señala que es circunstancia agravante:

8.ª Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que deberían serlo, ni los que correspondan a delitos leves

Entendemos que el hecho de que no computen a los efectos de la reincidencia los “antecedentes penales que correspondan a los delitos leves” no quiere decir que estos no existan, ya que las condenas por delitos leves deben remitirse al registro central de penados y rebeldes a los efectos de que pueda aplicarse el art. 235.1.7.º CP para el cómputo de las tres condenas por delito de hurto en su caso y poder aplicar la agravación del art. 235. Los problemas planteados por el anterior art. 234 CP determinaba que fuera imposible aplicar la conversión por la ausencia de ese registro de faltas, pero la actual redacción del art. 235.1.7.º CP ya permite aplicar la agravación con tal de comprobar los antecedentes penales, entre los que se incluirán, pero solo a estos efectos, las condenas por delitos leves de hurto, o también a los efectos de aplicar la habitualidad.

Con respecto a la extensión de la pena de alejamiento del lugar donde delinquiró al tratarse el art. 235.1.7º CP de delitos menos grave se podrá imponer por vía del art. 57.1.2º CP, la pena de entre uno y cinco años de prohibición de acercamiento.

IX. HURTO DE COSA PROPIA

El artículo 236 del Código Penal dispone que "será castigado con multa de tres a doce 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".

El artículo 236 del Código Penal recoge el denominado hurto de cosa propia o *furtum possessionis*. Sus características diferenciales del hurto común se encuentran en que en el hurto de cosa ajena el sujeto activo tiene que ser el dueño de la cosa o actuar con su consentimiento, mientras que el hurto común exige que se trate de cosas ajenas y que sean tomadas sin la voluntad de su dueño. Se contempla también la modalidad del delito leve, cuando el valor de la cosa no excediera de 400 €.

X. SUSTRACCIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO

La sustracción de tarjetas de crédito da lugar al tipo penal de hurto, y si son utilizadas para abrir cajeros automáticos adquieren la consideración de llaves falsas, y sirven para calificar el posterior delito como robo.

La doctrina tradicional de la Sala Segunda se recoge en la STS de 22/12/1998, y venía admitiendo ampliamente (sentencias de 23 de enero de 1985, 27 de diciembre de 1988 y 27 de febrero de 1990) que el concepto de "llave falsa" comprendía todas aquéllas que fueran distintas de las utilizadas por el propietario para abrir la cerradura, puestas en defensa de su propiedad, incluso las propias llaves genuinas cuando hubieran sido sustraídas a su propietario o empleadas sin su aquiescencia. Mas también es cierto que la postura de la Sala Segunda (Sentencias de 9 de febrero y 3 de julio de 1989, 14 de septiembre de 1990, 19 de febrero de 1991 y 8 de febrero de 1992) se inclina, acertadamente, a restringir el concepto de llave falsa a las que llegan a la posesión del agente a virtud de robo, hurto, retención indebida, acción engañosa o, en conclusión "por un medio que constituya infracción penal". Tan es así que si la entrada en la vivienda o local se hizo mediante llave extraviada al propietario o poseedor autorizado, faltaría la fuerza específica hábil para transformar en robo la sustracción

finalmente consumada, porque ni al término de "instrumento semejante" podría acudirse. Hay que decir, sin embargo, que algunas sentencias, aun acogiendo la nueva doctrina, llegan a la misma conclusión que la primitiva corriente jurisprudencial, pues que a través del amplio significado del verbo tomar, característico del hurto, estiman ilícito penalmente el acto de coger, asir, hacerse con las llaves perdidas u olvidadas, cuando es sin el consentimiento o autorización del dueño. Con ello son pocos los supuestos que se pueden sustraer al concepto de "llave falsa". La tarjeta de crédito es un documento mercantil, de escasa o nula regulación legal, pese a los años que ya lleva funcionando en el ámbito bancario, que se rige por las normas establecidas por las entidades que las emiten como un caso más y con las limitaciones propias de las llamadas condiciones generales en los contratos de adhesión, cuyo titular puede utilizarla con distintas finalidades, siendo las más comunes el pagar bienes o servicios en establecimientos públicos concertados al efecto con la entidad emisora (son frecuentes en estos casos los delitos de falsedad y estafa), o el sacar dinero de la propia cuenta, ya mediante los servicios prestados por los empleados de las correspondientes oficinas bancarias, ya mediante la utilización de los tan extendidos cajeros automáticos, que sirven también para otros usos y que es el procedimiento que aquí nos interesa. Tales tarjetas de crédito, cuando se utilizan para sacar dinero de un cajero automático, sirven, además, para acceder al local donde tal cajero se encuentra ubicado o para acceder a las teclas que hay que manipular para dar la correspondiente orden a la máquina. Introduciendo, en una determinada posición, la tarjeta en la puerta de acceso al local o en la portezuela de acceso a las teclas, se abre el correspondiente compartimento. Por tal posibilidad de apertura entendemos que la tarjeta de crédito es una verdadera y propia llave, de acuerdo con el concepto funcional, antes del actual Código Penal de 1995, que al respecto viene manteniendo la doctrina de esta Sala, que concretamente en Sentencia de 21 de septiembre de 1990 ya lo ha aplicado al supuesto específico de las tarjetas de crédito. A los efectos del delito de robo, entendemos que la llave no tiene que ser un instrumento metálico o compuesto de un material determinado, comúnmente hierro, como dice la definición primera que nos ofrece al respecto el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, "con guardas que se acomodan a las de una cerradura, y que sirven para abrirla o cerrarla, corriendo o descorriendo el pestillo". Puede ser de cualquier clase de material y cualquiera que sea el mecanismo de apertura

o cierre, exigiéndose simplemente que sirva para abrir o cerrar tal mecanismo sin producir rotura, con cuya utilización conforme a su propio destino se logra acceder al lugar o al interior del objeto donde se encuentra la cosa mueble que se sustrae o intenta sustraer. Es cierto que el nuevo Código Penal ha solventado muchos problemas cuando incluye específicamente la tarjeta de crédito como una modalidad de la llave falsa, con lo que creemos que se soslayaron las numerosas cuestiones que al respecto se planteaban antes. En cualquier caso también hay que rechazar los temas colaterales que el uso de la tarjeta lleva consigo, especialmente a la hora de abrir o penetrar en el habitáculo en el que el cajero puede estar situado. La apertura de la puerta del habitáculo que encierra el cajero será siempre robo si se opera con tarjeta sustraída ilícitamente (no si la tarjeta fue olvidada por su dueño, puesta sobre el artilugio que sirve para abrirla), con lo que quiere decirse es entonces indiferente la manipulación que seguidamente se realice sobre el cajero. La manipulación efectuada sobre un cajero situado en la vía pública (o en el supuesto de que la puerta del habitáculo estuviera abierta o no necesitara maniobra alguna para abrirla) para obtener dinero, porque de alguna manera se ha sabido, conocido o investigado la numeración, tiene que constituir infracción penal, no ya porque la conclusión final absolutoria por absurda habría de obligar a invertir los tiempos del razonamiento silogístico, sino porque en todo caso estaría unido tal hecho a la inicial sustracción de la tarjeta, incluso a pesar de que ésta, una vez utilizada, se devolviera, siendo así que el cajero ha de ser considerado en el sentido de objeto cerrado o sellado. Ese apoderamiento a través de la manipulación normal, sobre cajero sito en la fachada de la entidad bancaria, conociéndose el número secreto, constituye por lo menos un delito de hurto, casi siempre delito de robo, fuera ya de su conexión con el apoderamiento inicial de la tarjeta, porque siempre se estaría tomando una cosa sin la voluntad de su dueño.

STS de fecha 29/04/1999, la solución al debate suscitado en torno a la determinación jurisdiccional cuestionada toma partido por el criterio plasmado en el Recurso y reforzado con la postura del Ministerio Público pues, -una vez normativamente definidos conceptos (llaves falsas en el último párrafo del art. 239 del Nuevo Código Penal) y conductas (Manipulación informática o artificio semejante en el art. 248-2º de dicho Texto Legal) consolida definitivamente su vigor la posición

jurisprudencial (Sentencias, entre otras, de 21-1-90, 8-5-92, 14-3-93, 8-3-94, 25-4-96, 29-11-97 y 22-12-98) que definía la utilización en la acción depredadora de una tarjeta magnética como un Delito de Robo por resultar equiparables dichas tarjetas a las llaves que, al ser ilícitamente obtenidas, se convierten en falsas y a las que se refieren los arts. 239 y 238-4º del Texto Legal citado. El Nuevo Código Penal ha venido a solventar los problemas suscitados en torno a la utilización de las tarjetas de crédito al incluir éstas entre las denominadas llaves falsas, de suerte que la utilización de una tarjeta sustraída a su titular efectuada sobre un cajero electrónico para obtener dinero, porque de alguna manera se ha sabido, conocido o investigado su numeración secreta, constituye infracción penal, no ya porque la conclusión final absolutoria, por absurda, habría de obligar a invertir los tiempos del razonamiento silogístico, sino porque, en todo caso, estaría unido tal hecho a la inicial sustracción de la tarjeta, incluso a pesar de que ésta, una vez utilizada, se devolviera, siendo así que el cajero ha de ser considerado como objeto cerrado o sellado. Ese apoderamiento dinerario a través de la introducción de la tarjeta en el cajero automático de una entidad bancaria, cualquiera que sea el lugar de su ubicación conociéndose el número secreto, constituye un delito de robo fuera ya de su conexión con la sustracción inicial de la tarjeta, porque tiene lugar el apoderamiento de una cosa mueble sin la voluntad de su dueño mediante el uso de una llave falsa, dado que la tarjeta magnética, obtenida según se describe en el "factum", tiene tal consideración. Dicha posición supera la postura doctrinal defensora de la incardinación del supuesto examinado en el delito de estafa y conduce a la apreciación de un error de calificación de los hechos, tanto por el Ministerio Público en su escrito de conclusiones definitivas, como por la Sala de la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia ahora recurrida en la que - según señala el Fiscal al apoyar el Recurso- se ha intentado construir "la configuración delictual de los hechos descritos en su relato histórico acudiendo, tal vez en una interpretación genuina, a la norma primera del art. 8 del C. Penal". Es cierto que dicha construcción presenta un manifiesto propósito de adaptación a la tesis acusatoria en el que parece primer por encima de todo el esfuerzo dialéctico desplegado para evitar la impunidad de la acción enjuiciada al desechar utilización del mecanismo previsto en el art. 733 de la L.E.Cr., más su consecuencia calificadora no ha de quedar homologada en este trance aunque el resultado de nuestra decisión, al salvaguardar la vigencia y alcance del Principio Acusatorio, haya de provocar la

determinación absoluta que el acogimiento del Motivo comporta. A la vista de la doctrina jurisprudencial ya reseñada, a fin de no convertir en inútil la previsión de legislador consignada en el último párrafo del art. 239 del Texto Punitivo de 1995 y para reservar la regulación específica que contempla el párrafo segundo del art. 248 a la sanción de comportamientos en los que concurra la manipulación, sin ampliarla a supuestos en los que dicha maniobra informática o artificio contable no existe al tratarse de la utilización de una tarjeta legítima encontrada o sustraída a su titular, hemos de concluir que los hechos referidos a la utilización de la tarjeta de "Bancaja" merecían la calificación de Delito continuado de robo de los arts. 237, 238-4º, 239-2º y último párrafo, 240 en relación con el art. 77, todos ellos del C. Penal (lo que embebería la falta inicial de Hurto: sustracción de la cartera) y los hechos relativos al intento de pagar la compra en el Corte Inglés con la tarjeta de dicho establecimiento serían constitutivos de una Falta de Estafa en grado de Tentativa del art. 623-4º en relación con los arts. 15-2º y 16, del Texto Legal citado.

Tal y como se recoge en la STS 1656/2001, de 15 de febrero, ya antes de la introducción del párrafo último del artículo 239 del Código Penal vigente, esta Sala venía atribuyendo el carácter de llave falsa a las tarjetas magnéticas que permiten, al igual que las tradicionales llaves metálicas, la apertura sin romperlo de un mecanismo que permite acceder al lugar donde se guarda el objeto mueble que se sustrae. No cabe duda de que tras la inclusión expresa de las tarjetas magnéticas o perforadas en el texto legal se las ha de considerar llaves, y se habrán de considerar falsas, a efectos de entender cometido un delito de robo con fuerza en las cosas, cuando, como dice el número 2º del repetido artículo 239, la tarjeta sea la llave legítima del propietario que han sido obtenidas por quien luego la utiliza mediante un medio que constituya infracción penal (sentencias de 22 de Diciembre de 1.998 y 29 de Abril de 1.999). Esto es lo ocurrido en el presente caso en que la tarjeta de tal clase, tomada subrepticamente a una persona, mediante una falta de hurto, fue utilizada, constituyendo así llave falsa, para acceder a varios cajeros automáticos, aparatos dispensadores de dinero a quienes utilicen la peculiar llave de acceso a sus caudales que son las tarjetas personales, que llevan incorporada una banda magnética diferenciadora que habilita para su obtención, mediante su introducción en el mecanismo y la expresión de un número de

identificación propio de cada titular. Es claro que tal actividad cuando es realizada por persona distinta del titular y sin su consentimiento, ha querido ser punida por el legislador de 1.995 como un delito de robo con fuerza en las cosas mediante la modalidad de utilización de llaves falsas.

XI. HURTO FAMÉLICO

1. CONCEPTO

De manera generalizada, tanto en doctrina como en jurisprudencia, se ha admitido siempre la posibilidad de aplicar la eximente de estado de necesidad al denominado hurto famélico, en el que se sustraen bienes para subvenir a necesidades acuciantes de supervivencia. La jurisprudencia ha negado tradicionalmente la concurrencia de la eximente en casos concretos al requerir para ello condiciones muy estrictas, pero en el mismo establecimiento de requisitos se encuentra implícita la aceptación de la posibilidad teórica de aplicación.

El hurto de famélico se presenta cuando un individuo sin emplear los medios de violencia física o moral, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento. Esta figura tiene su origen en la desigualdad social existente en muchos de los países pero no todas las legislaciones contemplan esta figura como un estado de necesidad.

2. JUSTIFICACIÓN

Se admite la colisión en abstracto entre necesidades de carácter personal (alimento, cobijo, etc.) y la propiedad ajena, pero se opera de manera muy restrictiva en la comprobación de la situación de necesidad en concreto (negando la situación de paro como fundante del estado de necesidad, y la demostración de que no cabía otra forma de evitar el peligro. Asimismo, el requisito de la proporcionalidad de la acción salvadora conduce a negar la eximente en casos de exceso de lo sustraído respecto de las necesidades a cubrir.

La justificación jurídica de este principio es que el legislador entendió que la libertad (su pérdida si correspondiere) es un bien jurídico más importante que el protegido por el delito de robo o hurto. Evidentemente, se trata de un precepto sensato, pues si alguien debe responder de que existan hechos de este tipo es el Estado que, en su afán de salvaguardar la estructura económica-política sobre la cual descansan sus principios, olvida el reparto de la riqueza, lo que solo puede acarrear pobreza.

3. ELEMENTOS TÍPICOS

Conducta típica. Apoderamiento.

Modo de ejecución. Sin violencia ni engaño.

Que sea por una sola vez.

En este punto consideramos que aun cuando no exista penalidad, procesalmente deberá de existir la denuncia para que llegado el caso, se establezca si vuelve a robar el activo por la misma causa de necesidad, exista ya el antecedente y consecuentemente no existirá el estado de necesidad.

4. OBJETO MATERIAL

Debe ser un mueble, en algunas legislaciones deberá ser alimento, no así para otros, que no especifican que sea para alimentación, por lo que puede ser medicinas, agua, dinero, cobijas y ropas, inclusive alimentos.

5. REGULACIÓN PENAL

Se regula en el Art. 20.5° del Código Penal español. Este precepto señala que está exento de responsabilidad criminal [lo que no excluye la correspondiente

responsabilidad civil (Arts. 118 y 119 CP): El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1) Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. 2) Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. 3) Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. En la jurisprudencia española, este concepto del robo famélico sólo aparece en dos únicas resoluciones de todo nuestro amplio repertorio.

6. DIVERSOS SUPUESTOS

La primera fue la sentencia 7276/2009, de 13 de julio, de la Audiencia Provincial de Valencia. En este caso, el acusado, que se encontraba en libertad provisional al haber sido condenado anteriormente por un delito con fuerza en las cosas, rompió la reja de la ventana de una casa de Alcira para entrar en la vivienda y sacar del frigorífico diversos alimentos, con intención de hacerlos suyos, pero tuvo que dejarlos en la ventana porque, cuando se disponía a apoderarse de ellos, entró en la casa su propietaria. El abogado del ladrón trató de encuadrar aquel hecho en el “robo famélico o necesario”, pero el tribunal consideró que aun admitiendo su posibilidad con carácter excepcional, de ningún modo puede admitirse ni que fuera necesario el apalancamiento y fuerza sobre el acceso de la vivienda para conseguir alimentos imprescindibles, ni desde luego que lo que intentaba sustraer y tenía preparado para llevarse supere con creces las necesidades inmediatas de la persona que realiza la acción típica, todo lo cual está impidiendo igualmente la estimación del motivo del recurso, aunque se haya planteado con carácter subsidiario.

En el segundo supuesto, la acusada entró a robar en un almacén de Cáritas anexo a la iglesia de Nuestra Señora de Fátima, en Cáceres; donde sustrajo –según la sentencia 903/2010, de 10 de noviembre, de la Audiencia Provincial cacereña– ocho cartones de leche entera Central Lechera Asturiana, un paquete de cereales, cuatro cartones de natillas, una caja de cerillas, trece paquetes de dos magdalenas cada uno, once sobres de Nescafé, veintiún sobres de azúcar de 10 gramos y cuatro botes de leche de continuación, de 900 gramos, cada uno. Efectos que terminó recuperando la Policía.

Durante el posterior juicio, su defensa planteó de forma subsidiaria la aplicación de la eximente de robo famélico, argumentando la naturaleza de los bienes objeto del delito (leche, cereales, etc.) pero la Audiencia señaló que la jurisprudencia no es proclive a aplicar el estado de necesidad a los delitos de robo y sí únicamente a hurtos que se cometen sin fuerza en las cosas ni violencia o intimidación en las personas. En todo caso se trataba de alimentos pertenecientes a Cáritas y a la apelante le hubiera bastado, en caso de ser cierta su situación de necesidad, con acudir a dicha organización para haber sido atendida (quizás con los mismos productos que sustrajo) sin necesidad de cometer delito alguno.

El Juzgado de lo Penal número 5 de Almería condenó a nueve meses de prisión a un hombre de 37 años y natural de Senegal por un delito de robo con intimidación en grado de tentativa después de que entrara en un corral y matara con una navaja a una gallina, según él, para comérsela; momento en el que fue sorprendido por el hijo del dueño a quien apuntó con el arma antes de huir del lugar sin llevarse el animal.

Los hechos. Según indica la sentencia, los hechos tuvieron lugar en Vícar, cuando el acusado saltó una valla para acceder al corral donde se encontraban las aves. Una vez dentro, cogió una gallina y la mató con una navaja, si bien fue sorprendido por el hijo del propietario, quien le recriminó su acción.

En este sentido, el acusado "señaló" con la navaja a la víctima, quien esgrimió un palo para defenderse ante un posible ataque del invasor, quien finalmente soltó el pollo y huyó de allí por el mismo lugar por el que había llegado.

La víctima declaró en sala que vio como el hombre entró el corral, cogió una gallina y se agachó para ocultarse, de forma que en el momento en el que le reclamó el animal al acusado, éste le señaló con la navaja y solo le dijo "mía". Así, tras coger un palo e instarle a que depusiera su actitud, el acusado dejó la gallina ya muerta y se fue.

El hombre, que fue arrestado posteriormente por la Policía Local de Vícar y estuvo dos días detenido por estos hechos, no compareció en el juicio, aunque sí declaró ante el juez instructor que se introdujo en la finca y mató a la gallina "para comer", a la vez que negó haber amenazado a la víctima con el arma.

Escasa intimidación ejercida. No obstante, el juez destaca la versión "creíble" y "persistente" del perjudicado en cuanto a que el acusado le señaló con la navaja, que fue hallada en posesión del mismo cuando fue detenido por el agente de policía, para calificar los hechos como de un robo con intimidación en grado de tentativa.

Aunque el magistrado la pena inicial de un año y tres meses solicitada por la Fiscalía por la "escasa intimidación ejercida" por el acusado, no aprecia la eximente de estado de necesidad que argumentó la defensa al ver insuficiente la versión prestada en la fase de instrucción, que no pudo ratificarse durante la vista oral ya que el acusado no se presentó.

El juez condena también al acusado al pago de 12 euros por el valor del animal y de otros 70 euros más por los daños ocasionados en la valla que atravesó para llegar al corral.

Dicho estado de necesidad ha sido definido por la doctrina como un estado de peligro actual para los intereses legítimos que solo puede ser conjurado mediante la lesión de intereses legítimos de otro. Necesidad que ha de estar presidida por los principios de "necesidad, proporcionalidad o idoneidad y subsidiariedad".

El llamado "hurto o robo famélico", se produce cuando el autor del hecho punible actúa impulsado por un estado de necesidad, pues el CP le exime de responsabilidad criminal en su art. 20.5, siempre que el mal causado no sea mayor del que se trata evitar (proporcionalidad), que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación, y que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

En ampliación de los requisitos jurídicos antes dichos y refiriéndose a las situaciones de estrechez económica la jurisprudencia viene exigiendo "no sólo acreditar cumplidamente la situación de necesidad sino justificar que se ha acudido a las instituciones de protección social y que no existe otro modo menos lesivo para hacer frente a una situación de necesidad angustiosa" (AP de Madrid, Sección 1ª, Sentencia 440/2015 de 5 Nov. 2015, Rec. 1237/2015).

Que no se trate de mera estrechez económica, más o menos agobiante; que se prevé que se han agotado todos los recursos que la esfera personal, profesional y familiar podido utilizar (AP de Madrid, Sección 2ª, Sentencia 466/2015 de 27 May. 2015, Rec. 615/2015)

Con ese mismo argumento, no agotar todas las vías o medidas sociales previstas, rechaza también la AP de Madrid (Sección 23ª, Sentencia 697/2015 de 20 Oct. 2015, Rec. 1489/2015) la apreciación de la eximente en un supuesto ocupación de inmueble y de defraudación de fluido eléctrico por una familia con cuatro hijos que no tienen dónde vivir y que aportan un informe de los Servicios Sociales, que intervienen porque no tienen ingresos para poder sobrevivir.

Argumenta la AP en la sentencia: «No existe ninguna prueba documental de este hecho, sino que, al parecer, los acusados junto con sus hijos menores se instalaron en la finca para poder vivir en la misma, sin la autorización correspondiente del dueño y, como decimos, sin que hubiera agotado anteriormente todas las posibilidades de conseguir una vivienda por los cauces legales adecuados para ello, de tal forma que no podemos afirmar que se hubiera llegado a la existencia de un verdadero conflicto de intereses, en el que ciertamente podría haber cabido la posibilidad de que el mismo se resolviera en favor de una determinada conducta, incluso de carácter delictivo. Simplemente, los acusados tomaron la iniciativa desde el primer momento de ocupar ilegalmente la finca sin pedir permiso a su dueño y eso constituye el delito previsto y penado en el artículo 245.2 del Código Penal».

7. JURISPRUDENCIA (En sentido amplio, pues puede afectar a cualquier clase de infracción contra la propiedad)

1-Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1955

Resultando probado, y así se declara, que el procesado Ángel Yepes González, mayor de edad penal, de buena conducta, el día 6 de diciembre de 1951 se apoderó, con ánimo de lucro, de leña caída en el monte "Goicoechea", término de Aranjuez, propiedad de don Antonio del Águila Rada; la leña tasada en 20 pesetas, y recuperada.

El procesado anteriormente condenado, en 26 de junio de 1949, y 5 de noviembre de 1949, por faltas de hurto, a las penas de cinco días de arresto menor, respectivamente. El procesado, que mantiene a sus padres, carecía de trabajo y de medios económicos para subsistir en la época referida; RESULTANDO que la referida sentencia estimó que los indicados hechos probados constituían un delito de hurto, comprendido en los artículos 514, número 1.º, y 515, número 1º, del Código Penal, y que habiéndose probado el estado de necesidad del procesado y concurrir en ella todos los requisitos exigidos en el artículo 7.º del artículo 8., del mismo Código, procedía estimar la eximente y absolverle, y contiene la siguiente parte dispositiva: Fallamos que debemos absolver y absolvemos libremente al procesado Ángel Yepes González del delito de hurto de que se le acusaba en esta causa, declarando de oficio las costas procesales causadas; RESULTANDO que el Ministerio fiscal, recurrente, al amparo del número 1. del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alega como único motivo la infracción del artículo 8.5, número 1.º, del Código Penal, pues se estima la eximente de estado de necesidad, sin que de los hechos probados resulten los requisitos legales de tal circunstancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

CONSIDERANDO que la carencia de trabajo y de medios económicos para subsistir, cuando las sufre un hombre joven en estado de soltería, aunque tuviera a su cargo la manutención de sus padres, no justifican totalmente la necesidad de cometer un delito de hurto aunque sea de pequeña monta, pero con el antecedente de dos faltas anteriores de la misma especie, si dejara de agotar primero cuantas tentativas de obtener el alimento más preciso se hallen al alcance de toda persona, y como no consta lo hiciera quien ya obtuvo dos condenas por hechos análogos, la ausencia de elementos indispensables impiden se estime completa la circunstancia séptima del artículo 8 del Código Penal, en cuyo sentido debe prosperar el recurso.

FALLO

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el Ministerio fiscal contra sentencia dictada por la Audiencia de esta capital, Sección quinta, con fecha 2 de abril de 1954, en la causa

seguida a Ángel Yepes González por hurto, y en su virtud, casamos y anulamos, dicha sentencia, con declaración de las costas de oficio.

2- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Septiembre de 1985

El acusado, en los primeros días del mes de abril de 1982, saltando una tapia penetró en la finca que Nieves, que no reside en ella, tiene en la calle DIRECCION000 n° NUM000, cogiendo de su interior con idea de propio beneficio dos cuadros y un reloj apreciados en ciento quince mil pesetas, que vendió en diez mil pesetas a Tomás que los compró desconociendo su procedencia y han sido recuperados.

El día 4 de mayo de 1982 valiéndose del mismo procedimiento penetró de nuevo en la finca reseñada, cogiendo de su interior con igual propósito de beneficio propio, ropas, discos y objetos de adorno apreciados en ciento treinta y cuatro mil novecientas cuarenta y cinco pesetas, qué; han sido recuperados.

La referida sentencia estimó que los indicados hechos probados eran constitutivos de dos delitos de robo previstos y penados en los artículos 500, 504-1. ° y 505-2.° del Código Penal , considerando autor de los mismos al procesado,

El estado de necesidad, como eximente y como figura jurídico-penal, tuvo cabida en el Derecho español, de modo tímido e incipiente, en los Códigos de 1848 y 1870, los cuales solo comprendían, en la exención, a los daños causados en propiedad ajena, para evitar un mal, ensanchándose, su ámbito de aplicación, en el Código Penal de 1928, donde se le admitía en protección o amparo de vida, salud, honor o intereses, obteniendo un reconocimiento todavía más amplio en el Código de 1932, el que, sin embargo, no lo aceptaba en los casos de conflicto de bienes de igual rango o entidad, y llegando a su apogeo en el Código de 1944 y en el Código de Justicia Militar de 1945, textos legales donde no se condiciona la naturaleza de los bienes o derechos susceptibles de protección mediante el sacrificio de otros, se admite el estado de necesidad propio y ajeno y se da cabida a los conflictos de bienes de igual valor; en lo que respecta a su naturaleza, si el bien sacrificado es de menor entidad que el que se

trata de preservar -estado de necesidad justificante-, unánimemente, se sostiene que se trata de una causa de justificación o de exclusión del injusto inspirada en principios de interés preponderante, pero si, el conflicto se produce entre bienes jurídicos igualmente tutelados, son muchas las doctrinas que tratan de fundamentar dicha eximente -estado de necesidad exculpante -, prevaleciendo la que entiende que se trata de una causa de exclusión de la culpabilidad. Ante la indefinición legal de lo que constituye y la doctrina, con apoyo y base en el n° 7.º del artículo 8 del Código Penal vigente y en la circunstancia 7, cuyos textos son idénticos, han perfilado la mencionada eximente, exigiendo, para su, concurrencia, los siguientes requisitos:

1.º un bien jurídico protegido que se halle en peligro, pero no en cualquier clase de peligro, pues el mal que se augura y teme, o se manifiesta, ha de ser real y efectivo, grave, -por la naturaleza de los bienes jurídicos amenazados y la importancia de lo que se avecina - e inminente, de tal modo que no les ponga en trance leve de deterioro o erosión sino de destrucción o perecimiento, y sin que se trate de evitar simples molestias o un perjuicio ínfimo, sino un mal auténtico.

2.º que el mal que se trata de evitar no sea menor que el causado por el necesitado, con lo que son admisibles, con eficacia exonerativa, los conflictos de bienes de desigual calificación con tal de que no sea tal sacrificio el de mayor entidad y rango, así como los producidos entre bienes de idéntico o igual valor.

3.º que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto.

4.º que, el necesitado, no tenga obligación de sacrificarse, por razón de su oficio.

Con más amplitud, cabe decir que el estado de necesidad, es requisito básico e, imprescindible, tanto pareja estimación de la eximente completa como, para la de la incompleta equivaliendo a una situación de conflicto actual o inminente y total entre dos bienes en el que, la salvación de uno, exige el sacrificio del otro o la infracción de un deber, requiriéndose además:

a) peligro para el bien jurídico, lo cual requiere un juicio valorativo "ex ante", pues, el acontecimiento temido, de ordinario, gracias a la intervención del agente habrá de ser evitado;

b) dicho peligro, ha de ser real y, al efecto, los Códigos españoles desde 1848 a 1928, exigían "la realidad del mal que se trata de evitar"; es menester, por lo tanto, que dicho peligro exista, sea posible, que amague al agente y sea próximo o inminente, habiendo declarado este Tribunal, en sentencias de 22 de noviembre de 1935, 16 de septiembre de 1934, 27 de octubre de 1962, 28 de junio de 1963, 15 de abril de 1980, 28 de septiembre de 1982, 17 de noviembre del mismo año y 22 de abril de 1938, que el estado de necesidad, se caracteriza por la objetividad y por la inmediatez, debiendo existir una base real en los hechos declarados probados, sin que quepan deducciones, salvo que, el antecedente y su relación con la consecuencia, ofrezca evidencia axiomática; no obstante cabe el estado de necesidad putativo, siempre que se adquiriera la convicción de que, el agente, siquiera sea erróneamente, se creía amenazado por un mal que él reputaba real;

c) el mal temido debe ser actual o al menos, inminente, habiéndolo declarado así las sentencias, de este Tribunal, de 8 de junio de 1935, 28 de noviembre de 1944, 20 de junio y 27 de febrero de 1947, 22 de octubre del mismo año, 9 de noviembre de 1943, 3 de febrero y 1 de mayo de 1954, 31 de octubre de 1957, 7 de febrero y 28 de diciembre de 1962;

d) el mal al que el peligro se refiere, tiene que ser un perjuicio para un bien jurídico merecedor de un juicio valorativo, debiendo, al mencionado perjuicio merecer el calificativo de grave - sentencias de 6 de noviembre de 1943, 28 de noviembre de 1944, 22 de octubre de 1946 y 3 de febrero de 1954 -, si bien, el temido perjuicio, no tiene por qué consistir en un resultado penalmente típico - sentencia de 18 de diciembre de 1963 -, pero para que constituya un mal, es preciso que se repunte como tal por el contorno social o mundo circundante, no bastando con que merezca, tal calificativo, desde el punto de vista individual del sujeto activo - sentencias de 9 de noviembre de 1949, 9 de diciembre del mismo año y 29 de noviembre de 1968.

e) el conflicto ha de ser absoluto y, así lo exigen las sentencias de este Tribunal de 6 de noviembre de 1943, 28 de noviembre de 1944, 20 de mayo de 1967, 2 de septiembre de 1968, 16 de mayo de 1969, 23 de septiembre y 15 de noviembre del mismo año 31 de octubre de 1978, 2 de julio y 26 de octubre de 1979, 6 de noviembre y 14 de julio de 1981, 26 de febrero y 16 de septiembre de 1982 y 22 de abril de 1983,

pudiéndose agregar que, hasta el Código de 1928, se exigía por la Ley que "no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo"; y esta exigencia la reclaman, hoy día, tanto la doctrina como la jurisprudencia, pese a no requerirlo la actual circunstancia 7.^a, formulándose, con carácter axiomático, la siguiente proposición: Cuando no se han agotado las vías legítimas para la salvación del bien, así como cuando se recurre a un medio innecesariamente perjudicial, faltará, en verdad, el presunto estado de necesidad, la cualidad de absoluto" y si bien es cierto que, las sentencias de 26 de marzo de 1936, 13 de marzo de 1953, 2 de febrero de 1955, 9 de diciembre de 1957, 9 de junio de 1969, 31 de enero y 11 de febrero de 1964, 2 de marzo de 1970 y 9 de abril de 1971, aprecian dicha circunstancia, como incompleta, pese a no concurrir el conflicto absoluto, ello obedeció a razones psicológicas y no objetivas;

f) la situación de necesidad debe ser instantánea y no permanente, afirmación que es muy discutible.

g) desde el punto de vista subjetivo, el agente ha de actuar impulsado por un estado de necesidad; de para evitar un mal propio o ajeno - sentencias de 6 de noviembre de 1943, 28 de noviembre de 1944, 10 de marzo de 1951, 30 de febrero de 1957 y 16 de septiembre de 1964 -, es decir, que el estado de necesidad el que debe motivar al actuar físico del sujeto activo.

Finalmente, puede cerrarse esta exposición, declarando que, la circunstancia 7.^a, opera tanto para evitar un mal propio como cuando, el sujeto activo, causa un mal para salvar a un tercero del peligro que él acecha -auxilio necesario-, pudiendo, el mentado auxilio necesario, referirse a la comunidad, como admite la doctrina moderna y se deduce del contenido del párrafo tercero de la regla 2.^a del artículo 20 del Código Penal, constituyendo adecuado colofón de este tema, la doctrina de las sentencias, de este Tribunal, de 21 y 23 de junio de 1962, las cuales exigen, para la aplicación de la eximente, que se produzca un conflicto urgente, real y efectivo, grave, actual o inminente, inaplazable, absoluto -por ser el único camino o medio de evitar las consecuencias lesivas del mal que se avecina- y total, esto es, que el bien en peligro, se encuentre en trance de destrucción y no de simples deterioro o erosión.

Integrado en el estado de necesidad, y como conflicto desigual de bienes, se halla el denominado, en sentido amplio (pues puede afectar a cualquier clase de infracción contra la propiedad), hurto necesario, miserable o famélico, 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 alimentación, vestido, habitación y asistencia médico-farmacéutica, y en lo que no se halla en conflicto, como sostenía la doctrina tomista, la vista o la propia supervivencia, con la propiedad de bienes ajenos, pero sí, por lo menos, entran en pugna, los sufrimientos que el hambre, la desnudez, la intemperie o la enfermedad desatendida, deparen al ser humano, con el respeto a la propiedad de los bienes ajenos, y aun quedando, afortunadamente, distintas y relativamente lejanos, los tiempos en que, para la operancia de esta circunstancia - como eximente o como atenuante- se exigía, por este Tribunal - v.g. sentencias de 20 de febrero de 1957 y 26 de enero de 1960 -, un previo y penoso peregrinar, en demanda de auxilio, por establecimientos públicos y privados de beneficencia, así como a que se probara que constituía, la penuria, un peligro inminente para la vida, hallándose, el necesitado, al borde de perecer por inanición - sentencias de 8 de junio de 1935 y 8 de junio de 1943 -, la jurisprudencia actual -por ejemplo, las sentencias de 18 de febrero, - 17 de abril y 9 de mayo de 1972 y 27 de diciembre de 1973 - exigen, 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 que se halle el sujeto activo del delito 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, profesionalidad y familiar, podía utilizar; que no se haya 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 de su familia, sin que se haya tomado más de lo estrictamente indispensable.

En el caso de autos, la narración histórica: de la sentencia de instancia, da noticia de que, el acusado "tiene problemas de inadaptación social y en el seno familiar, existiendo poca comprensión por parte de su padre, viviendo al margen de su familia", habiendo tratado de mejorar de conducta social, hallando graves dificultades al no

encontrar trabajo y por tanto medios lícitos de vida, pero como no se afirma que, a consecuencia de lo expuesto, se hallara en una grave situación de penuria de medios para subsistir, encontrándose, sino en peligro de perecer por inanición, sí al menos, en real y efectiva carencia de alimentos, vestidos, habitación o asistencia médico-farmacéutica, ni consta que, los dos delitos de robo con fractura los cometiera impulsado por ese estado presunto de de pauperación, ni que finalmente, aplicara lo sustraído a la satisfacción de esas vitales necesidades - antes bien puede inferirse lo contrario del hecho, que consta en el "factum" de la sentencia recurrida, conforme al cual, el impugnante, regaló, parte de los discos sustraídos, a un tercero- se ha de concluir estimando que, ante la ausencia del indispensable conflicto de bienes jurídicos, que constituye la esencia y médula de la exención estudiada, y ante la inconcurrencia de los demás indispensables requisitos de la misma, es procedente la desestimación conjunta de los dos motivos del recurso, fundados ambos en el n° 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el primero, en inaplicación de la circunstancia 7.^a del artículo 8 del Código Penal, y el segundo, en inaplicación de la circunstancia 1.º del artículo 8 ante citado.

3. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Marzo de 1991

El día 19 de mayo de 1982 la procesada Emilia, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, acudió diciendo ser sargento de la Policía Nacional a la tienda de cuadros sita en la C/ DIRECCION000 n° NUM000 propiedad de D. Humberto en la que adquirió mercancía por valor de 19.600 pts. para cuyo pago extendió y entregó un talón para dicho importe contra la cuenta corriente n° NUM001 de Banco Trans cuyo titular en la Sociedad Melita Ibérica y que previamente habría encontrado la procesada, en cuyo poder fueron recuperados los cuadros adquiridos. El día 27 de mayo de 1982, Emilia acudió a la tienda de calzados "DIRECCION001" sita en la calle DIRECCION002 n° NUM002 propiedad de D. Rafael, en la que adquirió diversos pares de zapatos de señora y niño por importe de 9.070 pts. para cuyo pago, tras exhibir el Documento Nacional de Identidad número NUM003 a nombre de D^a Victoria que previamente había encontrado, extendió un talón por dicha suma contra la

cuenta corriente n° NUM004 del Banco Occidental Oficina principal de Móstoles, que días antes había abierto con el nombre de Elvira y que por falta de fondos no fue abonado. En poder de la procesada se recuperó un par de zapatos valorado en 2.800 pts. La procesada madre de cinco hijos de corta edad carecía de trabajo y medios de vida y había sido abandonada por su marido.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a la procesada Emilia como responsable en concepto de autora de un delito continuado de falsedad, y de una falta de estafa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de un año y dos meses de prisión menor con sus accesorias.

La esencia del estado de necesidad, tanto en su versión completa como incompleta, radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que infligiendo un mal al bien jurídico ajeno, de modo que si el mal causado es menor que el que se trata de evitar (ataque a la propiedad de otro para conservar la vida, integridad física o salud propios como mas típico) estaremos ante una causa de justificación y si hay paridad entre ambos bienes jurídicos tutelados estaremos ante una causa de inculpabilidad, conforme a la teoría diferenciadora del estado de necesidad, predominante en Doctrina. Supuesta aquella situación de necesidad como elemento esencial, el mal que amenaza ha de ser, conforme a la Doctrina jurisprudencial inspirada, como es lógico, en el texto legal: actual o inminente en paralelismo claro con la legítima defensa, también inserta en la genérica necesidad; grave, pues si en la disposición legal se permite que el mal que se inflige pueda ser igual al que amaga, es lógico que el primero sea grave; y en fin, que sea injusto o ilegítimo, como se desprende de los requisitos segundo y tercero que recortan la eximente. Así mismo, respecto del acto necesitado, además de ser inevitable, conforme a la misma esencia de la eximente, según ya se ha dicho, ha de ser proporcionado, proporción que llega a alcanzar la paridad de males como también se ha dicho.

Pero la importancia de este requisito, está en que su ausencia pueda dar lugar al exceso que puede transformar la eximente en incompleta y que se dará cuando se causa

un mal más grave del indispensable para la custodia del propio bien. Finalmente, junto a los anteriores requisitos de corte objetivo, se da un elemento subjetivo o animus conservationis, inserto en la locución legal referida al que "obra impulsado por un estado necesidad", de modo que si se enturbia dicho ánimo por otros móviles puede dar lugar a eliminar la eximente o, en el mejor de los casos, a degradarla al estado de imperfecta. Dentro del esquema legal citado, hay que encuadrar el llamado hurto famélico o miserable (en cuyo nomen pueden quedar evidentemente incluidos otros ataques patrimoniales como las defraudaciones), que para que se de como eximente completa o incompleta es menester que sea inevitable, entendiendo esta exigencia, esencia de la eximente, con una cierta flexibilidad, pues el recurso subsidiario de acudir a la beneficencia pública o privada no siempre será factible por la urgencia del caso, lugar en que ocurra la necesidad, crisis económica que dificulta tal recurso, etc. Esto sentado (Vid SS.9 diciembre 1985 y 13 de noviembre 1989), la falta de alguno de los requisitos exigidos, en particular el exceso del mal causado con relación a la necesidad sentida, dará paso a la eximente incompleta e incluso a la atenuante analógica (Vid.SS.5 de marzo y 8 de abril 1988). En el caso de autos hay que aceptar la concurrencia del núcleo esencial de la eximente o situación de necesidad en cuanto la propia sentencia recurrida dice en su fundamento jurídico 3º "que la procesada carecía de medios económicos que le permitirían atender a las necesidades de sí y de sus hijos, de modo que el bien jurídico ajeno es sacrificado en aras de aquella necesidad obteniendo objetos de uso primario -calzado- y otros que transformaría en dinero". Ahora bien, la reiteración de la conducta delictiva en el espacio de pocos días y la obtención de bienes ajenos en cuantía muy próxima a las treinta mil pesetas, parece indicar que no se ha "tomado lo estrictamente indispensable" según palabras de la jurisprudencia citada y en este exceso del mal causado radica la estimación de la eximente incompleta apreciada por la Sala de instancia. El motivo, por tanto, debe ser desestimado.

4. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 1991

El acusado, tras saltar un muro y romper el cristal de una ventana, tasado en ochocientas pesetas, penetró en una fábrica de lejía sita en los DIRECCION000 (Siero), propiedad de Narciso, apoderándose en su beneficio en el interior de la misma de cien

docenas de paños de cocina que fueron valorados en cien mil pesetas.- Posteriormente su esposa, la también procesada Lidia, de veintiséis años de edad, conociendo la ilícita procedencia de los mencionados paños, se dedicó a venderlos por diversos domicilios de Oviedo siendo sorprendida en esta actividad por la Policía el día veinticinco de enero de mil novecientos ochenta y cinco, ocupándosele en tal momento once paños y, tras un registro efectuado en su domicilio se le ocuparon diversos paquetes con un total de trescientos cuarenta y cinco paños más que, juntamente con los once anteriores, fueron entregados en depósito a su propietario Narciso .

En la ocasión de autos el procesado, teniendo a su cargo a su mujer y cinco hijos del matrimonio, de edades comprendidas entre los once y un años de edad, se encontraba sin trabajo y sin otros ingresos que la venta de alguna chatarra, esporádicamente, siendo además ingresado en prisión a los pocos días de cometer el hecho, teniendo su esposa, la también procesada Lidia, que proceder a la venta de los paños de cocina sustraídos para atender a su subsistencia y a la de sus cinco hijos menores.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a los procesados Alejandro y Lidia como criminalmente responsables en concepto de autores: el primero de un delito ya definido de robo con fuerza en las cosas en cuantía superior a treinta mil pesetas, y la segunda de un delito, igualmente definido de receptación, con la concurrencia en ambos de la circunstancia eximente incompleta de estado de necesidad.

La exención de responsabilidad penal en los casos de estado de necesidad existe cuando se realiza un delito para evitar un mal propio o ajeno que amenaza de modo grave e inminente, porque no hay otro medio lícito o menos perjudicial para eludirlo, siempre que concurren los tres requisitos que enumera el referido nº 7º del art. 8, esto es, que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar, que no exista obligación de sacrificarse por razón de oficio o cargo, y que no hubiera habido provocación intencionada de tal situación por parte del propio sujeto.

Del mismo concepto de estado de necesidad se deduce que ha de existir un conflicto entre diversos males, planteado de tal modo que sea inevitable acudir a la

comisión del delito para librarse del peligro que amenaza, porque no haya en el caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias específicas que lo rodean, otro remedio para impedir la realización de ese mal inminente y grave.

En esto radica la llamada nota de subsidiariedad que caracteriza esta causa de exención de la responsabilidad penal (sentencias de esta Sala de 30 de octubre, 13 de noviembre, 27 de noviembre, todas de 1.989, y 6 de noviembre de 1.990), que no puede aplicarse cuando haya otro procedimiento inocuo o menos lesivo que la realización del hecho delictivo con el cual se pudiera impedir el mal que amenaza, nota que en los casos de sustracción de objetos de valor para satisfacer con su importe las necesidades elementales de subsistencia de una familia (una modalidad del tradicional hurto famélico), que es el caso de autos, se concreta en la exigencia de que no hubiera existido posibilidad de atender a tales necesidades acudiendo a alguna de las múltiples instituciones públicas o privadas que indudablemente existirían en el lugar de los hechos (Oviedo) como las hay hoy día extendidas por todo el territorio nacional.

Ello impide aplicar al supuesto ahora examinado la exigente completa de estado de necesidad.

Adviértase, además, que en estos supuestos si se aplicara la pretendida exención plena, dado el carácter más o menos continuado en el tiempo de la necesidad a que se quiere atender, se estaría consagrando una impunidad de carácter permanente, incompatible con la propia finalidad preventiva que al Derecho Penal corresponde como medio para disuadir al ciudadano respecto de la realización de aquellos hechos que por su gravedad el legislador incluye entre los que han de ser castigados como punibles.

Por todo ello ha de ser rechazado este motivo primero y único del presente recurso.

5. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de Julio de 2009.

El día 14 de septiembre de 2006 antes de las 22:18 horas el acusado, Isidro, mayor de edad, con ánimo de ilícito enriquecimiento a costa de lo ajeno, tras romper la reja de una de las ventanas, accedió a la casa sita en la DIRECCION000 n° NUM000 de

Alcira, propiedad de Bernarda, y sacó del frigorífico que había en la vivienda diversos alimentos que, con la intención de hacerlos suyos, dejó junto a la ventana. El acusado no logró su propósito ya que, cuando se disponía a apoderarse de los objetos antes reseñados, la propietaria de la casa entró en ella. La titular de la vivienda, que no llegó a ver al acusado, reclama por los daños causados en la reja de la vivienda, que fueron tasados pericialmente en la suma de 248,70 euros.

La sentencia recurrida de fecha 21 de mayo de 2009, condenaba a "Isidro, como autor penalmente responsable de un delito de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa, previsto y penado en los arts. 237, 238.2, 241, 16 y 62 del C.P., con la concurrencia de la circunstancia agravante del art. 22.8 del C.P., a la pena de una año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, con imposición del pago de las costas procesales causadas.

Frente a la sentencia dictada en este procedimiento por la Sra. Magistrada Juez de lo Penal nº 15 de Valencia con sede en Alzira, en la que condena a Isidro, como responsable en concepto de autor de un delito de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa y con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, se interpone recurso de apelación, en representación de Isidro, argumentando que se ha producido un doble motivo que justificaría la revocación, como es la infracción de la presunción de inocencia y subsidiariamente la concurrencia de un calificado robo famélico o necesario, que con carácter subsidiario permitiría rebajar la pena en dos grados.

El primero de los argumentos del recurso, que se sustenta en la insuficiencia del informe dactiloscópico para desvirtuar la presunción de inocencia de la que goza el recurrente, quien decidió no comparecer al acto del juicio oral por su exclusiva voluntad, se sustenta en la falta de contradicción del informe pericial, de lo que deriva la dirección letrada del recurrente una deficiente actividad probatoria incapaz por sí misma de producir el efecto de convicción que la juzgadora de instancia pone en la sentencia recurrida.

No puede desconocerse que el propio acusado en fase de instrucción reconoció sustancialmente los hechos y que decidió no comparecer al acto del juicio para el que

estaba correctamente citado, lo cual no puede significar que aquél reconocimiento sea inválido, sino sencillamente que no ha encontrado justificación alguna para comparecer al juicio, pudiendo la juzgadora de instancia, como ha hecho, evaluar en conjunto y en conciencia las pruebas practicadas, entre las que sin duda se encuentra la declaración sumarial del imputado, así como la validez del informe dactiloscópico, que le atribuye sin ningún género de dudas la autoría de la huella en el vaso aparecido en la cocina de la víctima.

No puede denunciarse la indebida valoración de la prueba pericial unida a las actuaciones por razones de orden procesal y material: las primeras, en tanto que no ha sido impugnado el referido informe y se extendió la juzgadora de instancia en justificar el valor que se le quería otorgar a aquél, habiéndose cumplido con la contradicción exigida en el acto del juicio de manera simbólica, en tanto que, como actividad inicial primigenia, adquiere el valor de prueba plena cuando el afectado ha tenido la posibilidad de contraste o contradicción, si bien no ha tenido a bien ni examinar, ni analizar, ni contradecir su contenido, siempre que se haya emitido de acuerdo con las previsiones del art. 478 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es, por tanto, prueba plenamente válida, que completa el reconocimiento de hechos efectuado por el propio acusado. Al objeto de evitar cualquier reiteración debe asumirse en su totalidad el contenido del párrafo tercero del fundamento jurídico primero de la sentencia combatida, en la que expone el valor probatorio y un informe de tal clase, así como la transcripción que el Ministerio Público realiza del resumen jurisprudencial y doctrinal, sobre la base de la interpretación efectuada en la sentencia del Tribunal Supremo del 23 de febrero de 1989.

En punto a la subsidiaria pretensión de considerar que el hecho pudiera encuadrarse en el mal llamado "robo famélico o necesario", aun admitiendo su posibilidad con carácter excepcional, de ningún modo puede admitirse ni que fuera necesario el apalancamiento y fuerza sobre el acceso de la vivienda para conseguir alimentos imprescindibles, ni desde luego que lo que intentaba sustraer y tenía preparado para llevarse supere con creces las necesidades inmediatas de la persona que realiza la acción típica, todo lo cual está impidiendo igualmente la estimación del

motivo del recurso, aunque se haya planteado con carácter subsidiario. La Sala decide desestimar el recurso formulado.

6. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 10 de Noviembre de 2010

La acusada, Teresa, mayor de edad, en compañía de una persona que no ha podido ser identificada, puestos previamente de acuerdo y con el fin de obtener un lucro ilícito, accedieron a las dependencias de la Iglesia de nuestra Señora de Fátima, sita en la C/ DIRECCION000, no NUM000, de Cáceres, concretamente a un almacén anexo a la Iglesia que la entidad "Cáritas" posee en dicho lugar; el modo de acceso a dicho inmueble fue mediante escala hasta un tejado adyacente y desde aquí hasta un patio de luz interno para, una vez en su interior, por medio de una ventana, acceder a las dependencias. Una vez en su interior y guiados de ese mismo ánimo ilícito franquearon varias puertas que se encontraban cerradas y sustrajeron los siguientes efectos: Ocho cartones de leche entera (Marca Central Lechera Asturiana); Un paquete de cereales; Cuatro cartones de natillas; Una caja de cerillas; Trece paquetes de dos magdalenas cada uno; Once sobres de Nescafé; Veintiún sobres de azúcar de 10 gramos y Cuatro botes de leche de continuación, de 900 gramos, cada uno. II Todos estos efectos han sido recuperados por la Policía Nacional actuante y han sido entregados a su legítimo propietario. Fruto de los anteriores hechos se produjeron daños leves en el inmueble, si bien su propietario ha renunciado a la posible indemnización que pudiera corresponderle por los mismos. En el momento de ser sorprendida por la fuerza actuante, la acusada se encontraba fuera de las dependencias de "Cáritas" y en posesión de los anteriores efectos, de tal modo que cuando advierte la presencia policial, trata rápidamente de esconderse en un rincón oscuro junto a la puerta de la Iglesia. Fallo: debo condenar y condeno a la acusada Teresa como autor responsable en los términos del art. 28 del Código Penal, de un delito de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa, ya definido, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8 del mismo cuerpo legal, a la pena de nueve meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. No se hace

pronunciamiento en materia de responsabilidad civil. De conformidad con lo dispuesto en el art. 123 del Código Penal, se imponen las costas del procedimiento la acusada.

Aunque los hechos que nos ocupan están muy próximos a la flagrancia delictiva (de hecho la intervención policial frustró la consumación del delito), en realidad no hay una prueba directa de la sustracción por parte de la denunciada de los diversos alimentos que se detallan en la sentencia, ya que nadie vio cómo se perpetraba materialmente la sustracción (la intervención policial tuvo lugar por activarse la alarma del templo). No obstante esa ausencia de prueba directa, la condena de la apelante se ha basado en prueba indiciaria, sobre cuya validez y su aptitud para desvirtuar la presunción de inocencia se ha pronunciado reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional (sentencias nº 174 y 175 de 1.985, doctrina reiterada en las posteriores SS. 228/88, 107/89, 384/93, 206/94, 24/97, etc.) como también el Tribunal Supremo (SS 7/10/86, 10/1/92, 31/5/94,...). Los requisitos exigidos, sobradamente conocidos, son la plena acreditación de una serie de hechos (indicios) que han de ser plurales, si bien excepcionalmente se admite uno solo muy cualificado, y entre ellos y el elemento del tipo que se pretende acreditar ha de existir un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Por tanto, analizaremos la rectitud con la que el juzgador de instancia ha aplicado esta modalidad probatoria.

Los hechos acreditados o indicios en los que se basa la sentencia de instancia son los siguientes:

a) El hallazgo por parte de la Policía, junto a la entonces detenida, de los alimentos que se habían sustraído del almacén de Cáritas.

b) Tal hallazgo es inmediato a la sustracción, pues tiene lugar cuando la Policía llega al lugar tras haber recibido el aviso de que la alarma se había activado.

c) La reacción que entonces tuvo la apelante al ver llegar a la Policía fue la de huir y tratar de esconderse.

Si tenemos en cuenta que tales indicios son plenamente compatibles con lo que en la sentencia se declara probado y que la acusada no ha ofrecido una explicación razonable de los mismos, limitándose a decir que no sabe nada de los hechos y que ella

estaba durmiendo cuando llegó la Policía (algo que desmienten los agentes), no podemos sino concluir que los razonamientos que el juzgador de instancia plasma en su sentencia no pueden calificarse de ilógicos, arbitrarios o contrarios a los principios de la experiencia y, por tanto, que las reglas de la prueba indiciaria han sido aplicadas con total rectitud, debiendo mantenerse el relato de hechos probados que condujo a la condena de la apelante.

La cuestión relativa a la exención de responsabilidad que se plantea de forma subsidiaria (la aplicación de la "eximente de robo famélico") es novedosa de la apelación, no habiendo sido propuesta por la defensa en sus conclusiones, y se argumenta exclusivamente sobre la naturaleza de los bienes objeto del delito, ya que se trataba de leche, cereales, natillas, cerillas, magdalenas, café soluble, azúcar o leche infantil de continuación. Partiendo de la afirmación de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad han de estar tan acreditadas como el hecho típico de que dependen, afirmación que es reiterada jurisprudencia (SS.T.S. 15/9/98, 17/9/98, 19/12/98, 29/11/99, 23/4./2001, 2/2/2002, 21/1/2002, 2/7/2002, 4/11/2002 ó 20/5/2003, añadiendo estas últimas que no es aplicable respecto de las circunstancias modificativas el principio "in dubio pro reo") no cabe sino constatar la insuficiencia, a tales efectos, de la prueba practicada a instancias de la acusada, pues únicamente se sustenta la pretendida situación de necesidad de la apelante en sus propias palabras, lo cual resulta ciertamente insuficiente, a lo que cabría añadir que la jurisprudencia no es proclive a aplicar el estado de necesidad a los delitos de robo y sí únicamente a hurtos que se cometen sin fuerza en las cosas ni violencia o intimidación en las personas. En todo caso se trataba de alimentos pertenecientes a Cáritas y a la apelante le hubiera bastado, en caso de ser cierta su situación de necesidad, con acudir a dicha organización para haber sido atendida (quizás con los mismos productos que sustrajo) sin necesidad de cometer delito alguno. La Sala desestima el recurso de apelación interpuesto.

XII. DIFERENCIA DEL HURTO CON EL ROBO

Se recoge en la sentencia del TS, de fecha 15/02/2000: Del análisis en conciencia de la prueba practicada pueden declararse como tales y así se declaran los

siguientes: El acusado Miguel Ángel, mayor de edad, sobre las 16'30 horas del día 31 de diciembre de 1.996, abordó a Mercedes cuando esta salía del centro comercial de "La Rosaleda" de Málaga y al parecer, cortando las asas, se apoderó del bolso que portaba y contenía 30.000 pesetas, documentación y tarjetas, siendo recuperado todo menos el dinero en metálico". (sic).

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos: Que debemos condenar y condenamos al acusado Miguel Ángel, como autor criminalmente responsable de un delito ya definido de robo.

Estima quién recurre que en los hechos ejecutados por su patrocinado no concurre la violencia "in persone" que exige el tipo descrito en el precepto sustantivo primeramente citado.

El Motivo debe acogerse. El propio relato de hechos -cuya referencia resulta inexcusable dada la vía casacional elegida- propicia en sí mismo dicha determinación estimatoria, pues la Sala "a quo" utiliza una expresión: "al parecer", que, además de resultar inadecuada por su imprecisión para ser incluida en un "factum" es descriptiva del modo de producirse el suceso y, unida a la frase que la subsigue: "cortando las asas", descarta la posibilidad de apreciar violencia como cualificadora de la acción depredatoria, conformando, por el contrario, un actuar subrepticio propio del Hurto.

En el presente supuesto ni siquiera se dice como el acusado se aproximó a la víctima, sino simplemente que la "abordó" sin otro aditamento narrativo que permita afirmar la existencia de contacto físico entre ambos, propiciante, aunque fuese en grado mínimo, de golpes o acciones violentas para arrancar o arrebatar el bolso que aquélla portaba ni la concurrencia de palabras o actitudes amenazantes o intimidatorias que impulsaran a la señora a desprenderse de dicho objeto. Tampoco las circunstancias del lugar en el que los hechos se producen -proximidades de un centro comercial y a horas no intempestivas: 16'30 del último día del año en las que, lógicamente, habría un gran número de personas en dicho entorno- permiten deducir una situación de soledad o aislamiento, idóneas para la acción brusca, violenta o intimidatoria.

Descartada así, en razón del "modus operandi", la presencia del elemento cuestionado, tanto en su modalidad de "vis física" como de "vis compulsiva" y siendo la cuantía de lo sustraído inferior a 50.000 pesetas, los hechos deben ser calificados como una Falta de Hurto del art. 623-1º del C. Penal, lo que conlleva una consecuente corrección penológica a cuya virtud se impondrá al condenado la pena de Arresto de 6 fines de semana dados los términos del art. 638 del referido Texto Legal y a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso.

Sentencia del TS de fecha 27/05/2000. Hacia las 9'15 horas del día 10 de Marzo de 1.998, el acusado se encontraba en la frutería propiedad de Gonzalo, sita en la DIRECCION000, NUM000, se acercó a un cliente de la frutería y, sin que ésta se diera cuenta, introdujo su mano en el bolsillo del abrigo de la señora para quitarle el monedero, sin embargo Gonzalo la estaba observando, por lo que se dirigió a Luis Pablo para impedir su propósito, Luis Pablo y Gonzalo empezaron a discutir y en el curso de la discusión el acusado golpeó a Gonzalo en el pecho, clavándole una navajita de 5 cms. de hoja que produjo una herida incisa en hemitórax izquierdo que curó en 21 días durante los que Gonzalo estuvo impedido y precisó tratamiento médico-quirúrgico, quedando como secuela una cicatriz de 2 cms. en el hemitórax izquierdo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Le condenamos como responsable en concepto de autor material, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, de los siguientes delitos (entre otros):

3º) De un delito de robo con violencia y uso de armas en grado de tentativa a 1 año y 9 meses de prisión e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo.

4º) De un delito de lesiones, con uso de armas, a 2 años de prisión e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, y a que indemnice a Gonzalo en 210.000 pesetas por día de incapacidad y 50.000 pts. por secuelas.

Tan solo un motivo se formula en este recurso, amparándose en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que denuncia vulneración en el caso del artículo

24.2 de la Constitución en cuanto consagra el derecho a la presunción de inocencia. Entiende el recurrente que no ha contado con suficiente prueba de cargo para condenarle el tribunal de instancia... la señora a la que pretendió arrebatar del bolsillo el monedero no empleó para ello violencia, siendo a lo sumo el caso un hurto y que si luego empleó una pequeña navajita fue para defenderse y respecto a los hechos realizados en una panadería afirma que en ningún momento utilizó una navaja, que, por otra parte no puede considerarse como un arma.

Si puede acogerse que el hecho de meter la mano en el bolsillo de una persona con el propósito de quitarle el monedero no constituía un delito de robo sino tan solo de hurto, que quedó en grado de tentativa, puesto que en el intento no se utilizó violencia ni intimidación que convirtiera el hecho en robo del artículo 242 del Código Penal, ni puede tampoco interpretarse que el uso posterior por el recurrente de un arma con la que atacó a una persona que le impidió continuar el hurto pudiera determinar la conversión del mismo en un robo mediante la aplicación de la agravación del número 2 del artículo 242 del Código Penal porque el uso de armas para atacar a quienes acudieren en auxilio de la víctima a que se refiere ese texto legal solo es aplicable cuando el hecho realizado ya constituyere un delito de robo, que se define en el número 1 del mismo artículo, pero no cuando la víctima lo fuera de otro delito, como es el caso del hurto, que, además en el presente caso, comoquiera que no consta la cantidad de dinero que la persona llevaba en el bolsillo cuando el acusado se lo intentó coger "al descuido", no puede presumirse en su contra que era superior a cincuenta mil pesetas y tendrá su correcto encaje en el número 1 del artículo 623 del Código Penal constituyendo así una falta intentada de hurto.

No hay en cambio constancia de que el uso de la navaja para lesionar, fuera para defenderse, y no puede entenderse que no constituya un arma una navaja con hoja de cinco centímetros, teniendo en cuenta una prolongada jurisprudencia de esta Sala que ha aplicado tal calificación a toda clase de objetos con capacidad de punzar o pinchar como son cuchillos, puñales, machetes, navajas, destornilladores y tenedores y que con respecto al delito de lesiones, que es el aquí el tipo delictivo aplicable, como dice el actual artículo 148 del Código Penal, sean concretamente peligrosos para la vida o la salud física de la persona lesionada, como ha sido el efecto sin duda en este caso, al

determinar la penetración de la navaja en el hemitórax del lesionado, una herida que requirió de veintiún días de tratamiento médico-quirúrgico y dejó secuela con todo lo anterior es procedente la estimación parcial del recurso en el aspecto referente a la calificación jurídica de la conducta consistente en intentar apoderarse del monedero de una persona que estaba en un bolso de su vestimenta, mientras que ha de ser desestimado en todo lo demás.

Para comprender el delito de hurto en el código penal, la clave fundamental radica en el propio análisis etimológico y comparación de ambos términos, hurto y robo.

La palabra hurto tiene su origen en el término en latín *hurtum* y, de acuerdo con este principio, el propio Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (RAE) lo define en su acepción jurídica como “el delito consistente en tomar con ánimo de lucro cosas muebles ajenas contra la voluntad de su dueño, sin que concurran las circunstancias que caracterizan el delito de robo”.

En contraposición, la misma RAE define jurídicamente el robo como “el delito que se comete apoderándose con ánimo de lucro de una cosa mueble ajena, empleándose violencia o intimidación sobre las personas, o fuerza en las cosas”.

Así, la principal distinción entre el delito de hurto en el Código Penal y el delito de robo radica en el uso y empleo, o no, de la intimidación o la violencia contra las personas, o la fuerza sobre las cosas.

Esta explicación lingüística de los términos robo y hurto nos ayudan a comprender la regulación del delito de hurto en el Código Penal español el cual también establece una distinción entre ambos conceptos, aunque con un pequeño gran matiz.

Son muchos los puntos en común, hurto y robo coinciden en muchos aspectos y en la práctica también se diferencian en varios:

En el hurto y en el robo el bien jurídico protegido es el de propiedad.

1. En el hurto y en el robo el sujeto activo es indiferenciado; cualquiera, en principio puede cometer un robo o un hurto.

2. En el hurto y en el robo el sujeto pasivo es, el titular del bien de la cosa mueble sobre la cual recae la acción. Por tanto también en el sujeto pasivo es coincidente, no hay ninguna diferencia.

3. En el hurto y en el robo el objeto material es el mismo, “una cosa mueble ajena dotada de valor económico”.

4. En el hurto y en el robo es necesario que concurra un elemento subjetivo del injusto que es el ánimo de lucro.

5. En el hurto y en el robo el núcleo de la acción es la misma; lo que se castiga es el apoderamiento de una cosa mueble ajena.

6. En el hurto y en el robo es esencial que el apoderamiento se produzca sin el consentimiento del titular de la cosa.

En realidad, la diferencia entre el hurto y en el robo se encuentra en la propia acción ejecutiva (no en la núcleo de la acción porque en ambos es el apoderamiento de la cosa mueble ajena), es decir, en la forma en que esa acción se ejecuta.

En el robo la acción de apoderamiento ha de realizarse mediante violencia, intimidación o fuerza en las cosas.

En el delito de hurto no ha de haber ninguna de esas formas ejecutivas; ni ha de haber violencia, ni ha de haber intimidación, ni ha de haber esa fuerza en las cosas (porque siempre que se den estaremos ante un delito de robo).

Como se apuntaba anteriormente, el bien jurídico protegido es el mismo en ambos delitos, es el derecho de propiedad, de la propiedad de una persona sobre determinada cosa mueble. Es la propiedad por una razón elemental, porque el consentimiento del titular determina la atipicidad de la conducta de apoderamiento. Cuando el titular renuncia a ese derecho, la conducta de apoderamiento resulta completamente atípica, no hay ahí un derecho lesionado.

Como el bien jurídico protegido es el derecho de propiedad, esto determina que el titular de la cosa mueble no puede cometer este delito pero puede cometer otro; el

propietario que sustrae una cosa propia, que esta legítimamente en manos de un tercero, puede cometer un hecho delictivo (que no será un delito de hurto porque si eres el titular de la propiedad sobre esa cosa, lo que hace es incorporar la cosa a su patrimonio y por ello su derecho de propiedad no se ve perjudicado), podría haber un delito del artículo 236 del Código Penal donde se castiga al que:

Artículo 236.

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.

Pero en este tipo penal (236 CP) no es la propiedad lo que está en juego sino que es otro tipo de derecho el que resulta perjudicado, el que resulta lesionado, en este caso la legitima posesión, y por eso, en este delito el titular del bien jurídico y sujeto pasivo no es el propietario de la cosa mueble sino la persona que la posee legítimamente. Por tanto, en los supuestos en que tal cosa suceda, viene de aplicación el artículo

236 CP, pero también puede venir en aplicación otro precepto que es el 455 del Código Penal:

Artículo 455.

1. El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

2. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos.

En este precepto también puede tener cabida una conducta de este signo cuando una persona para realizar un derecho propio, actúa fuera de las vías legales mediante violencia, mediante intimidación o fuerza en las cosas ejercitando un derecho ya que se puede dar el caso que el propietario de una cosa, queriendo recuperarla empleara violencia e intimidación y entonces se estaría dentro del ámbito de aplicación del

artículo 455 CP. Si falta el empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas, puede incurrir en el delito del artículo 236 CP, anteriormente citado.

En cualquier caso el propietario de la cosa no puede cometer ni hurto ni robo.

Hay que tener en cuenta cuando se habla de los sujetos y del bien jurídico protegido que no siempre se distingue con suficiente precisión entre sujeto pasivo y sujeto de la acción. No es infrecuente que los bienes de una persona estén en manos de otra, por ejemplo porque sea su administrador o porque sea la persona encargada de llevarla de un lugar a otro. Por lo tanto, una cosa es el sujeto pasivo, que es el titular del bien jurídico protegido (y si el bien jurídico protegido es la propiedad, el sujeto pasivo será el titular de esos bienes sustraídos, el titular del derecho de propiedad) y otra cosa es que aquellas personas a las cuales se les efectúa la sustracción, porque son las que transportan el dinero o las que lo tienen en depósito o en administración, serán sujetos de la acción, y puede haber otra persona que no sea ni la una ni la otra que resulte perjudicada (pero el perjudicado y sujeto pasivo de la acción no son sujetos coincidentes). Es frecuente, que a su vez, el sujeto pasivo sea el perjudicado y frecuentemente que sea el sujeto de la acción. En síntesis, bien jurídico es el mismo en robo y hurto, sujetos activo y pasivo exactamente igual y respecto de la conducta central exactamente igual; en delito de hurto se habla de sustraer una cosa mueble ajena y en el delito de robo se habla de apoderarse de una cosa mueble ajena pero sustraer o apoderarse son términos equivalentes, lo característico es que tanto en el hurto como en el robo alguien se apodera de una cosa mueble ajena con el propósito de incorporarlo al propio patrimonio. Hay una cuestión que merece ser tratada y la relativa a cuando esa acción de apoderamiento se entiende consumada. La doctrina y la jurisprudencia a la hora de determinar cuándo ha de entenderse consumado el delito de hurto o el delito de robo y se entiende que la consumación se produce en el momento en el cual la persona que ha ejecutado esa acción de apoderamiento, ha podido disponer, ha tenido alguna disponibilidad sobre la cosa mueble en cuestión, de manera que mientras no haya tenido oportunidad de disponer de la cosa mueble como si fuera suya el delito no está del todo consumado, hay de momento sólo una tentativa de hurto o en su caso de robo.

La acción de apoderamiento ha de recaer sobre una cosa mueble ajena y ante esto hay que determinar:

Qué es cosa mueble en derecho penal.

Qué es ajena.

Cosa mueble en Derecho Penal no es algo sustancialmente distinto de cosa mueble en Derecho Civil pero si presenta algún rasgo diferenciador; el artículo 335 del Código Civil define “cosa mueble” en el ámbito civil:

Artículo 335 CC.

Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos.

En los delitos de robo y hurto se consideran cosas muebles toda aquella cosa que puede ser tomada y trasladada de un lugar a otro aun cuando forme parte de un inmueble. Esta cosa mueble tiene que ser ajena, la ajenidad significa que no es una cosa de aquel que se apodera de misma y que tiene un titular que puede ser perfectamente desconocido (incluso tan desconocido que él mismo puede ignorar que tiene una cosa que le ha sido sustraída). Lo importante es que la cosa sea ajena, es decir, que no pertenezca a aquel que la toma para sí, siempre que tenga un titular desconocido, determinado, determinable (si la cosa esta abandonada no tiene titular (no pertenece a nadie) y si el titular la ha perdido en ese caso sigue habiendo titular).

El otro elemento esencial para que pueda haber robo o hurto y también es un elemento compartido en estas dos figuras penales es la del ánimo de lucro: es un elemento subjetivo del injusto que ha de concurrir imperativamente porque si no hay ánimo de lucro no hay robo o hurto. El ánimo de lucro puede decirse que se da cuando una persona al tomar una cosa mueble ajena lo hace para incorporarla a su patrimonio y para decidir sobre esa cosa, para disponer de esa cosa como si fuera suya, por tanto en un acto de incorporación al propio patrimonio, es hacer suya esa cosa, a partir de ese

momento se puede hablar de ánimo de lucro. Por tanto, diríamos que el ánimo de lucro se da cuando alguien de forma definitiva pretende incorporar a su patrimonio una cosa.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando alguien decide apoderarse de una cosa ajena pero no para incorporarla con carácter definitivo a su patrimonio sino para usarla? El apoderamiento de un derecho de propio uso no constituye robo ni hurto pero puede constituir un delito específico en referencia a determinados artefactos como son los vehículos a motor y los ciclomotores. De manera así como el hurto de uso de un ordenador, o de un libro o de un bolígrafo no son punibles, el hurto de uso de un vehículo a motor o de un ciclomotor sí que es delictivo y ahí se castiga no el apoderamiento, porque justamente en esos delitos no hay ánimo de lucro, no hay deseo de incorporarlo al propio patrimonio, sino que se trata de utilizarlo durante un tiempo y es por ello que esa utilización de vehículos a motor y de ciclomotores se castiga expresamente. Se plantea una dificultad añadida porque como en el robo y en hurto está integrado un elemento subjetivo, que además debe ser imperativo, no basta con acreditar que una persona ha tomado una cosa mueble ajena sino que ha de demostrarse que la mueble cosa ajena se tomó con ánimo de lucro, es decir, ese elemento subjetivo ha de probarse exactamente igual que la acción física de apoderamiento de la cosa en cuestión y ello puede plantear una dificultad añadida, lo que pasa que puede deducirse racionalmente a la vista del comportamiento que el sujeto ha tenido.

El otro elemento que también es común al robo y al hurto es la falta del consentimiento del dueño, y la falta de consentimiento se cita expresamente en el artículo 234 del Código Penal:

Artículo 234.

El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto.

Artículo 237.

Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas.

Sin embargo, aunque no haga referencia a la ausencia del consentimiento, se entiende que tanto en el robo como en el hurto ha de existir una falta de consentimiento del dueño. Y no se menciona expresamente en el artículo 237 del Código Penal el consentimiento porque se considera inútil, sería una redundancia porque si el robo requiere violencia e intimidación o fuerza en las cosas, es obvio que se está actuando sin el consentimiento del dueño. De aquí deducimos que cuando existe consentimiento, convierte el hecho en atípico, lo que significa que el legislador considera el derecho de propiedad un derecho sobre el que titular tiene plena y absoluta disponibilidad (cosa que no sucedía así por ejemplo en el derecho a la vida o respecto de la propia integridad o salud donde las lesiones consentidas eran punibles aunque atenuadas, también en los delitos de agresiones sexuales respecto de menores y de determinadas personas, es decir, hay bienes para los que el Derecho no les concede plena disponibilidad y otros sobre los que sí y en este caso que estamos analizando con respecto al patrimonio, a ese derecho de propiedad sí). Hay una excepción que se encuentra en el artículo 289 del Código Penal:

Artículo 289.

El que por cualquier medio destruyera, inutilizara o dañara una cosa propia de utilidad social o cultural, o de cualquier modo la sustrajera al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

En este artículo, se refleja el hecho de que sobre determinados bienes, el consentimiento no evita la tipicidad de la conducta por el valor social o cultural o histórico que se le atribuye a determinados bienes que hace que su titular no tenga una total y absoluta disponibilidad porque no puede destruirlos.

El artículo 74 del Código Penal donde se regula el delito continuado.

Artículo 74.

1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o

preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo.

En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

XIII. HOMOGENEIDAD CON OTROS DELITOS **PATRIMONIALES**

En materia de homogeneidad o heterogeneidad de delitos no pueden darse criterios apriorísticos o generalizables. Se trata de una cuestión donde las circunstancias del caso concreto condicionan la solución. El criterio básico orientador será dilucidar si en el caso concreto la variación del *titulus condemnationis* supone causación de indefensión, es decir, implica haber privado a las partes de alguna posibilidad de defensa. Cuando en el supuesto concreto se puede afirmar con rotundidad que no existe disminución alguna ni del derecho a ser informado de la acusación ni de las posibilidades de haberse defendido, habrá que afirmar la legitimidad de esa modificación, lejos de fórmulas apriorísticas.

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que la acusación ha de ser precisa respecto al hecho delictivo por el que se formula la pretensión punitiva y la sentencia tiene que ser congruente con tal calificación activa, sin la introducción de

ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa - sentencias 20/87, de 19 de febrero, 205/89, de 11 de diciembre, y 186/90, de 15 de noviembre- lo que ha sido seguido por esta Sala de Casación -sentencias de 6 de junio de 1990, 28 de enero, 6 de junio, 20 de septiembre y 4 de octubre de 1991, 172/1993, de 8 de febrero, 29 de enero, 4 de abril, 9 de octubre y 7 de noviembre de 1997-. Por ello el Tribunal no puede cambiar el objeto del proceso y penar por un delito distinto del que ha sido objeto de acusación y, por supuesto, tampoco penar un delito con sanción superior a la solicitada, ni apreciar circunstancias agravantes o subtipos agravados que no hayan podido ser tenidos en cuenta para haber tenido el acusado la posibilidad de conocerlas y de instrumentar una defensa frente a tales acusaciones (sentencias de 18 de Marzo de 1.992 y de 26 de Febrero de 1.994). Solo caben dos excepciones: el recurso a la posibilidad que señala el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuestionado en su vigencia a partir de la actual Constitución y la posibilidad de que los delitos objeto de acusación y de condena sean homogéneos con correlativa posibilitación al acusado de conocer y defenderse de todos los elementos que componen el tipo.

El fundamento jurídico 1º, de la STC 278/2000, de 27 de noviembre, indicaba: "el principio acusatorio trasciende al derecho contenido en el art. 24.2 CE y comprende un haz de garantías adicionales, entre las cuales se encuentra la de que el pronunciamiento del órgano judicial se efectúe precisamente sobre los términos del debate tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación y la defensa (por todas, STC 17/1988 , FJ 5), lo que implica que el juzgador penal está vinculado por la pretensión penal acusatoria, compuesta tanto por los hechos considerados punibles, como por su calificación jurídica, de modo que el órgano judicial no puede pronunciarse sobre hechos no aportados al proceso -ni objeto por lo tanto de acusación-, ni puede calificar estos hechos de forma que integren un delito de mayor gravedad que el definido por la acusación. En definitiva, se trata de que el deber de congruencia exige la adecuada correlación entre la acusación y el fallo (SSTC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 95/1995, de 19 de junio, FJ 3; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4 y 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4)".

Pero a continuación precisaba: "Ahora bien, también hemos destacado el necesario carácter real y efectivo de la lesión al derecho fundamental de defensa para

que pueda extraerse de ella relevancia constitucional, por lo que lo decisivo a la hora de enjuiciar la posible vulneración del principio acusatorio por esta razón no es la falta de homogeneidad formal entre objeto de acusación y objeto de condena, es decir el ajuste exacto y estricto entre los hechos constitutivos de la pretensión penal y los hechos declarados probados por el órgano judicial, sino la efectiva constancia de que hubo elementos de hecho que no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa, lo que exige ponderar las circunstancias concretas que concurren en cada caso para poder determinar lo que resulta esencial al principio acusatorio: que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación (STC 225/1997, ya citada, F.J.4 y A TC 36/1996, de 12 de febrero, FJ 4)".

STS de 18/3/202. Se dice infringido el principio acusatorio ya que el Ministerio Fiscal le acusó de un delito de malversación previsto y penado en el artículo 432 del Código Penal y fue condenado como autor de un delito de hurto previsto y penado en los artículos 514 y 515, párrafo primero, del Código Penal de 1973. El motivo no puede prosperar.

El objeto de enjuiciamiento queda fijado en las calificaciones definitivas de las partes y si difiere de las conclusiones provisionales, ello en modo alguno puede determinar vulneración del derecho de defensa ni del principio acusatorio que ha de entenderse satisfactoriamente cumplido cuando haya «identidad de hecho» entre una y otra clase de conclusiones, como dice la Sentencia de 24 noviembre 1993, ya que en tal caso no cabe la menor duda de que el inculcado tuvo perfecto conocimiento de los hechos por los que se le acusaba y la posibilidad de utilizar todos los elementos probatorios que estimase pertinentes (Sentencia de 20 septiembre 1994).

El hecho básico que es objeto de enjuiciamiento en la presente causa, ha permanecido inalterable desde las conclusiones provisionales hasta las definitivas formuladas en el acto del plenario, por lo que el acusado ha podido defenderse de las imputaciones contra él realizadas.

Se ha cuestionado la homogeneidad entre el delito de malversación de caudales públicos, objeto de acusación por el Ministerio Fiscal, y el delito de hurto apreciado en la sentencia de instancia. El punto crítico que haría rechazable la homogeneización de los tipos, sería la causación de una evidente e inequívoca indefensión en el acusado. Para que pueda hablarse de una efectiva indefensión, en un supuesto de planteamiento de tesis jurídicas distintas, es necesario que los delitos sean opuestos en función de su naturaleza, sujetos intervinientes y modalidades típicas. Ahora bien, cuando los delitos tienen puntos de contacto evidentes y presentan una estructura análoga en cuanto a la morfología de la acción, no cabe duda que el acusado no se ve inesperadamente sorprendido, sino que, en todo momento, pudo ordenar su defensa en aras de conseguir la más efectiva tutela de sus derechos a conocer la acusación y a poder defenderse con garantías. Estos derechos, han sido reconocidos en el presente caso, por lo que no se puede considerar vulnerado el principio acusatorio.

Ciertamente, esta Sala tiene declarado -Cfr. Sentencia 1089/96 de 30 de diciembre y de 14 de marzo de 1995- que no existe vulneración del principio acusatorio al ser considerado delitos homogéneo el delito de hurto respecto del de malversación de caudales públicos, pues eliminado alguno de los elementos específicos que caracterizan esta última figura delictiva -la condición de funcionario público o asimilado, caudales o efectos públicos y que éstos se tengan por razón de sus funciones- cabe una condena por hurto o apropiación indebida, pues aquella acusación comprende todos los hechos constitutivos de estos otros delitos, por lo que pudo defenderse de todo aquello por lo que fue acusado. En este caso se ha eliminado el carácter de caudal público del objeto sustraído y procedía la condena por delito de hurto

En la STS de 29/06/2016, se recoge: ...el acusado, abogado, aprovechándose del escaso nivel educativo de Elena y de su hija Nieves quien la acompañaba, indujo a la primera a firmar un documento por el que la misma renunciaba a su designación de oficio y procedía a la designación particular del mismo letrado, consignándose en el documento que el letrado podía reclamar y cobrar sus honorarios a Promysa Brick S.L. en la cantidad que superase los 6.000 euros, sin informarle del alcance tanto del cambio de designa como de la fórmula de reserva de honorarios. El día 27 de septiembre de

2003, Virgilio, Elena, la hija de ésta Nieves, el legal representante de Promysa Brick S.L., Demetrio, el letrado Sr. Rayuela Ampurdanés, en defensa de ésta, se reunieron en la sede del colegio de abogados de Tarragona para formalizar el acuerdo. En virtud del mismo Promysa Brick S.L. se obligaba a indemnizar a la Sra. Elena en la cantidad de 12.000 euros y ambas partes desistían de los respectivos procedimientos civiles en curso. Se procedió a la lectura y firma del documento, y el Sr. Demetrio, hizo entrega de dos sobres conteniendo cada uno de ellos 6.000 euros, que dejó encima de la mesa que había en la sala en la que se encontraban. Virgilio cogió uno de los sobres y el otro lo tomó la Sra. Nieves. Elena le requirió al letrado de la cantidad restante hasta 12.000 euros, refiriendo el acusado que se correspondía con sus honorarios. La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallo. la sala acuerda absolver a Virgilio del delito de estafa agravada y apropiación indebida agravada por los que venía siendo acusado, declarando de oficio las costas de esta alzada.

En la fundamentación jurídica, de esta resolución se recoge, que en autos, es cierto que la sentencia recurrida afirma que la calificación adecuada a los hechos declarados probados es la de hurto; pero tras invocar para luego cuestionar la STS 761/2014, de 12 de noviembre, afirma que la condena por ese título infringiría el principio acusatorio; aunque una lectura más atenta de la misma, hubiera podido constatar que a diferencia de lo que acaece en autos, donde el Tribunal entiende que el dinero se "tomó" en contra de la voluntad de su dueño, allí no resulta discutida y resulta del propio relato esa voluntad contraria, al describir la sustracción del dinero depositado en la caja de fuerte, donde la supuesta única llave de la caja ajena la poseía la persona titular del dinero; mientras que en el supuesto ahora enjuiciado ninguna de las acusaciones afirma tal voluntad contraria; hecho nuevo del que efectivamente la defensa no pudo defenderse y que efectivamente impedía la condena por delito de hurto y determina la desestimación del recurso. Dicho de otro modo, con el relato histórico contenido en las conclusiones definitivas de las acusaciones, en autos, no resulta viable la condena por delito de hurto, pues no constaba la voluntad contraria de la recurrente a que su Letrado recogiera el sobre, con independencia de que al conocer su contenido mostrara su desaprobación....Argumenta que la vigencia del principio acusatorio, reclama una determinada correlación, subjetiva y objetiva, entre la acusación y la

sentencia, tanto en el plano subjetivo como en el objetivo; que prima el derecho del acusado a "conocer la acusación formulada contra él", lo que reclama no sólo su determinación, sino también la del hecho punible, cuya comisión se le atribuye, a fin de que pueda exculparse y defenderse frente a él, articulando la correspondiente actividad probatoria, ejercitando, en definitiva, su derecho de defensa. Se burlaría tal principio si el Tribunal extendiera su actividad cognoscitiva y decisoria a hechos distintos a los plasmados en los escritos de acusación (SSTC 134/1986, 20/1987, 186/1990 ...); mientras que en sus escritos de acusación, ni la acusación pública ni la particular mencionaban para nada la concurrencia de delito de hurto, al que se refiere la Sentencia en sede de razonamientos jurídicos. El motivo carece de sustento; en el relato fáctico, la sentencia se acomoda a hechos imputados en los escritos de conclusiones, aunque en el necesario ejercicio de subsunción jurídica difiera del realizado por aquellas; diferencia, que precisamente por observancia del principio acusatorio, no traslada a la parte dispositiva y absuelve al recurrente.

Salvo pacto autorizante, "la Jurisprudencia ha negado a los Letrados el derecho a retener unilateralmente, so pretexto de cobro de sus honorarios, todo o parte de las cantidades recibidas de terceros para su entrega al cliente. Así cabe citar las SSTS 661/2014 de 16 de octubre, y las allí citadas nº 1039/2013 de 24 de diciembre, o 123/2013 de 18 de febrero en la que se estima que la apropiación en tal caso reviste la característica de administración desleal en la que en esta modalidad de apropiación indebida, el tipo se cumple únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal, esto es, como consecuencia de una gestión en la que el autor del delito ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su "status", y ello aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado a su patrimonio" (STS 825/2014, de 19 de noviembre).

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Noviembre de 2014: Los acusados Raúl y Begoña, de común acuerdo, y previa sustracción del bolso de Salome, de la llave de la caja fuerte existente en la casa de Raúl, vaciaron e hicieron suyo el contenido de la caja fuerte. La caja fuerte, en el momento de proceder a su apertura por parte de los acusados, contenía 54.000 euros, allí depositados por Cristóbal, quien los había introducido en ella en presencia y con la aquiescencia de Raúl, dueño del domicilio y de

la caja, así como de Begoña; uno de los dos acusados le entregó una llave de la mencionada caja fuerte, advirtiéndole de que era la única, si bien la realidad de dicha afirmación (en cuanto a si efectivamente no existían más copias) no ha quedado acreditada. Tras hacerse con la referida cantidad, los acusados se dedicaron a emplearla para la cancelación de deudas y también la destinaron al despilfarro más considerable.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallo: La Sala acuerda: condenamos a los acusados Begoña y Raúl, como autores responsables de un delito de apropiación indebida de los artículos 252, 250.1.6ª y 7ª del Código Penal (según la redacción vigente en la fecha de los hechos).

La Sentencia cuestionada califica los hechos como delito de apropiación indebida, criterio que este Tribunal no comparte.

El delito de apropiación indebida aparece descrito en el artículo 252 del Código Penal que tipifica la conducta de los que en perjuicio de otros se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de 400 euros.

Como explica la STS 588 /2014 de 25 de julio, de manera reiterada ha entendido este Tribunal de casación, a partir de la distinción de los dos verbos nucleares que incorpora el citado artículo 252 CP, que el mismo sanciona dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido; y la distracción de dinero cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darle un destino específico.

Cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos de tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que produzca la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto

que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

En relación con el título de recepción la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, precisamente por el carácter abierto de la fórmula, aquellas relaciones jurídicas de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido por la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver.

En este caso la Sala sentenciadora, siguiendo la tesis del Fiscal, consideró que los acusados habían recibido el dinero en concepto de una suerte de "depósito impropio en el cual Cristóbal sería el depositante y Raúl y Begoña los depositarios. El acto de recepción vendría constituido por el ofrecimiento de la caja de seguridad de la casa en que vivían éstos, y la efectiva introducción del dinero (los 54.000 euros) en la caja fuerte, en presencia de los acusados, que les ofrecieron una llave, pero sin que haya podido descartarse la existencia de copias".

Únicamente podríamos construir la posición de depositarios de los acusados ante la probabilidad que no solo existiera la llave que se entregó a Salome, sino además otra u otras. El relato de hechos probados de la sentencia combatida no se pronuncia indubitadamente sobre este punto, y esa falta de constancia implica que hayamos de partir de que sólo existía la llave que consta entregada a Salome y que ella guardó en su bolso.

Llave que según el relato de hechos probados sustrajeron los acusados.

Si los acusados no conservaron ninguna llave que les permitiera la apertura de la caja, es evidente que ningún poder dispositivo ostentaban sobre lo allí guardado. Esa falta de disponibilidad sobre el dinero implica que no lo poseían, por lo que no estuvieron en condiciones de apropiarse indebidamente de él, en los términos que

sanciona el artículo 252 del CP. Falta la principal premisa, el dinero del que se apropiaron nunca estuvo en su esfera de disposición. Nunca lo recibieron.

La ausencia de esa premisa conlleva la de uno de los elementos esenciales del delito de apropiación indebida, cual es el quebranto de la confianza que el propietario de los bienes deposita en aquel a quien se los entrega, no para que los haga suyos, sino con el compromiso de devolverlos. En este caso no se dio esa especial relación de confianza que los acusados hubieran debido quebrantar para que su comportamiento integrara un delito de apropiación indebida. Es cierto que la caja fuerte donde se guardó el dinero estaba en el domicilio los acusados, pero la confianza que en ellos depositó el propietario del dinero no abarcó el acceso al efectivo, ni aun menos su posesión por cualquier título que les autorizara a utilizarlo y devolver otro tanto. Por el contrario les puso trabas, ya que si ellos no disponían de llave para la apertura de la caja, no tenían posibilidad lícita de alcanzar su contenido. De tal manera que no podemos entender que el apoderamiento del dinero supusiera el quebranto de una especial confianza, sino un simple acto de sustracción.

Por tanto, la calificación adecuada a los hechos que aquella declaró probados es la de hurto.

La condena por este tipo no vulnera el principio acusatorio. De un lado la penalidad es sensiblemente inferior a la que corresponde a la modalidad de apropiación por la que los acusados fueron condenados. De otro, partimos del escrupuloso respeto al relato de hechos de la sentencia de instancia, como exige el cauce casacional en el que nos encontramos, relato a su vez conformado a partir de los que sustentaron las acusaciones, tanto pública como particular. En definitiva ninguna indefensión puede entenderse sufrida por los acusados.

Cierto es que podría plantearse que no existe homogeneidad formal entre los delitos de apropiación indebida y hurto dada su diferente estructura, pues mientras aquel parte de una posesión lícita y dominicalmente consentida, en este caso, del dinero, el hurto pivota sobre el acceso a la misma sin la voluntad del dueño (en este sentido STS 362/1998 de 14 de marzo). Ahora bien, a partir de la identidad de hechos, los acusados

podieron conocer todos los componentes fácticos que sustentan esta calificación y defenderse de ellos.

Como recuerda la STS 465/2013 de 29 de mayo, el principio acusatorio está integrado por unos hechos y por la calificación jurídica propuesta por la acusación, pues ambos elementos integran y conforman el acto de acusación. Sin embargo los aspectos jurídicos merecen una interpretación más flexible porque como se reconoce en la STC 170/2002 de 30 de Septiembre, lo decisivo para la posible vulneración del principio acusatorio "...no es la falta de homogeneidad formal entre el objeto de la acusación y el objeto de la condena,sino la efectiva constancia de que hubo elementos de hecho que no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa....".

La homogeneidad, afirma la ya citada STS 465/2013 es un concepto de factura jurisprudencial que queda delimitado por dos datos:

a) identidad de hechos.

b) beneficio para el reo en la medida que el cambio de calificación va a suponer la aplicación de una pena inferior, y es que no hay que olvidar que el objeto del proceso es un factum atribuido a una persona y no un crimen.

Lo relevante, en definitiva, es que al respetarse la identidad fáctica, los acusados no han visto cercenadas sus posibilidades de defensa. Tanto es así que la calificación que ahora se acoge ha sido sugerida por el recurrente, y el éxito de esta pretensión conlleva una importante disminución de la pena.

En atención a lo que acabamos de exponer, vamos a considerar los hechos constitutivos de un delito de hurto, calificación que entendemos más acertada que la de apropiación indebida, en cuanto que se produjo un apoderamiento del dinero ajeno sin la voluntad de su dueño. Ahora bien, no en su modalidad básica del artículo 234 del CP, sino en la agravada del artículo 235.3º del CP en atención al montante de lo sustraído, que ascendió a 54.000 euros. Esta suma rebasa el límite cuantitativo fijado en el artículo 250.5º, al que nos reconduce una interpretación integrada de la Ley Penal. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala que, pese a las diferencias gramaticales en la redacción de los tipos agravados de hurto y estafa y/o apropiación

indebida, ha abogado por el empleo de parámetros interpretativos unitarios (entre otras SSTs. 173/2000, 2381/2001, 696/2002 y 180/2004) en cuanto que no es fácil imaginar las razones que haya podido tener el legislador para dar un distinto tratamiento punitivo, desde la misma perspectiva, a unos y otros supuestos. Lo que resulta aún más patente tras la reforma operada por la LO 5/2010.

Hemos dicho que consideramos adecuada la calificación de los hechos como hurto. Sin embargo entendemos que realmente los mismos integran un delito de robo. Los acusados se apropiaron del dinero ajeno que no estaba a su disposición, con ánimo de hacerlo propio. Y ese apoderamiento se produjo, no ya sin la voluntad de su dueño, sino incluso contra la misma, en cuanto que hubieron de vencer las medidas de protección que aquél adoptó al guardarlo bajo llave. Llave que era propiedad de los acusados, en cuanto perteneciente a la caja fuerte instalada en su casa, y que recuperaron subrepticamente, cogiéndola del bolso de Salome, que la tenía porque aquellos se la habían entregado.

Esta forma de recuperación de la llave en principio integraría un delito de hurto previsto en el artículo 236 del CP. Este precepto sanciona al que, siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de éste, la sustrajera de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero, siempre que el valor de aquella excediera de 400 euros. Es la figura conocida como "furtum possessionis", que el Legislador del 95 incluyó en el Capítulo destinado a los hurto, dando así satisfacción a una reivindicación unánime de la doctrina que reclamaba que se extrajera del Capítulo dedicado a las estafa donde se incluía en el CP de 1973, tipificado como estafa impropia en el artículo 532.1 con una redacción prácticamente igual "El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder con perjuicio del mismo o de un tercero".

En el caso de que el valor de la llave, que es el efecto sustraído, se cuantificara por debajo de los 400 euros, nos encontraríamos ante la correlativa falta prevista en el artículo 623.2 del CP. Uno u otro caso nos reconducen al artículo 239.2º, pues en el término "infracción penal" que el mismo incorpora, se incluyen tanto delitos como faltas (entre otras STS 1313/2001 de 25 de junio), y a su vez a la modalidad de

robo con fuerza por uso de llaves falsas del artículo 238,4º y 241,1 en atención a la suma sustraída, y castigado con mayor pena que el hurto.

Ahora bien, la condena por este tipo penal, aun cuando sustentada en el "factum" de la resolución impugnada, entendemos que irrogaría indefensión al recurrente, pues es una posibilidad que se suscita ahora "ex novo", a diferencia de la de hurto que el recurrente ha propuesto.

En salvaguarda de su derecho de defensa, se va a acoger su pretensión y el motivo se va a estimar parcialmente, con extensión de sus efectos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 903 de la LECrim a la otra acusada.

Sentencia del Tribunal Supremo de 14/03/1998, los dos acusados, Laura y Íñigo, durante los años de 1990 y 1991 eran los porteros del inmueble sito en la CALLE000 núm. NUM000 de esta Ciudad, en cuyo piso NUM001 y NUM001 residía solo, desde el fallecimiento de su hermana ocurrido el 25 de mayo de 1990, D. Juan Ramón, persona de avanzada edad de más 80 años, con importantes achaques y un deterioro generalizado de su salud...A partir del mes de octubre de 1990, ambos acusados realizan reintegros periódicos de depósitos de D. Juan Ramón en la Caja de Ahorros y Pensiones con la autorización del mismo...Íñigo, el día 22 de enero de 1991, reintegra de la libreta a la vista núm. NUM005 de Juan Ramón, la cantidad de 1.464.000 ptas., utilizando un impreso de autorización del titular que había fallecido el día anterior.- D. Juan Ramón ingresó en el Hospital Clínico de Barcelona el día 2 de enero de 1991 aquejado de un proceso de deterioro generalizado de su salud, habiendo sido dado de alta el día 15 de enero de 1991, regresando a su domicilio, en el que falleció el 21 de enero de 1991. Durante su permanencia en el Hospital estuvo en situación prácticamente inconsciente, desorientado y ajeno a cuanto sucedía a su alrededor, hallándose incapacitado para comprender el alcance de sus actos."(sic). La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a los acusados Íñigo y Laura como autores responsables de un delito de apropiación indebida y un delito de estafa precedentemente definidos, con la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de confianza.

La Acusación Particular -frente al Fiscal que solicitó la absolución de los imputados- en sus conclusiones definitivas calificaba los hechos como sendos delitos de Hurto, Falsedad y Estafa y aunque, como se señala en la impugnación del Recurso por parte del Ministerio Público, el apartado primero de dicho escrito de conclusiones sea bastante inconcreto, puesto en relación con el escrito de conclusiones provisionales, el hurto devendría del apoderamiento subrepticio de las libretas de ahorros en cuestión, la falsedad en documento mercantil de la utilización de los impresos bancarios para los movimientos entre cuentas y la estafa de la consecución del dinero mediante el mecanismo engañoso de tales documentos.

Pues bien, la sentencia impugnada condena en relación con esta acusación por delito de apropiación indebida con abuso de confianza y aunque no imponga pena superior a la solicitada por la acusación, es obvio que sanciona por delito distinto de los acusados, lo que hace preciso determinar si aquél y éstos son homogéneos o, por el contrario, son heterogéneos y el cambio de calificación ha producido indefensión (art. 24-2 C.E.).

En el presente supuesto, es cierto que los delitos de Hurto y Estafa tienen en común que el apoderamiento se produce sin la voluntad del propietario, conseguido, en el primer caso, sin la anuencia y en el segundo con la anuencia obtenida mediante engaño. Sin embargo, la Apropiación Indebida exige que esa anuencia sea consciente y voluntaria, produciéndose el apoderamiento "a posteriori" al no devolverse el depósito, destinarlo a fin distinto de la comisión o no responder a la administración encomendada.

En el caso concreto, para el Hurto y la Estafa, la afirmación de la acusación parte de esa ausencia de consentimiento en los actos de disposición, y sobre ello gira la prueba propuesta y el debate del Plenario haciendo posible la proposición de contraprueba o de descargo por la defensa y la contradicción efectiva en dicha fase del proceso.

Por el contrario, respecto a la Apropiación Indebida, se acepta una recepción legítima del dinero por los acusados y el debate se centra en el incumplimiento de la comisión, depósito o administración.

Además, como con buen criterio destaca el Ministerio Público, la consumación también corresponde a hechos distintos. En el Hurto y la Estafa se produce desde que el dinero queda a disposición de los acusados, sustraído a su titular legítimo, siendo los actos posteriores de agotamiento del delito, en tanto que en la Apropiación, el estadio consumativo comienza precisamente donde los otros acaban, desde que se activa efectivamente ese poder de disposición legítimamente recibido sin ajustarse al fin determinante de su concesión.

Por ello, podemos afirmar que los hechos típicos de unos y otros delitos son dispares, exigiendo medios de cargo y descargo totalmente distintos, pues uno parte de una recepción del dinero ilícita y el otro precisamente de una inicialmente lícita. Ello supone confirmar la existencia de la vulneración denunciada, lo que implica - por acogimiento del Motivo- proceder de acuerdo con los términos del art. 901 bis a) de la L.E.Cr., lo que, a su vez, exime de la consideración del resto de los Motivos.

XIV. LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 268 del Código Penal de 1995 establece:

“1.Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación.

3. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito.”

Permite la exclusión de la responsabilidad criminal para el autor de un delito de carácter patrimonial que ostente una determinada relación de parentesco con las víctimas del mismo, siempre y cuando la infracción se haya llevado a cabo sin violencia

ni intimidación. Ante determinadas situaciones, el texto legal nos ofrece una misma solución jurídica: la exención de la responsabilidad criminal para los sujetos.

Los argumentos más tradicionales basan la exención de la responsabilidad en la existencia de una “confusión de patrimonios”. Se arguye que en el seno de la familia – sobre todo si tenemos en cuenta que se está pensando en la familia de principios de siglo que normalmente convive en un mismo hogar- se produce una especie de copropiedad familiar en que todo es de todos y por eso, a veces, es difícil saber con certeza de quién es exactamente la propiedad de una determinada cosa. De ahí que pueda producirse una especie de “error” en el autor de la apropiación, ya que hasta cierto punto, desconocería, o al menos habría una cierta confusión, sobre la ajenidad de una cosa objeto de apropiación. También hay quien acude a razones político criminales, en las que se alude a la conveniencia social de no sancionar determinadas conductas delictivas que se producen en el seno de la familia ya que es necesario preservar su unidad, considerándose contraproducente la intromisión del Derecho penal en ella. La intromisión del Derecho penal en el seno familiar no haría más que ahondar y agravar las posibles diferencias y problemas existentes en ella. Aludiendo también a los vínculos familiares pero con un matiz distinto, hay quien mantiene que “en el seno de relaciones familiares tan estrechas como las que el precepto describe parece inadecuado el recurso a la pena criminal, cuando se trata de meras lesiones patrimoniales. Esta inadecuación no se basa en un único motivo determinante, sino que obedece a consideraciones de diversa índole: el menor reproche social que puedan merecer estas conductas, el respeto a la familia y el reconocimiento de que la unidad familiar es, muchas veces, capaz de reaccionar por si ante hechos de la índole descritos en la norma, la probabilidad de perdón etc.”. O bien, como pone de manifiesto González Rus,¹⁴ “el menor reproche social que merecen este tipo de comportamientos y el convencimiento de que la intervención penal en el ámbito familiar debe ser lo más restringida posible”.

La fundamentación de esta excusa absolutoria la podemos encontrar por otro lado en la STS de 5 de marzo de 2003 en la que se señala que “La excusa absolutoria tiene su fundamento en incontestables parámetros de política criminal que desaconsejan la utilización de normas penales en las relaciones interfamiliares”. Continúa la Sentencia diciendo: "Recordemos que la razón de ser de la excusa absolutoria de los

delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes incluidos en la excusa absolutoria del art. 268 del vigente Código Penal, equivalente al art. 564 del anterior Código Penal, se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el art. 268 porque ello, sobre provocar una irrupción del sistema penal dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última ratio, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos como los únicos cuestionados, de ahí que se excluya los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y seguridad”.

Aplicable a todos los delitos contra el patrimonio, sin embargo, por su ubicación en el Capítulo X “Disposiciones comunes a los artículos anteriores” podemos entender que se aplica a los capítulos anteriores del Título XIII: hurtos, robos (sin violencia o intimidación), robos y hurtos de uso de vehículos, estafas, apropiaciones indebidas, en las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas cuando se defraude a un familiar, insolvencias punibles, daños, alzamiento de bienes. No será aplicable a la extorsión ni usurpación que requieran violencia o intimidación, tampoco a la alteración de precios en concursos y subastas públicas dado que la naturaleza del delito es totalmente diferente a la de la excusa, no coincidiendo sus presupuestos, ni tampoco a los daños con peligro o en instalaciones militares, en los concursos fraudulentos o en la presentación de balance falso en un concursos.

XV. REGIMEN TRANSITORIO TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LO 1/2015²

La mayor parte de las conductas tipificadas como faltas en el derogado Libro III del Código Penal mantienen su relevancia penal, pasando con la reforma operada por LO 1/2015 a ser consideradas delitos leves y a regularse dentro del articulado del Libro II junto con los delitos graves y menos graves, de los que se diferencian por su menor entidad cuantitativa o cualitativa, y consiguientemente, por la pena imponible.

El traslado del contenido de las anteriores faltas a los nuevos delitos leves plantea cuestiones que es necesario tener en cuenta, tanto respecto al régimen de perseguibilidad de los delitos leves, como respecto al cambio de penalidad de estas infracciones o al régimen de revisión de las condenas por faltas o por delitos configurados sobre la existencia de conductas constitutivas de faltas.

Los delitos leves se configuran mayoritariamente como delitos semipúblicos, en tanto su persecución requiere la denuncia previa de la persona agraviada, de su representante legal o, conforme a lo dispuesto en el artículo 105 LECrim, del Ministerio Fiscal, si la persona agraviada fuera menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida.

Varias de las faltas que ahora tienen la consideración de delitos leves ya exigían denuncia previa para su persecución: es el caso de las amenazas o de las coacciones actualmente reguladas en los arts. 171.7 y 172.3 CP y, antes de la reforma, en el art. 620 CP.

Sin embargo, las antiguas faltas de lesiones y de maltrato previstas en el art. 617 CP, y las de injurias o vejaciones leves cometidas contra alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 y previstas en el derogado artículo 620 in fine CP, eran infracciones públicas, en tanto que los delitos leves que contemplan ahora dichas conductas, arts. 147.2 y 3 y 173.4 CP introducen como requisito de perseguibilidad la denuncia previa.

² Circular 3/2015, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por LO 1/2015, de la Fiscalía General del Estado.

La incidencia de este requisito en procesos iniciados antes de su vigencia ha sido prevista en la disposición transitoria cuarta, que por su especial trascendencia es objeto de tratamiento independiente. Nos limitamos a recordar aquí que la ausencia de este requisito de perseguibilidad por hechos que han dado lugar a una sentencia condenatoria, no permite abrir un proceso de revisión de la sentencia. En efecto, tal y como establece la Circular 2/1996 de 22 de mayo, a partir de la vigencia de la reforma y aunque el hecho se hubiese cometido antes de su entrada en vigor, se exigirá la correspondiente denuncia del perjudicado en los casos legalmente previstos. Sin embargo, la exigencia del mismo no tendrá incidencia alguna en los hechos ya sentenciados, en la medida en que el proceso se inició y concluyó con arreglo a las disposiciones procesales vigentes durante su sustanciación.

Los efectos para las causas en tramitación de la mutación de faltas perseguibles de oficio en delitos semipúblicos.

Cambio de penas alternativas a penas únicas

El criterio de punición con penas alternativas que en gran medida regía el castigo de las conductas tipificadas como faltas no ha sido trasladado a los equivalentes delitos leves, en los que el legislador ha optado mayoritariamente por establecer una pena única de multa.

Son muchas las conductas que en su anterior regulación como falta eran castigadas con la pena alternativa de localización permanente o multa, y que, como delito leve, sólo se sancionan con pena de multa. Ello ocurre en los siguientes supuestos:

-Falta de lesiones o maltrato: art. 617 derogado, nuevo art. 147. 2 y 3.

-Falta de hurto: art. 623.2 derogado, nuevo art. 234.2.

-Falta de sustracción de cosa propia: art. 623.2 derogado, nuevo art. 236.2.

-Falta de estafa: art. 623.4 derogado, nuevo art. 249 párrafo segundo.

-Falta de apropiación indebida: art. 623.4 derogado, nuevo art. 253.2.

-Falta de defraudación de electricidad: art.623.4 derogado, nuevo art. 255.2.

-Falta de daños: art. 625 derogado, nuevo art. 263.1 párrafo segundo.

-Falta de expendición de moneda falsa: art. 629 derogado, nuevo art.386.3.

-Falta de expendición de sellos o efectos timbrados falsos: art.629 derogado, nuevo art. 389 párrafo segundo.

-Falta de permanencia in consentida en domicilio social: art. 635 derogado, nuevo art. 203.2.

-Falta de uso público de uniforme: art. 637 inciso primero, derogado, nuevo art.402 bis.

A la hora de valorar la ley más favorable, si el juzgador hubiera optado por imponer en la sentencia pena de multa, no procederá su revisión pues esta pena podría también ser impuesta en la nueva consideración de la conducta como delito leve. En cambio, si se hubiera impuesto pena de localización permanente, deberá abrirse el proceso de revisión, partiendo de que, en principio, esta pena, al ser pena privativa de libertad, es más gravosa que la pena de multa. No obstante, el penado podría considerar lo contrario, por lo que, como en otros supuestos, será indispensable el resultado del preceptivo trámite de audiencia.

Los anteriores delitos configurados sobre la base de la comisión de faltas

El delito de hurto

El nuevo art. 234, junto al delito menos grave de hurto básico, que castiga con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excediese de 400 euros, incorpora un delito leve, castigado con pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediere de 400 euros, salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235.

El art. 235 describe una serie de subtipos agravados por razón de la naturaleza o cuantía de lo sustraído, por las características del autor, por la utilización de menores de

dieciséis años, por la reiteración o por la situación económica en que deja a la víctima, que determinan la imposición de una pena de prisión de uno a tres años.

El anterior art. 234 párrafo segundo CP castigaba con la pena de prisión de seis a dieciocho meses al que en el plazo de un año cometiera tres faltas de hurto siempre que el montante acumulado de las infracciones fuera superior a 400 euros.

A los efectos de revisar las sentencias condenatorias por este tipo derogado, se pueden plantear dos situaciones distintas. A saber:

-Si en al menos una de las sustracciones inferiores a 400 euros concurre alguna de las circunstancias cualificadoras previstas en el nuevo art. 235, no procederá la revisión de la sentencia porque cualquiera que hubiera sido la pena impuesta conforme al derogado art. 234 párrafo segundo, estaría integrada, o incluso sería inferior, a la prevista en el art. 235.

-Si no concurre ninguna de las circunstancias cualificadoras del art. 235, deberá revisarse la sentencia al efecto de valorar, oído el reo, si es más favorable mantener la pena de prisión impuesta por un solo delito del derogado art. 234 párrafo 2º, o sustituirla por la imposición de tantas penas de multa como delitos leves (antes faltas) hubieran integrado el delito objeto de la condena. Aunque en principio resulta más gravosa una pena privativa de libertad que varias penas de multa, la manifestación que a tal efecto realice el penado resulta en estos casos especialmente relevante.

No obstante, si de los hechos declarados probados en la sentencia condenatoria se desprende la concurrencia de los requisitos de la continuidad delictiva, y que por tanto las tres o más sustracciones que configuraron el delito del art. 234 párrafo 2º, también integran un delito continuado, en tanto que la pena impuesta podría igualmente imponerse en la nueva regulación con la calificación de delito continuado, no procederá revisar la sentencia.

Condenas no revisables por delitos

En tanto la pena prevista en la nueva regulación es igual o superior que la contemplada en la anterior, en ningún caso serán objeto de revisión las condenas por los

delitos de homicidio doloso (art.138), asesinato (art.139 y 140), detención ilegal (arts.166 y 167), violencia habitual (art.173.2), trata de seres humanos (art.177 bis), descubrimiento y revelación de secretos (art.197), injurias (arts. 203 y 210), tipo básico de hurto (art. 234 párrafo primero), hurto cualificado (art. 235), sustracción de cosa propia (art. 236), robo con fuerza (art. 240 y 241), robo con violencia (art. 242), alteración de lindes (art. 246), distracción de aguas (art. 247), estafa (arts. 249 y 250), apropiación indebida (anterior art. 252, nuevo art. 253), defraudación de energía eléctrica, etc. (art. 255), uso no consentido de terminal de telecomunicación (art. 256), tipos de insolvencia punible (arts. 257 a 261 bis), tipo básico de daños (art. 263), tipo básico de daños informáticos (art. 264), delitos contra la propiedad intelectual e industrial (arts. 270, 271, 274 y 276), receptación (art.298), fraude a los presupuestos de la Unión Europea en cuantía superior a cincuenta mil euros (anterior art.306 párrafo 1º, nuevo art. 306), delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (anterior art. 325, nuevo art. 325.2; anterior art, 326, nuevo art. 327; anterior art. 328, nuevos arts. 326 y 326 bis), delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos (arts. 332, 334, 335 y 337) delitos de riesgo catastrófico (arts. 345 y 346), incendios forestales (art. 353), delitos contra la salud pública (art.361; anterior art.361 bis, nuevo art. 362 quinquies; anterior 362, nuevo art.362 y 362 bis), falsedad de moneda y efectos timbrados (arts. 386, 387 y 389.2 y 400), intrusismo (art.403), prevaricación administrativa (arts.404 y 405), violación de secretos (art.418), cohecho (arts.419,420,423,424,427), tráfico de influencias (arts.428 a 430), fraudes y exacciones ilegales (arts.436 y 438), negociaciones prohibidas (arts.439 a 442), corrupción en transacciones comerciales internacionales (anterior art. 445, nuevo art. 286 ter), prevaricación judicial (art. 446), delitos contra la Corona (art.485), delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 510 a 512), depósito de armas (arts. 566 y 567), delito de pertenencia a organización o grupo criminal (arts. 570 bis y 570 ter), contra el derecho de gentes (art.605), genocidio (art.607) y los delitos de lesa humanidad (art.607 bis).

Intervención del ministerio público en los delitos leves

La supresión formal del Libro de las faltas no ha supuesto la desaparición de la totalidad de las infracciones penales leves en él descritas: una parte, más bien exigua, ha

quedado definitivamente despenalizada y entregada a otras formas de reacción jurídica –sancionadora-administrativa o civil-, mientras que el resto subsiste bajo la forma de delitos leves, de modo que el Código, aunque reducido a dos Libros, establece una división tripartita de las infracciones penales, que ahora se denominan delitos graves, menos graves y leves en atención a la naturaleza de sus respectivas penas (art. 13 CP).

Los delitos leves conservan en su mayoría la configuración típica que era característica de la correspondiente falta y su forma de enjuiciamiento tampoco experimenta un cambio radical, pues el nuevo procedimiento para el juicio sobre delitos leves que se desarrolla en el Libro VI LECrim reproduce las características definitorias del juicio de faltas, particularmente su concentración de actos, simplificación de formas y oralidad. No obstante, la introducción en el mismo del novedoso principio de oportunidad reglada y el esfuerzo suplementario que representa para el intérprete dilucidar de entre los tipos penales del Libro II cuáles constituyen genuinos delitos leves, exige de la Fiscalía General del Estado la formulación de unas pautas claras que garanticen la uniforme interpretación de la Ley por los miembros del Ministerio Fiscal.

La Disposición final segunda, apartado ocho, de la LO 1/2015, modifica varios preceptos del Libro VI LECrim, incluyendo su rúbrica, que pasa a ser “Del procedimiento para el juicio sobre delitos leves”. La reforma afecta a los arts. 962.1, 963, 964, 965.1, 966, 967.1, 969.2, 973.2 y 976.3 LECrim, sin alterar el diseño general del anterior juicio de faltas, pues mantiene los requisitos de competencia objetiva y territorial, legitimación y postulación, sus características de oralidad y concentración, así como las tres modalidades de tramitación que regían para el enjuiciamiento de las faltas desde la entrada en vigor de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado: el enjuiciamiento en el servicio de guardia mediante convocatoria policial cursada por medio de la agenda programada de citaciones (arts. 962 y 963 LECrim), el enjuiciamiento en el servicio de guardia por convocatoria judicial (art. 964 LECrim) y el enjuiciamiento fuera del servicio de guardia mediante señalamiento judicial en el plazo teórico de siete días desde la recepción del atestado o denuncia de parte (art. 965 LECrim).

La innovación de fondo de la reforma auspiciada por la LO 1/2015 radica precisamente en la inserción en este procedimiento –y sólo en él- del principio procesal de oportunidad reglada con el declarado propósito de evitar en la medida de lo posible el enjuiciamiento de hechos típicos materialmente intrascendentes. Se trata de una medida de complemento en el orden adjetivo de la reducción del número tipos penales de naturaleza leve efectuada en el CP con el fin de aligerar la carga burocrática que hasta la fecha representaba la tramitación y enjuiciamiento de las faltas. La innovación de fondo de la reforma auspiciada por la LO 1/2015 radica precisamente en la inserción en este procedimiento –y sólo en él- del principio procesal de oportunidad reglada con el declarado propósito de evitar en la medida de lo posible el enjuiciamiento de hechos típicos materialmente intrascendentes. Se trata de una medida de complemento en el orden adjetivo de la reducción del número tipos penales de naturaleza leve efectuada en el CP con el fin de aligerar la carga burocrática que hasta la fecha representaba la tramitación y enjuiciamiento de las faltas.

La nueva regulación plantea en ese sentido algunas dificultades interpretativas, pues a diferencia de lo que ocurría con las faltas en la anterior versión del CP, que las concentraba en su último Libro, constitutivo de un catálogo cerrado, los delitos leves se dispersan y entreveran a lo largo del Libro II, integrando en ocasiones subtipos atenuados de delitos menos graves de semejante factura típica, lo que exige a la postre un esfuerzo suplementario de deslinde que pasa por un análisis metódico y cuidadoso de la pena o penas nominalmente asignadas a cada figura penal. La herramienta hermenéutica básica para discernir los delitos leves de los menos graves la suministra el art. 13, en sus apartados 3 y 4. Dice el apartado 3 que “son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve” y el 4, en su segundo inciso, que “cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”. La norma se refiere a la pena nominalmente asignada al delito, la determinada por la ley, que es antecedente y presupuesto de la pena judicialmente determinable tras la práctica de las operaciones jurídicas de individualización reguladas en el Capítulo II del Título III del Libro I CP (en función del grado de desarrollo del iter criminis, grado de participación del sujeto, concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, etc.).

En el nuevo ordenamiento lo que acredita la levedad de la infracción es el umbral de la cuantía o duración de la pena que tiene asignada, no su techo, de tal manera que si el límite mínimo se sitúa en la cuantía o tiempo previstos en el art. 33.4 CP, el delito es leve aunque el límite máximo de la pena asignada se prolongue hasta el tramo reservado en el art. 33.3 CP a su modalidad menos grave.

Cabe destacar, por la especial eficacia delimitativa que adquieren en la clasificación de los tipos penales, que el tramo penal leve alcanza hasta (inclusive) un año en las penas de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores y del derecho a la tenencia y porte de armas [art. 33.4, a) y b) CP], tres meses en la multa [art. 33.4, g) CP], y la localización permanente [art. 33.4, h) CP], y treinta días en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 33.4, i) CP).

La frontera entre el delito grave y menos grave se delimita en sentido inverso, en función del techo o límite máximo de cuantía o tiempo de la pena asignada a la correspondiente figura típica, conforme dispone el primer inciso del art. 13.4 CP: "cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave".

Está claro, por lo tanto, que si el delito tiene asignada una sola pena, será leve si el tracto de ésta discurre por completo en el tramo leve. Así sucede, por ejemplo, en las lesiones leves dolosas (art. 147.2 CP, multa de 1 a 3 meses), maltrato de obra fuera del ámbito doméstico (art. 147.3 CP, multa de 1 a 2 meses), amenazas leves fuera del ámbito doméstico (art. 171.7, 1 CP, multa de 1 a 3 meses), coacciones leves fuera del ámbito doméstico (art. 172.3, 1 CP, multa de 1 a 3 meses), hurto por valor no superior a 400 euros (art. 234.2 CP, multa de 1 a 3 meses), entre otros.

También se tiene por leve, como ya se ha explicado, el delito cuya pena arranque del ámbito leve, aunque su extensión se dilate por el tracto asignado a su modalidad menos grave en el art. 33.3 CP. En este caso se encuentran, sorprendentemente, varios delitos cuya penalidad no ha experimentado variación en la LO 1/2015, pero que por tener asignada una pena de multa que parte de una duración de tres meses, han mutado su naturaleza como consecuencia de la proyección incondicional

que adquiere el nuevo art. 33.4, g) CP en su calidad de precepto de la Parte General; dicho artículo dice: “Son penas leves: (...), g) La multa hasta tres meses”. Complementariamente, el art. 33.3, j) CP, dice: “Son penas menos graves: (...), j) La multa de más de tres meses”.

Es el caso del delito de sustracción de cosa propia, que tiene prevista una pena de multa de 3 a 12 meses si el valor de la cosa excede de 400 euros (art. 236.1 CP) y de 1 a 3 meses si el valor no excede de 400 euros (art. 236.2 CP). Conforme a los parámetros suministrados por el art. 13.4 CP son leves tanto el tipo básico como el atenuado, perdiendo por completo virtualidad diferenciadora de la naturaleza del delito el límite cuantitativo de los 400 euros del valor del objeto sustraído.

En la misma situación se encuentran los siguientes delitos patrimoniales:

1) La ocupación sin autorización de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular (art. 245.2 CP), sancionado con pena de multa de 3 a 6 meses.

2) La alteración de términos y lindes, que cuando la utilidad reportada o pretendida excede la cantidad de 400 euros, se castiga con multa de 3 a 18 meses (art. 246.1 CP), y cuando no la excede, con multa de 1 a 3 meses (art. 246.2 CP).

3) La distracción de aguas, que cuando reporta una utilidad de más de 400 euros se castiga con multa de 3 a 6 meses (art. 247.1 CP) y cuando no la excede con multa de 1 a 3 meses (art. 247.2 CP).

4) La apropiación indebida de cosa mueble ajena fuera de los casos específicamente previstos en el art. 253 CP que cuando excede la cuantía de 400 euros, se castiga con multa de 3 a 6 meses (art. 254.1 CP) y cuando no la excede, con multa de 1 a 2 meses (art. 254.2 CP).

5) La defraudación de energía, fluidos, y telecomunicaciones, que cuando excede de 400 euros se castiga con multa de 3 a 12 meses (art. 255.1 CP) y cuando no lo excede con multa de 1 a 3 meses (art. 255.2 CP).

6) El uso inconscntido de un terminal de telecomunicaciones ajeno, que cuando ocasiona un perjuicio a su titular superior a 400 euros se castiga con multa de 3 a 12 meses (art. 256.1 CP), y cuando el perjuicio no excede dicha cuantía, con multa de 1 a 3 meses (art. 256.2 CP).

7) Los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros (art. 267 CP), que se castigan con pena de multa de 3 a 9 meses.

El mismo fenómeno se produce en otras categorías delictivas:

1) Delitos contra la libertad de las personas: el art. 163.4 CP sanciona al particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad con multa de 3 a 6 meses.

2) Delitos contra el patrimonio histórico: el art. 324 CP sanciona los daños de valor superior a 400 euros causados por imprudencia grave en archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga, o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos, con pena de multa de 3 a 18 meses.

3) Falsedad documental: el art. 397 CP castiga al facultativo que librare certificado falso con pena de multa de 3 a 12 meses, el art. 399 CP castiga al particular que falsificare o, en su caso, traficare o hiciere uso a sabiendas de una certificación falsa, con multa de 3 a 6 meses y el art. 400 CP castiga con las penas previstas en los artículos anteriores la fabricación y tenencia de útiles o medios idóneos para cometer dichas falsedades.

4) Delitos contra la Administración Pública: el art. 406 CP castiga al particular que, con conocimiento de su ilegalidad, acepte propuesta, nombramiento o toma de posesión de un cargo público con pena de multa de 3 a 8 meses.

5) Delitos contra la Administración de Justicia: el art. 456.1.3º CP sanciona la imputación falsa de un delito leve con pena de multa de 3 a 6 meses, el art. 465.2 CP sanciona al particular que destruyere, ocultare o inutilizare documentos o actuaciones procesales también con pena de multa de 3 a 6 meses y el art. 470.3 CP sanciona a

ciertos familiares de un condenado, preso o detenido que le proporcionen la evasión con multa de 3 a 6 meses.

Hay razones para sospechar que la voluntad del legislador no era degradar estos delitos menos graves, pues nada se dice al respecto en el Preámbulo y las penas nominalmente asignadas a cada tipo no sufren mutación con el cambio legislativo, pero lo cierto es que una vez promulgada y publicada la Ley, ésta adquiere vida propia y es su voluntad inmanente (*voluntas legis*) y no la intencionalidad de su autor (*voluntas legislatoris*) la que conforma el nuevo ordenamiento jurídico y vincula con sus mandatos objetivos al intérprete y aplicador. La voluntad de la Ley se extrae con claridad meridiana del sentido literal de las palabras empleadas por la norma y de una interpretación conjunta y sistemática de los arts. 13.4, inciso segundo, 33.3, j) y 4, g), en relación con cada uno de los tipos penales citados.

Esta degradación también se observa en dos figuras delictivas sujetas a singularidades procesales: la omisión del deber de socorro del art. 195.1 y 2 CP, castigada con multa de 3 a 12 meses, y las injurias graves hechas sin publicidad del art. 209 CP, castigadas con multa de 3 a 7 meses. El primero sigue atribuido al conocimiento del Tribunal del Jurado, conforme a lo dispuesto en el art. 1.2, c) LO 5/1995, de 22 de mayo, y ha de sujetarse en consecuencia al correspondiente procedimiento especial, que no contempla la posibilidad de renunciar a la acción por motivos de oportunidad; el segundo no ha mudado con la reforma legislativa su naturaleza de delito privado sujeto a querrela del particular (art. 215.1 CP), pero sí el procedimiento a seguir, que pasa a ser el previsto en el Libro VI LECrim, por acceder en su nueva calidad de delito leve a la esfera competencial del Juez de Instrucción [arts. 14.1 y 5, d) CP], sin perjuicio de la aplicación de las especialidades del Título IV del Libro IV de la LECrim (Consulta nº 2/1994, de 28 de noviembre, sobre procedimiento idóneo para el enjuiciamiento de los delitos de injuria y calumnia).

En el procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves públicos las potestades del Fiscal asociadas al ejercicio del principio de oportunidad son más concluyentes, pues en estos casos no se limita a dirimir su asistencia a un acto de juicio

oral que puede ser válidamente promovido por el particular denunciante, sino que le permiten instar del órgano judicial la crisis anticipada del procedimiento y su archivo.

Los criterios de oportunidad que debe utilizar el Ministerio Fiscal para decidir sobre la renuncia a la acción penal se concretan de forma bastante esquemática en el art. 963.1.1ª LECrim, que establece dos de concurrencia cumulativa:

1º.- La escasa gravedad del delito. El modelo de oportunidad por el que opta la reforma procesal se ciñe claramente a los denominados “delitos bagatela”, en los que el interés público se valora en función del coste en recursos materiales y personales que representa su persecución. Si el hecho no presenta una mínima relevancia material que compense el coste del procedimiento, la norma prefiere renunciar a su persecución, dejando en manos del Fiscal la concreta ponderación de los intereses en liza. Este fundamento justificativo de la terminación anticipada del procedimiento exige ponderar la antijuricidad material de la conducta, en sus vertientes de acción y resultado, que habrá de ser valorada caso por caso en atención a las circunstancias del autor o partícipe y del hecho.

La Ley resulta sumamente restrictiva, pues los delitos leves constituyen por su propia naturaleza la porción de infracciones penales menos relevantes de las comprendidas en la Parte Especial del Código, por lo que exigir del Fiscal que discrimine dentro de la categoría las conductas de menos trascendencia reduce el juego del principio de oportunidad a mínimos. El tenor literal de la norma no puede ser más expresivo cuando exige que se trate de delitos “de muy escasa gravedad”, intensificando con el superlativo el carácter excepcional que nuestro ordenamiento concede a la renuncia del *ius puniendi*.

Una vía hermenéutica que puede resultar útil para discernir las infracciones susceptibles de archivo anticipado es la de estudiar los tipos penales desde el punto de vista utilitario o finalista, considerando que si el delito legitima socialmente su existencia en la medida en que constituye un instrumento eficaz para la tutela de bienes jurídicos valiosos, la renuncia al ejercicio de la acción para exigir su castigo puede quedar justificada cuando se sienta una menor necesidad de tutela por las circunstancias concurrentes en el caso. Podemos asentar, en base a ello, dos parámetros

complementarios: de un lado, el valor relativo del bien jurídico tutelado por la norma, y de otro, la intensidad del daño o riesgo efectivamente ocasionados.

Desde el primer punto de vista, habrán, los Sres. Fiscales, de ser más exigentes, y por lo tanto menos proclives a solicitar el archivo de la causa, cuando el delito cometido afecte a bienes jurídicos de naturaleza personal, como son la integridad física y moral, la dignidad o la libertad.

Desde el segundo punto de vista, la necesidad de protección es más intensa cuando se lesiona de forma efectiva el bien jurídico protegido en la norma, por haberse alcanzado la culminación del iter criminis, especialmente si del hecho punible se ha derivado un daño o perjuicio indemnizable que no ha sido debidamente compensado en el momento en que se evacúa el trámite de informe.

También deberán ser valoradas circunstancias personales del autor como su edad juvenil –por estar comprendido entre los 18 y 21 años-, carencia de antecedentes penales por hechos de semejante naturaleza, ocasionalidad de su conducta infractora, arrepentimiento activo, disposición a reparar el mal causado, etc.

La consulta de las anotaciones de condenas precedentes recaídas en juicio de faltas o por delito leve resulta en todo caso necesaria para una emisión fundada del informe. El Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, contempla en su artículo 2.3, entre otros, el Registro Central de Penados, el Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias No Firmes y el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, fuentes de información de inapreciable valor para un adecuado ejercicio de nuestras funciones.

Un ejercicio razonado de las facultades inherentes al principio de oportunidad no es posible sin la previa consulta de los antecedentes, a fin de determinar la existencia de factores que desaconsejen el informe de sobreseimiento, pues como señala la Circular 9/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, “la posibilidad de aplicar el desistimiento a quien le consten antecedentes, reviste carácter excepcional, pues no tendría sentido que

partiendo de una estricta literalidad del precepto se favorezca a quien vaya acumulando diligencias abiertas por diferentes tipos penales”.

También puede ser un medio adecuado de indagación la solicitud a los Juzgados Decanos de la localidad de la hoja de anotaciones de procedimientos del autor.

2º.- Ausencia de interés público en la persecución del hecho. En gran medida el interés público en el ejercicio de la acción penal es un concepto directamente relacionado con la antijuricidad material de la conducta, por lo que este criterio se solapa parcialmente con el anterior. No obstante, existen factores externos al hecho cometido que deben ser considerados al aquilatar la necesidad de la pena: la finalidad de afirmar y consolidar el ordenamiento jurídico conculcado, por ejemplo, que es más exigente cuando la comunidad sufre con frecuencia hechos de la misma naturaleza – hurtos flagrantes en determinados espacios públicos de la ciudad, p.e.-, o, desde la perspectiva del sujeto pasivo del delito, la necesidad de brindar a la víctima una protección efectiva de sus intereses y un respeto a su voluntad manifestada, en concordancia con las exigencias del Derecho de la Unión Europea y de nuestro propio ordenamiento jurídico desde la publicación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, EVD).

El tenor legal refrenda este criterio en la medida en que el inciso final de la letra b) del art. 963.1.1ª LECrim concluye disponiendo que “En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado”.

Este inciso, en la medida en que asocia el interés público a la realización de las legítimas expectativas de reparación penal y civil de la víctima, exige del Fiscal una actitud cautelosa a la hora de seleccionar los casos en que optará por renunciar al ejercicio de la acción penal. La cautela no puede ser menor tratándose de delitos leves que afecten a la integridad física y moral o a la libertad de las personas, pues se trata de bienes que en una razonable ponderación axiológica no pueden ser pospuestos a los de índole patrimonial.

La denuncia de la víctima y la pendencia de un daño indemnizable no compensado, sin ser impedimentos absolutos para el ejercicio del principio de oportunidad, pues la Ley no establece prohibiciones explícitas, constituyen elementos que en principio han de disuadir de su ejercicio, pues la configuración que la reforma penal da a la oportunidad reglada como excepción al principio de oficialidad de la acción penal ex art. 105.1 LECrim, trata de conjurar el riesgo de que el archivo anticipado del procedimiento redunde en menoscabo de legítimas expectativas de tutela que puedan albergar los particulares afectados.

Tampoco hemos de perder de vista, desde una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, que el EVD ha reconocido a la víctima un extenso derecho de participación activa en el proceso penal (art. 3.1 EVD), que una crisis anticipada del procedimiento desencadenada por la acusación pública podría frustrar. Resulta esencial por ello que el Ministerio Fiscal antes de evacuar su informe disponga de los elementos de juicio necesarios para evaluar la opinión de la víctima, los cuales deben extraerse del propio atestado, pues el procedimiento para delitos leves no tiene prevista fase de instrucción judicial.

La valoración del interés público, en definitiva, no puede hacerse al margen o en contra de la voluntad manifestada por la víctima de denunciar y perseguir los hechos, salvo, lógicamente, en aquellos casos en que ésta resulte infundada, irracional o arbitraria, constituya un ejercicio abusivo de su derecho, o se aparte claramente del interés general, pues una cosa es que exista un interés público en dignificar y realzar la posición jurídica de la víctima en el proceso, y otra muy distinta que la voluntad del particular tenga la facultad inapelable de definir en cada caso el sentido definitivo que hay que dar a ese interés público.

En la indagación de la posición de la víctima frente al proceso, denuncia y ofrecimiento de acciones constituyen momentos de especial significación. La denuncia es un medio de transmisión de la noticia criminis que en el ámbito de procedimiento para el juicio sobre delitos leves es suficiente para constituir en parte acusadora al ofendido o perjudicado, sin mayores exigencias de postulación.

Cuestión distinta es la denuncia tácita. La voluntad de vindicar el delito sufrido no puede inferirse, sin más, de la protocolaria manifestación de “quedar enterado” al recibir el ofrecimiento de acciones previsto en el art. 109 LECrim, aunque en otro contexto se le haya podido reconocer valor para cumplimentar la condición de procedibilidad.

En sentido inverso, constituye expresión suficiente de desinterés procesal la manifestación del deseo de no volver a ser citado, de que se archive la causa, o el hecho concluyente de desatender sin causa justificada los llamamientos de la Policía o del juzgado. Comoquiera que el trámite del procedimiento para enjuiciamiento de delitos leves sitúa el informe de oportunidad del Fiscal en el momento inmediato posterior a la incoación del procedimiento, lo normal es que si éste se origina en un atestado policial, sea en el mismo donde conste documentado el ofrecimiento de acciones a los ofendidos y perjudicados por el delito, y la respuesta dada por los interesados, conforme a lo previsto en el art. 962.1, inciso último LECrim, por lo que habrá de exigirse que al traslado de las actuaciones se acompañe copia del atestado con el fin de comprobar tales extremos. Si, por el contrario, el procedimiento se incoa en virtud de denuncia directa de la víctima, debemos asumir que existe una voluntad declarada de ejercitar la acción penal que habrá de ser tenida en cuenta. Si la víctima retira la denuncia en un momento posterior, o pone de manifiesto su deseo de que el procedimiento se archive, antes del traslado al Fiscal a efectos de informe de oportunidad, se estará a la última voluntad expresada. Una vez evacuado informe favorable a la prosecución del procedimiento y al señalamiento de juicio oral, deberán evitarse nuevos traslados al Fiscal por el mero hecho de que la víctima rectifique su anterior criterio, salvo casos excepcionales. En caso de pluralidad de víctimas por el mismo hecho punible, se valorará la postura adoptada en relación con el procedimiento por todas y cada una de ellas, debiendo estimarse necesaria la prosecución de la causa si una o varias se pronuncian con suficiente claridad a favor de acogerse a la tutela que les puede ofrecer el orden jurisdiccional penal.

Delitos leves de naturaleza patrimonial. Hurto (art. 234.2 CP), sustracción de cosa propia (art. 236 CP), alteración de términos y lindes (art. 246 CP), distracción de aguas (art. 247 CP), estafa (art. 249.2 CP), administración desleal (art. 252.2 CP),

apropiación indebida (art. 253.2 CP), apropiación indebida impropia, de cosa perdida o recibida por error (art. 254 CP), defraudación de fluidos, energía y telecomunicaciones (art. 255 CP), uso no autorizado de terminal de telecomunicaciones (art. 256 CP) y daños dolosos (art. 263.1, pfo. Segundo CP). En todos estos supuestos, siguiendo los parámetros del art. 963.1.1^a, inciso final LECrim, a los que se ha aludido más arriba, el Fiscal podrá renunciar al ejercicio de la acción penal e informar a favor del sobreseimiento y archivo de la causa si la víctima no ha denunciado los hechos, después de denunciados ha puesto de manifiesto su deseo de retirar la denuncia, o de cualquier otra forma ha hecho saber en sede policial o judicial que no tiene interés en la incoación o prosecución del procedimiento –p.e., solicitando no ser citado a juicio-. Si por el contrario, la víctima denuncia directamente los hechos en la Policía o en el Juzgado, o en el curso de la tramitación del atestado policial o incoado el procedimiento manifiesta una voluntad explícita de denuncia, el Fiscal informará a favor de la prosecución del procedimiento y la celebración del juicio oral, especialmente si existen indemnizaciones pendientes de satisfacer, salvo casos excepcionales.

Se interesará siempre la prosecución de la causa y la celebración de juicio en los delitos previstos en los arts. 236 CP (sustracción de cosa propia), 246 CP (alteración de términos y lindes), 247 CP (distracción de aguas), 254 CP (apropiación indebida impropia), 255 CP (defraudación de energía, fluido o telecomunicaciones) y 256 CP (uso no autorizado de terminal de telecomunicación ajeno) cuando el objeto, cantidad o utilidad ilícitamente obtenida hubiera alcanzado un valor superior a los 400 euros, en atención a la mayor gravedad intrínseca de estas conductas y al hecho de que hasta la reforma de 2015 estos supuestos constituían delito menos grave y se sancionaban con la misma pena de multa.

Del mismo modo, se interesará siempre la prosecución de la causa y la celebración de juicio cuando se trate de un delito de ocupación de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o de mantenerse en los mismos sin autorización, del art. 245.2 CP por tratarse igualmente de hechos que se configuraban como delito menos grave hasta la reforma penal. A fin de evitar efectos criminógenos, en supuestos de reiteración en los delitos leves patrimoniales no procederá dar eficacia a la reparación del daño para postular el archivo.

El novedoso principio de oportunidad plantea problemas de vigencia temporal derivados de su carácter híbrido procesal-sustantivo. Formalmente, el principio se sustancia en un trámite procedimental sucesivo en el tiempo a la resolución judicial de incoación del procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves, regulado en el art. 963.1.1ª LECrim, y concordantemente, en los arts. 964.2, a) y 965.1.1ª LECrim, que el Fiscal evacua mediante la emisión de un informe en el que se pronuncia sobre la necesidad de proseguir el procedimiento o, alternativamente, sobre la conveniencia de proceder a su sobreseimiento y archivo en atención a la menor intensidad del interés público involucrado.

En el plano procesal impera el principio *tempus regit actum* que obliga a acomodar los actos a la norma jurídica vigente en el momento en que se producen, salvo disposición contraria de la ley. La eficacia temporal del procedimiento en el que se inserta este trámite aparece regulada en la Disposición adicional segunda de la propia Ley, que bajo rúbrica Instrucción y enjuiciamiento de los delitos leves dice literalmente: “La instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán conforme al procedimiento previsto en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario. Las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves”.

El precepto, rectamente interpretado, significa que el texto reformado del Libro VI de la LECrim –que ahora regula el denominado “procedimiento para el juicio sobre delitos leves”- regirá para los delitos que se cometan a partir del día 1 de julio de 2015 (ex Disposición final octava, entrada en vigor), en tanto que los hechos punibles constitutivos de falta que se cometan hasta el día 30 de junio de 2015 (incluido) se enjuiciarán conforme al tenor que tenían las disposiciones del Libro VI LECrim antes de ser modificadas por la LO 1/2015.

Se excepciona de este modo la aplicación del principio *tempus regit actum*, y se asegura la ultravigencia del trámite del juicio de faltas. En consecuencia, es la fecha del hecho, no la del juicio, la que determina la ley procesal aplicable, sin que se haya

previsto la conversión del trámite a la nueva regulación para los asuntos que se hallen en curso en el momento de entrar en vigor el cambio legislativo.

Esta intelección queda confirmada en el apartado primero de la Disposición transitoria cuarta de la LO 1/2015, donde bajo la rúbrica Juicios de faltas en tramitación se establece que “La tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley, por hechos que resultan tipificados como delitos leves, continuará sustanciándose conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

El juicio de faltas y el procedimiento sobre enjuiciamiento de delitos leves constituyen modelos sustancialmente coincidentes en aspectos de competencia judicial, postulación procesal y tramitación. La diferencia cualitativa más relevante es precisamente la introducción del principio de oportunidad reglada como forma de conclusión anticipada del procedimiento para delitos leves, lo que es desconocido en el juicio de faltas. Una lectura somera de las disposiciones citadas –adicional segunda y transitoria cuarta- conduce a la conclusión de que los juicios de faltas incoados bajo la vigencia de la anterior regulación deben proseguir su tramitación hasta su enjuiciamiento y sentencia –si no se interpone un motivo distinto de archivo en la medida en que las disposiciones antedichas no han previsto que el principio de oportunidad introducido ex novo para los delitos leves en la LO 1/2015 sea retroactivamente aplicable a las faltas.

El problema es que estas disposiciones, aisladamente consideradas, no proporcionan los criterios adecuados para dirimir satisfactoriamente una cuestión de este calado, que presenta una complejidad mayor de lo que aparenta.

La Fiscalía General del Estado con motivo de reformas legales anteriores que mudaron las condiciones de procedibilidad de ciertas infracciones, transformándolas de públicas en semipúblicas, respaldó la idea, compartida por la mejor doctrina, de que ciertas instituciones procesales presentan una vertiente material que afecta a elementos del delito, como la punibilidad, que justifica su aplicación retroactiva.

Como telón de fondo, se vislumbra la perspectiva, igualmente respaldada por la mejor doctrina procesalista, de que institutos procesales como la exigencia de denuncia previa y el perdón del ofendido constituyen manifestaciones singulares del principio de oportunidad, lo que confirma su parentesco directo con la facultad discrecional de instar el archivo que la LO 1/2015 ha decidido conceder al órgano de la acusación pública.

La Circular nº 2/1990, sobre aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, por ejemplo, reconoce incidentalmente la naturaleza de oportunidad que subyace en estos institutos procesales (vid. IX “Las cuestiones procesales”, B): “Tampoco puede dejarse de tener en cuenta, aunque el argumento sólo sea de refuerzo, el espíritu de la Recomendación del Consejo de Europa R (87), del Comité de Ministros de 17 de noviembre de 1987, que pide a los Estados miembros que adopten... la facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado. Si en la Reforma de la L.O. 3/1989 se ha acogido expresamente esa Recomendación en orden a su primer extremo (facultad de renunciar a la iniciación del proceso, que queda sometido en gran número de supuestos, especialmente en el área de las faltas, al régimen de denuncia previa), es razonable pensar que el legislador también pretendió cumplir la segunda parte de la Recomendación, creyendo innecesaria la mención expresa en cada caso concreto de los efectos del perdón, por deducirse ya de las reglas generales del Código”.

De manera todavía más explícita, la Instrucción nº 6/1992, de 22 de septiembre, sobre aplicación de algunos aspectos del proceso penal en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992 de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal: “Es preciso recordar que la transformación de diversas faltas en infracciones de naturaleza semipública –por la Ley Orgánica 3/1989- ya condicionó de forma importante la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de las mismas. El establecimiento de una condición objetiva de procedibilidad era ya expresión de una cierta renuncia del Estado al ejercicio del ius puniendi si el perjudicado por la infracción no inicia el proceso penal.

Consecuentemente, la intervención del Fiscal quedó subordinada a la denuncia del ofendido o perjudicado, salvo que la persona agraviada sea de todo punto desvalida,

supuesto en que el Fiscal tiene la facultad de denunciar, de conformidad con el artículo 602 del Código Penal, facultad que, evidentemente, mantiene su plena vigencia”.

La Circular nº 2/1996, de 22 de mayo, sobre el régimen transitorio del nuevo Código Penal: incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores, al tratar en su apartado VI de las modificaciones en materia de perseguibilidad introducidas por el vigente CP, supera definitivamente toda reticencia que la Fiscalía General del Estado hubiera podido albergar anteriormente frente a la aplicación retroactiva de un novedoso régimen procesal de denuncia previa, poniendo ahora el acento en sus implicaciones sustantivas: “En el nuevo Código Penal algunas infracciones consideradas clásicamente como públicas se han convertido en semipúblicas, al exigir su persecución el requisito de la denuncia previa del ofendido (...) Ese nuevo requisito de perseguibilidad, ¿ha de jugar respecto de hechos cometidos o procesos incoados antes de su vigencia? La respuesta a este interrogante ha de partir de que estamos ante una cuestión que, aunque es predominantemente procesal (lo que permite determinar, en su caso, la aplicación del principio *tempus regit actum*), repercute también en uno de los elementos del delito: la punibilidad”.

El archivo anticipado de la causa regulado en los arts. 963.1.1ª LECrim y concordantes reformados, constituye manifestación directa del mismo principio de oportunidad inmanente al régimen de denuncia previa y perdón del ofendido, por lo que no hay razón para negar la posibilidad de su aplicación a las faltas que a la fecha de entrada en vigor de la LO 1/2015 todavía no hayan sido enjuiciadas.

El órgano de la acusación pública renuncia al ejercicio del *ius puniendi* en los supuestos taxativamente determinados en la ley, lo que constituye una forma de descriminalización de la conducta por vía acusatoria que trasciende las formas del procedimiento para enlazar con la teoría de la pena y los principios de la política criminal (*minima non curat praetor*).

La eficacia retroactiva de la condición de procedibilidad constituye precisamente el fundamento de la enervación de la acción penal prevista en el apartado segundo de la Disposición transitoria cuarta de la LO 1/2015 en los juicios de faltas incoados antes de su entrada en vigor. Dispone la norma transitoria que “La tramitación de los procesos

por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, continuarán hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal”.

Por otra parte, la Disposición transitoria primera de la LO 1/2015, relativa a la “legislación aplicable”, dice en su apartado primero que: “Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor”.

Comoquiera que el precepto se refiere a la aplicación de esta Ley (LO 1/2015) en lo que resulte más favorable al reo, cabe entender comprendido en el mandato del legislador los preceptos introducidos en su Disposición final segunda de sentido material favorable, como son los relativos al archivo del procedimiento por razones de oportunidad.

Debemos considerar asimismo el rango normativo de las disposiciones de la LO 1/2015 en conflicto: tanto la Disposición adicional segunda como la Disposición transitoria cuarta tienen rango de ley ordinaria, conforme a lo establecido en la Disposición final séptima LO 1/2015. Ello significa que dichas disposiciones pueden afectar al trámite que se ha de seguir para el enjuiciamiento de los delitos leves, es decir, a los aspectos procedimentales de la cuestión, pero no pueden establecer límites ni restricciones al claro mandato de retroactividad favorable al reo que contiene el art. 2.2 CP, con rango de Ley Orgánica, o a la previsión equivalente incorporada a la Disposición transitoria primera de la LO 1/2015, que tiene igualmente rango de Ley Orgánica.

En definitiva, las faltas públicas cometidas antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, que no hayan quedado despenalizadas ni sometidas sobrevenidamente al

régimen de denuncia previa, y que estén pendientes de enjuiciamiento, podrán ser archivadas por motivos de oportunidad, por lo que, a partir del 1 de julio de 2015, recibido traslado del Juzgado de Instrucción, el Fiscal habrá de evacuar el informe previsto en el art. 963.1.1ª LECrim y concordantes, debiendo ajustar su contenido a las instrucciones definidas en el apartado 6 de este documento.

No se podrán beneficiar, sin embargo, del archivo por motivos de oportunidad las faltas que a la entrada en vigor de la LO 1/2015 hubieran sido ya enjuiciadas en primera instancia, pues el sobreseimiento de la causa constituye una forma anormal de terminación del procedimiento alternativa al enjuiciamiento, que pierde en consecuencia su virtualidad si éste ya se ha producido.

En cuanto a las faltas públicas que en virtud de la presente reforma penal han quedado sometidas al régimen de denuncia previa (este caso se limita a los delitos leves de lesiones y malos tratos del art. 147.2 y 3 CP, antes previstos en el art. 617 CP), la acción penal para su persecución ha de estimarse decaída por imperativo de la ley, con arreglo a lo previsto en la Disposición transitoria cuarta, apartado segundo, de la LO 1/2015, que de manera inequívoca establece que el procedimiento continuará a los solos efectos de enjuiciar la acción civil.

En efecto, el párrafo segundo de dicho apartado dispone que "si continuara la tramitación, el juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

Se trata de una disposición que reproduce los términos de la Disposición transitoria segunda de la LO 3/1989, de 21 de junio, y que por su inequívoco tenor cercena toda posibilidad de instar la condena penal, dejando reducido el objeto del proceso al resarcimiento civil del perjudicado si éste no ha renunciado expresamente el mismo, pues de producirse la renuncia el procedimiento se debe archivar.

Procede recordar lo que la Circular 2/1990, de 1 de diciembre, dijo en la interpretación de su precedente legislativo: "estando sometido el Ministerio Fiscal al principio de legalidad, siendo la L.O. 3/1989 una Ley postconstitucional y no estando

declarada la contradicción de la Disposición Transitoria Segunda de aquélla con la Constitución, obligado es acatarla y todos los Fiscales seguirán el criterio sentado en dicha Disposición, de equiparación de los hechos sometidos al régimen de denuncia previa a los que han sido despenalizados en orden a no continuar su persecución en vía punitiva, aunque continúe el proceso iniciado hasta obtener sentencia, cuyo fallo se limite a resolver sobre las responsabilidades civiles y las costas, como dispone el párrafo 2 de aquélla".

Reincidencia

Los antecedentes penales correspondientes a delitos leves no se computarán a efectos de la aplicación de la agravante genérica de reincidencia del art. 22.8ª CP.

En efecto, la LO 1/2015 amplía el enunciado del párrafo segundo de dicho precepto para señalar que “a los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves”.

Ello no significa que la existencia de una o varias anotaciones por delito leve en la hoja histórico penal de la persona contra la que se siga un nuevo procedimiento penal sea una variable jurídicamente irrelevante. El historial de condenas por delito leve habrá de tomarse en consideración, como elemento subjetivo adverso, al valorar la oportunidad de instar el sobreseimiento de la causa abierta por un nuevo delito leve (art. 963.1.1ª CP y concordantes), al individualizar la pena que debe aplicarse al sujeto por la comisión de otro delito, o como elemento indicativo de la necesidad de ejecutar la pena al informar sobre su suspensión condicional (art. 80.1, 2 CP).

El delito leve, sin embargo, sí puede integrar ciertos subtipos agravados previstos en delitos contra el patrimonio como el hurto (art. 235.1.7º CP), la estafa (art. 250.1.8º CP), la administración desleal y la apropiación indebida (arts. 252 y 253 CP por remisión al art. 250.1.8º CP) pues estos preceptos, que instituyen tipos penales especiales cualificados, no hacen distinción entre delitos leves y menos graves, y sólo excluyen los antecedentes cancelados o susceptibles de cancelación.

Determinación de la pena

El art. 66.2 CP, en la redacción que le ha otorgado la LO 1/2015, establece que “en los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior”.

La exclusión de la aplicación del art. 66 CP a las faltas ya se preveía en el derogado art. 638 CP, como parte de un enunciado más amplio: “en la aplicación de las penas de este Libro procederán los Jueces y Tribunales, según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los artículos 61 a 72 de este Código”.

Suprimido el art. 638 CP en la reforma 1/2015, la singularidad del régimen jurídico de aplicación de penas de los delitos leves se reduce a este punto. Desaparece, por lo tanto, la obligación de respetar el límite mínimo nominalmente asignado, que se hace permeable en sentido descendente en las formas imperfectas de ejecución y participación (arts. 62 y 63 CP) y en los supuestos de eximente incompleta (art. 68 CP), conforme a las reglas de dosimetría penal establecidas en el art. 70.1.2ª CP [v. gr. tentativa inacabada de hurto de un bien de valor no superior a 400 euros, art. 234.2 CP, la pena de 1 a 3 meses de multa se rebajaría obligatoriamente en un grado (multa de 15 a 29 días), o facultativamente en dos (multa de 8 a 14 días)].

Prescripción de la pena

El art. 133.1 CP determina los plazos de prescripción de las penas en función de la duración concreta impuesta en sentencia firme. Los apartados 6 y 7 prevén el plazo de cinco años para las penas menos graves y de un año para las penas leves.

Al tratar del ámbito objetivo del procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves ya hicimos referencia a que un delito leve, conforme a los parámetros del art. 13.4, inciso segundo CP, puede ser sancionado con una pena menos grave –v. gr. el delito de homicidio causado por imprudencia menos grave previsto en el art. 142.2 CP, puede ser castigado en sentencia con pena de 8 meses de multa; el delito es leve, porque la pena que tiene nominalmente asignada abarca de 3 a 18 meses de multa, y 3 meses entra en el marco de la pena leve, pero la pena concretamente impuesta se inserta en el tramo de la multa como pena menos grave del art. 33.3,j) CP-.

El hecho de que el delito tenga atribuida naturaleza leve con arreglo a la norma del art. 13.4 CP en nada altera la naturaleza menos grave de la pena concretamente impuesta si la extensión determinada en sentencia se adentra en el tramo o cuantía del art. 33.3 CP, por lo que, en estos supuestos, habremos de entender que el plazo de prescripción es el de cinco años. Por el contrario, si la pena impuesta queda en el tramo leve, su plazo de prescripción será de 1 año.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. JURIPRUDENCIA ANTERIOR AL CÓDIGO PENAL DE 1870

1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE JULIO DE 1858

ANTECEDENTES DE HECHO

Resultando que el Capitán General de Granada, declarando su distrito en estado excepcional, publica un bando por el que quedó sujeto a la jurisdicción del Consejo de Guerra permanente el conocimiento de las causas que se formasen por robo en despoblado, cualesquiera que fuese el número de los reos. Resultando que en la madrugada del 30 de enero último, habiendo observado el pastor Alonso Molina que las ovejas que guardaba andaban esparcidas por el campo, y que una de ellas estaba amarrada á una estaca, apareciendo rota la cerca que formaba el corral, se ocultó con objeto de descubrir al culpable y vio aproximarse al llamado Antonio Delgado, á quien sorprendió y sujetó en el acto de desatar la oveja, conduciéndole, en unión de otro pastor, Alonso Cortés, ante una pareja de la Guardia civil: Resultando que el indicado Alonso Corles, reconociendo con tal motivo su corral, halló rotas las puertas de él y muerto dentro un macho cabrío, hechos que atribuyó Antonio Delgado a Melchor López García, el cual con los demás que figuran como reos en la causa fueron puestos á

disposición del Comandante militar de la Serranía de Ronda. Resultando que en ninguno de los sumarios formados por las dos jurisdicciones, entre las que versa la presente competencia, aparece diligencia alguna de reconocimiento del daño causado en los corrales, ni constan la clase, forma y condiciones de ellos. Resultando que el Juzgado ordinario funda su competencia en que el hecho de que se trata no merece la calificación de robo, por no haber habido violencia en las personas ni fuerza en las cosas; y el de Guerra en que aun cuando el hecho se calificara de ese modo hallándose comprendido en el bando el delito de robo en toda su extensión, en esa escala se comprendería el de hurto: Vistos; siendo ponente el ministro D. Sebastián González Nandin.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Considerando que los delitos de robo y de hurto son distintos en su esencia é importancia penal, siendo por tanto inexacto que bajo la denominación necesariamente específica y concreta de los primeros, consignada en un documento de la naturaleza del que se trata, deban comprenderse los segundos, como lo pretende el Juzgado militar: Considerando que no resulta de autos reconocimiento alguno judicial de los sitios donde ocurrieran los hechos que se persiguen, omisión notable que impide sean calificados por ahora de otro modo que cual aparecen, esto es, como meras tentativas de hurto: Considerando, por último, que con arreglo á esa indispensable y legal calificación, es inaplicable á ellos el bando del Capitán General de Granada, referente soló a los robos en despoblado;

FALLO

Declaramos que el conocimiento de estos autos corresponde al Juzgado de primera instancia de Ronda, á quien se remitan todas las actuaciones: Y por la presente sentencia, de la que se pasarán copias certificadas para su publicación en la Gaceta de esta corte é inserción en la Colección legislativa, así lo pronunciarnos, mandamos y firmamos.-Ramón López Vázquez.-Joaquín José Casaus.-Sebastián González Nandin.-Fernando Calderón y Collantes.-Gabriel Ceruelo de Velasco.

Publicación.-Leída y publicada fue la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Sebastián González Nandin, ministro del Tribunal Supremo de Justicia, estando celebrando audiencia pública en su Sala extraordinaria el día de hoy, de que certifico como escribano de Cámara habilitado.

Madrid 22 de julio de 1858.-Gregorio C. García.- (Publicada en la Gaceta de 24 de julio de 1858.)

2-SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE FEBRERO DE 1861

En la villa y corte de Madrid; á 19 de febrero de 1861, en los autos de competencia que ante Nos penden, entre el Juzgado de Marina del tercio y provincia de Valencia y el de primera instancia del distrito del Mercado de dicha ciudad, acerca del conocimiento de la causa formada contra Rosa Torán y Fabián por hurto de un pañuelo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Resultando que en 5 de diciembre del año último fue detenida esta á consecuencia del parte que se dio al Inspector de vigilancia del cuartel del Mercado de aquella ciudad, anunciándole que un joven que acompañaba á Rosa había hurtado un pañuelo en la tienda de D. Ángel Domenech y compañía, sita en la calle de San Fernando, números 5 y 7, y que en averiguación del hecho se empezó á instruir la correspondiente causa en el Juzgado ordinario: Resultando que el padre de la procesada, matriculado de Marina, acudió al Juzgado de su fuero con la oportuna instancia, en cuya virtud este reclamó del ordinario que se inhibiese del conocimiento y le remitiera el proceso; fundándose en que el delito que dio motivo á su formación no causa desafuero, y la Rosa Torán goza del especial de Marina por ser hija soltera y menor de 16 años de un matriculado, en cuya compañía y bajo cuya dependencia vive; Y resultando que el Juez de primera instancia se ha negado á la inhibición, alegando que los hijos de los matriculados de mar solo disfrutan del fuero de sus padres en el caso de ser menores de

18 años y emplearse en el servicio de la mar ó aplicarse al estudio de la náutica en las escuelas establecidas, según el art. 8.º, tít. 18 (así dice en su exposición, pero debe ser tít. 8.º) de las ordenanzas, y que, como las hijas no pueden hallarse en el expresado caso, no gozan del privilegio: Vistos, siendo Ponente el Ministro de este Supremo Tribunal D. Domingo Moreno:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Considerando que para resolver la cuestión de competencia suscitada entre la jurisdicción ordinaria y la especial de Marina con motivo del hurto verificado por Rosa Torán, hija de Tomás, cabo de matrícula, no basta tener presentes las disposiciones de las ordenanzas del ramo, sino que es preciso aplicar al caso de que se trata algunas de las del ejército y también la ley 1.^a, tít. 7.º, lib. 6.º de la Novísima Recopilación, en cuya virtud goza la matrícula de fuero militar: Considerando que si á las hijas de los inscritos en la misma no está concedido el de Marina por su legislación especial de una manera tan clara y explícita como lo fue el de Guerra á las de los militares, es indudable que les favorece el espíritu de aquellas ordenanzas, puesto que gozando conforme á su art. 5.º, tít. 5.º de la exención de alojamiento de tropas las mujeres y familias que están á expensas de los matriculados, de ese privilegio disfrutaban las hijas solteras que, como la Torán, viven en compañía y á expensas de sus padres: Considerando que aun en el caso de que fuera contrario á esa equitativa interpretación el espíritu, al parecer restrictivo, del art. 8.º, tít. 8.º, ó sea el final de la ley 7.^a, título y libro ya citados, por el cual se concedió fuero militar á los hijos de los matriculados que se empleasen en el servicio de la mar, ó se aplicasen al estudio de la náutica antes de tener la edad competente para alistarse, desde que se promulgó la ley 1.^a antes referida, los hijos é hijas de los matriculados se hallan en cuanto á fueros y preeminencias en el mismo caso que los hijos é hijas de los individuos del ejército, según y en los términos expresados por este Supremo Tribunal en su decisión de 16 de diciembre de 1857 Considerando que con arreglo al art. 8.º, tít. 1.º, tratado 8.º de la ordenanza del ejército, contenido en la ley 14, tít. 4.º, lib. 6.º de la Novísima Recopilación, y á la jurisprudencia establecida y consignada en sentencias de 18 de marzo de 1854, 7 de mayo y 22 de junio de 1859, las mujeres y los hijos de todo militar disfrutaban de dicho fuero, y muerto aquel, le conservan su viuda y las hijas mientras no tomen estado: Y considerando por las

razones expuestas y disposiciones legales citadas que Rosa Torán y Fabián reúne las circunstancias necesarias para gozar del fuero correspondiente á su padre, cabo de matrícula;

FALLO

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de esta causa corresponde al Juzgado de Marina del tercio y provincia de Valencia, al que se remitan unas y otras actuaciones para que proceda con arreglo á derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Gaceta del Gobierno é insertará en la Colección legislativa, para lo cual se pasen las oportunas copias certificadas, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Martin Carramolino.-Félix Herrera de la Riva.-Juan María Biec.- Felipe de Urbina.-Eduardo Elio.-Domingo Moreno.

3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE OCTUBRE DE 1862

Hurto doméstico. -Se decide por la Sala segunda del Tribunal Supremo á favor de la Sala segunda de la Audiencia de Madrid, la competencia suscitada con la Sala cuarta de la misma Audiencia, acerca del conocimiento de la causa formada contra Josefa López Llano, por hurto.

En la villa y corte de Madrid, á 28 de octubre de 1862, en los autos de competencia que ante Nos penden entre las Salas segunda y cuarta de la Audiencia de este territorio acerca del conocimiento de la causa formada contra Josefa López Llano, criada al servicio de D. Santos Fernández Frey:

ANTECEDENTES DE HECHO

Resultando que en la mañana del 26 de julio del año pasado salió la Josefa para lavar en el rio varias prendas de ropa que al efecto le entregaron sus amos, y no regresó á la casa, sin que se haya logrado averiguar su paradero ni el de las mencionadas ropas,

cuyo valor, según manifiesta el Fernández, pasará de siete duros: Resultando que instruido el oportuno sumario por el Juez del distrito de la Universidad, remitió á su tiempo las diligencias á la Sala cuarta correccional por considerar que correspondía á esta el conocimiento de la causa, según el Real decreto de 23 de junio de 1854. Resultando que pasada la causa al Fiscal, este ministerio calificó el hecho como hurto doméstico en cantidad mayor de cinco duros y menor de 500, constitutivo por consiguiente de delito grave, y en su virtud propuso que la Sala se inhibiese y acordase la devolución de las actuaciones al inferior para que procediera á lo que hubiese lugar con arreglo á derecho: Resultando que la indicada Sala cuarta estimó que el hecho atribuido á la Josefa López constituye una estafa comprendida en el núm. 1.º del artículo 452 del Código penal, y se declaró competente, mandando pasar otra vez la causa al Fiscal para que formulase la acusación ó propusiese lo que estimara conveniente: Resultando que el Fiscal, en vista de esta resolución, acudió á la Sala segunda promoviendo la inhibitoria, que fue acogida por ella; formalizándose así el presente conflicto jurisdiccional en razón de las distintas calificaciones que hacen del hecho una y otra Sala: Resultando que la cuarta alega que, según el art. 437 del Código, es una circunstancia característica del delito de hurto la sustracción subrepticia de la cosa ajena, ó sea el acto de tomarla sin la voluntad de su dueño: que sin esta circunstancia solo se concibe el hurto en un caso de excepción que señala el mismo Código, y es el de negar alguno con ánimo de lucrarse haber recibido dinero ú otra cosa mueble que se le hubiese entregado por un título que obligue su devolución: que ninguno de estos requisitos concurren en el caso actual, porque la Josefa recibió de manos de sus amos, y no tomó ella subrepticamente las ropas, ni ha negado haberlas recibido: que por tanto no puede calificarse el hecho como hurto doméstico, y que por el contrario está comprendido en la disposición del art. 432, que pena á los que se apropian efectos que reciben por un título que produce obligación de entregarlos ó devolverlos: Y resultando que la Sala segunda sostiene que el título á que se refiere el citado art. 452 es el especial y relativo á un acto ú objeto determinado, distinto de la confianza general que el servicio doméstico exige y que se deposita en los criados para todos los actos propios del mismo, y que por ello el abuso atribuido á la Josefa no puede comprenderse en dicho artículo, sino que se halla penado especialmente en el párrafo segundo del 439; añadiendo que si se admitiese la opinión de la Sala cuarta quedaba suprimido casi

totalmente el delito especial de hurto doméstico, convirtiéndose en estafa contra la evidente intención del legislador, pues que siempre están entregados por los amos á sus criados los objetos de la casa, ya para su custodia, ya para los demás servicios domésticos: Vistos, siendo Ponente el Ministro de este Supremo Tribunal D. Ramón María de Arrióla:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Considerando que los criados domésticos no reciben por título de depósito, comisión ó administración, ni por otro que produzca obligación de entregarlos ó devolverlos, en el sentido especial, limitado y voluntario del párrafo primero, art. 432 del Código penal, los objetos de que se hacen cargo para cumplir las órdenes é instrucciones de sus amos: Considerando que cuando cumplen estas órdenes é instrucciones proceden siempre dentro del círculo de la obligación que desde un principio se impusieron, obligación general que comprende por su naturaleza la de corresponder á la necesaria y absoluta confianza que en ellos depositan los amos al encomendarles los efectos de la casa, ya para su custodia, ya para los demás actos propios del servicio doméstico: Considerando que si bien en el párrafo primero del artículo 437 de dicho Código, al hacerse la calificación de los reos de hurto, se usa de la palabra toman, es sin embargo lo cierto, atendido el contexto del mismo artículo y comparado con el del 432, que la ley, prescindiendo de meros accidentes de forma y teniendo únicamente en cuenta la índole de las acciones punibles, estima que el criado doméstico, en el acto de apropiarse los - efectos muebles que se le hayan confiado por razón de su servicio, los toma positivamente en el sentido y espíritu de la ley para las consecuencias de la culpabilidad: Considerando que solo en este sentido puede aplicarse lógicamente la disposición del párrafo segundo del referido art. 437, que determina un caso de hurto sin que medie el acto de tomar materialmente el objeto sustraído: Considerando que la procesada Josefa López Llano era criada doméstica de D. Santos Fernández Frey cuando se supone cometido el delito que se la atribuye; que la entrega de prendas de ropa que se le hizo no constituya un título especial de depósito, comisión, administración ú otro semejante, sino el modo de desempeñar uno de los actos de su servicio; y que en caso de que se justifique el delito que se le imputa, se ha hecho merecedora de pena mayor que la correccional á que está limitada la jurisdicción de la

Sala cuarta: Y considerando finalmente, que el ministerio público dirige su acción contra la procesada en el concepto de autora de delito de hurto doméstico en cantidad mayor de cinco duros y menor de 500;

FALLO:

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de esta causa corresponde á la Sala segunda, á la que se remitan todas las actuaciones para lo que proceda con arreglo á derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Gaceta del Gobierno é insertará en la Colección legislativa, para lo cual se pasen las oportunas copias certificadas, lo pronunciamos, mandamos y firmarnos.- Juan Martin Carramolino.- Ramón María de Arrióla.-Félix Herrera de la Riva.-Juan María Biec.-Felipe de Urbina.-Eduardo Blío.-Domingo Moreno.

Publicación.-Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Ilmo. señor D. Ramón María de Arrióla, Ministro del Tribunal Supremo de Justicia, estándose celebrando audiencia pública en su Sala segunda el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 28 de octubre de 1862.-Gregorio Camilo García. (Gaceta de 30 de octubre de 1862.).

4-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE DICIEMBRE DE 1862

Hurto doméstico.-Se decide por la Sala segunda del Tribunal Supremo á favor de la Sala primera de la Audiencia de Madrid, la competencia suscitada con la Sala cuarta de la misma acerca del conocimiento de la causa formada contra José Sáenz de Llera, criado al servicio de D. Inocente Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Resultando que en la mañana del 15 de enero de este año recibió el José de manos de su amo un billete del Banco de España de 500 reales para que le cambiase; y que habiendo salido á verificarlo, no regresó á la casa y se apropió su importe, según ha confesado posteriormente: Resultando que instruido el oportuno sumario por el Juez del distrito del Prado, le remitió á su tiempo á la Sala cuarta correccional, por considerar que correspondía á la misma el conocimiento de la causa según el Real decreto de 23 de junio de 1854 Resultando que el Ministerio fiscal calificó el hecho como hurto doméstico en cantidad mayor de cinco y menor de 500 duros, y por lo mismo constitutivo de delito grave, y propuso que la referida Sala se inhibiese del conocimiento del proceso y le devolviera al Juzgado instructor para que le sustanciase y determinara con arreglo á derecho: Resultando que la Sala estimó que el hecho atribuido á José Sáenz constituye una estafa, comprendida en el número 1.º del art. 452 del Código penal , y se declaró competente, mandando que volviese la causa al Fiscal de S. M., para que propusiera la acusación ó solicitase lo que tuviese por conveniente: Resultando que el Fiscal, en vista de esta resolución, acudió á la Sala primera proponiendo la inhibitoria, que fue acogida por esta, formalizándose el presente conflicto jurisdiccional en razón de las distintas calificaciones de una y otra Sala: Resultando que la cuarta alega que según el art. 437, una de las circunstancias características del delito de hurto es la de tomar la cosa ajena sin la voluntad de su dueño, ó sea la sustracción subrepticia de la misma: que sin esta circunstancia solo puede existir el referido delito de hurto, cuando alguno, con ánimo de lucrarse, niega haber recibido dinero ú otra cosa mueble que se le hubiese entregado en virtud de un título que obligue a la devolución: que José Sáenz no tomó subrepticamente el billete de Banco, sino que le fue entregado por su amo, y ha confesado en su indagatoria haberle recibido, y que por consiguiente no le es aplicable el art. 439 del referido Código, sino el 452, y la pena que según este debe imponérsele no -excede de las correccionales-, Y resultando que la Sala primera sostiene que los abusos cometidos por los criados en actos necesarios del servicio doméstico constituyen el delito de hurto cualificado, y no el de estafa, pues que los caracteres distintivos de ambos delitos son el abuso de confianza en el primero, y el artificio ó engaño en el segundo: que en el caso actual el procesado Sáenz no se valió de artificio ni engaño alguno para obtener lucro con perjuicio de su amo, sino que abusando de la confianza que necesariamente debió

depositar en él, se apropió contra la voluntad de este el billete que le entregó con otro objeto, dándole un destino diferente de aquel que se le había ordenado; y que por tanto, como autor de hurto, merece pena aflictiva, y añade, que al hablar el art; 452 de las personas que se apropian ó distraen con perjuicio de otro dinero ó cosa mueble que reciben por un título que produzca obligación de entregarla ó devolverla, se refiere á las que tienen título especial semejante al de depósito, administración y demás que particularmente designa dicho artículo, y no á los criados, los cuales no reciben las cosas que sus amos les entregan por un título distinto de la confianza general que el servicio doméstico exige: Vistos, siendo Ponente el Ministro D. Felipe de Urbina:

Considerando que los criados domésticos, á quienes por razón de su servicio entregan sus amos dinero ú otros efectos muebles, no los reciben por título de depósito, comisión ó administración, ni por otro que produzca obligación de entregarlos ó devolverlos, en el sentido especial que determina el núm. 1.º del art. 452 del Código penal: Considerando, por lo tanto, que entre los hechos penados por el mismo artículo no está comprendido el de que se traía: Considerando que si bien en el núm. 1.º del art. 437, al hacerse la calificación de los reos de hurto, se usa de la palabra toman debe sin embargo entenderse que este verbo en lo legal tiene una significación más lata, y que comprende el hecho de apropiarse el criado doméstico los efectos muebles que se le han confiado, porque en el acto en que lo verifica los toma en el sentido de la ley para los efectos de la culpabilidad; Y considerando que José Sáenz de Llera, al apropiarse el billete de 500 reales que le entregó su amo para que lo cambiase, encargándole una función propia del servicio que desempeñaba, se hizo reo de hurto doméstico en cantidad que excede de cinco duros, y puede ser merecedor de pena aflictiva, que no está facultada para imponer la Sala cuarta de esta Audiencia;

FALLO:

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de esta causa corresponde á la Sala primera, á la que se remitan unas y otras actuaciones para lo que proceda con arreglo á derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Gaceta del Gobierno, é insertará en la Colección legislativa, para lo cual sopasen las oportunas copias

certificadas, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan; Martin Carramolino.- Ramón María de Arrióla.-Félix Herrera de la Riva.-Juan María Biec-Felipe de Urbina.- Eduardo Elio.-Domingo Moreno.

Publicación.-Leída y publicada fue la, anterior sentencia por el Ilustrísimo Sr. D. Felipe de Urbina, Ministro del Tribunal Supremo de Justicia, estándose celebrando audiencia pública en su Sala segunda el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 11 de diciembre de 1862.-Gregorio Camilo García.- (Gaceta de 14 de diciembre de 1862.)

5-SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE OCTUBRE DE 1865

ANTECEDENTES DE HECHO

Resultando qué en la noche del 8 de marzo de este año se introdujo Machuca en el cuartel del destacamento de Carabineros de Loja, que se hallaba abierto; y sin intimidación en las personas ni fuerza en las cosas tomó algunas ropas y dos cuadros de la propiedad del sargento Juan López, habiéndose hallado después en su poder varios de dichos efectos: Resultando que formadas con este motivo diligencias sumarias por la jurisdicción civil y la militar, ambas sostienen que las corresponde el conocimiento de la causa, y en su virtud se ha originado la presente competencia: Resultando que el Juzgado de la Capitanía general de Granada alega que por la disposición del art. 4.º, tít. 3.º, tratado 8.º de la Ordenanza el delito de robo verificado en los cuarteles produce desafuero, y que bajo aquella denominación está comprendido también el de hurto; debiéndose entender que la distinta clasificación hecha del uno y del otro en el Código penal es para la diversidad de la pena, pero que no deroga el citado artículo de la Ordenanza: Y resultando que el Juez de primera instancia de Loja expone que el delito de hurto, aunque se cometa en un cuartel, no causa desafuero porque la Ordenanza habla solamente del robo, y su disposición debe entenderse en sentido estricto, citando en

apoyo de esta opinión la decisión de este Supremo Tribunal de 14 de agosto de 1862 Vistos, siendo Ponente el Ministro D. Felipe de Urbina:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Considerando que el hecho criminal de que se trata consiste en haber entrado Román Machuca en el cuartel del destacamento de Carabineros de Loja, que estaba abierto, y tomado sin violencia ni intimidación en las personas ni fuerza en las cosas algunas ropas y dos cuadros de la propiedad del sargento Juan López: Considerando que este delito está calificado de hurto en el Código criminal: Considerando que el art. 4.º, tít. 3.º, tratado 8º de las Ordenanzas del ejército, que establece el desafuero para los casos de robo en cuartel, se concreta únicamente á los robos, y que por lo tanto lo dispuesto en el mismo no puede ser extensivo á los hurtos, como equivocadamente sostiene el Juzgado de la Capitanía general: Y considerando que los reos de hurto no están expresamente desaforados en el mencionado artículo de las Ordenanzas del ejército;

FALLO

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de esta causa corresponde al Juez de primera instancia de Loja, al que se remitan unas y otras actuaciones para lo que proceda con arreglo á derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Gaceta del Gobierno é insertará en la Colección legislativa, para lo cual se pasen las oportunas copias certificadas, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Miguel de Najera Meneos.-Juan María Biec-Felipe de Urbina.

Publicación.-Leída y publicada fue la precedente sentencia por el Ilmo. Sr. D. Felipe de Urbina, Ministro de la Sala segunda y de Indias del Supremo Tribunal de Justicia, celebrando audiencia pública la misma Sala en el día de hoy, de que yo el Escribano de Cámara habilitado certifico.

Madrid 3 de octubre de 1863.-Francisco Valdés.- (Gaceta de 6 de octubre de 1863.)

6-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE JULIO DE 1868

ANTECEDENTES DE HECHO

Resultando que en la madrugada del 25 de Abril último fue detenido Alejandro Castrillo Izquierdo con dos sacos que contenían 63 raciones de pan, sustraídas de la provisión de suministros de Burgos, en la que por caridad, y para que ayudase á los obreros, le permitían se quedase algunas noches Resultando que instruida la oportuna causa en el Juzgado de primera instancia de dicha ciudad, por auto de 13 de Mayo se confirió al procesado traslado de la acusación fiscal, que evacuó en 22 del mismo mes: Resultando que formada también sumaria con motivo del suceso de que se trata por el Juzgado de Guerra, en 19 del propio mes de Mayo requirió de inhibición al Juez de primera instancia, el que se negó á ella, promoviéndose en su virtud esta competencia, para cuya decisión uno y otro han elevado á este Tribunal Supremo sus respectivas actuaciones Resultando que el Juzgado de Guerra, en apoyo de su jurisdicción, expone: que no son aplicables al caso las disposiciones que determinan que formulada la acusación no pueda promoverse la cuestión de competencia, pues aquellas se refieren al acusado que la propone después de dicho trámite, pero no al Juzgado que reclama el fuero cuando ha llegado á su noticia el suceso que las palabras robo y hurto son sinónimas en jurisprudencia militar que el hecho de que se trata se cometió en un establecimiento militar, cual es una provisión ó factoría de suministros al ejército, y lo que se sustrajo fueron precisamente efectos para el mismo ó para su socorro, cometiéndose una vejación; y que por consecuencia, con arreglo al art 1.º, título 3.º, tratado 8.º de las Ordenanzas del ejército, solo podía conocer de la causa la jurisdicción de Guerra: Y resultando que el Juez de primera instancia alega para sostener su competencia que al recibirse por el mismo el oficio del Juzgado militar reclamando el conocimiento de la causa, esta se hallaba en poder del defensor del procesado para evacuar el traslado de la acusación fiscal, en cuyo estado no son admisibles reclamaciones de fuero, como así está declarado por Reales órdenes de 30 de Marzo de 1827, 18 de Setiembre de 1830 y 30 de Marzo de 1831, y por sentencias de este Tribunal Supremo de 5 de Noviembre y o de Diciembre de 1833, 26 de Julio de 1859, 31 de Junio de 1862 y 18 de Agosto de 1863; y que el desafuero de los paisanos por hechos contra la propiedad, se da por el delito de robo cometido en los edificios

militares, mas no por el hurto, cual lo es el de que se trata, según así también lo tiene declarado este Tribunal en sentencia de 3 de Octubre de 1860.

Vistos, siendo Ponente el Ministro D. Buenaventura Alvarado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Considerando que el hecho de tomar las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucrarse y sin violencia ó intimidación en las personas ni fuerza en las cosas, como ha sucedido en el presente raso, está calificado de hurto en el art. 437 del Código penal: Y considerando que si bien por el art. 4.º, tít. 3.º, tratado 8.º de las Ordenanzas del ejército, que cita el Juzgado de la Capitanía general, se atribuye á la jurisdicción militar privativamente el conocimiento de las causas de robos ó vejaciones que en los edificios militares se ejecuten, esta disposición debe limitarse á los delitos que designa, y no puede extenderse á los de hurto, por no estar expresamente comprendidos en ella y distinguirse tanto de aquellos otros, cuya cualidad esencial es la violencia en las personas ó la fuerza en las cosas;

FALLO:

Fallamos, que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de esta causa corresponde al Juez de primera instancia de Burgos, al que se remitan unas y otras actuaciones para lo que proceda con arreglo á derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Gaceta del Gobierno dentro de los tres días siguientes al de su fecha, y se insertará en la Colección legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. - Joaquín de Palma y Vinuesa. -José María Herreros de Tejada. -El Conde de Valdeprados. -Buenaventura Alvarado. -Joaquín Jaumar.

7-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1870

ANTECEDENTES DE HECHO

Resultando que en 7 de Diciembre de 1868, hallándose de Escribiente en la Habilitación de Orden público el agente Fernando Pérez Barisó, sustrajo de los fondos de la misma destinados para el pago del personal 828 escudos, abusando de la confianza que en él tenía depositada el Habilitado D. Atanasio Chic, y aprovechando un momento en que éste no estaba presente: que el procesado confesó este hecho en su indagatoria, si bien intentando atenuar la criminalidad con atribuir su origen al deseo de ganar al juego 2.000 y pico de reales que había encontrado de menos en un arqueo que hizo de los fondos: Resultando que D. Atanasio Chic declaró que el procesado tenía á su cargo los fondos de la Habilitación por razón de su destino y por la confianza que en él tenía, puesto que la llave de la taquilla en que se encierran estaba en poder de Barisó, en cuya declaración se ratificó, ampliándola á consecuencia de haber ordenado la Audiencia la práctica de ciertas diligencias al recibir la causa en consulta: Resultando que seguida la causa por todos sus trámites, dictó sentencia el Juez de primera instancia, condenando á Fernando Pérez Barisó en cuatro años de presidio menor; y aceptando la Sala extraordinaria en vacaciones de la Audiencia de este territorio los resultandos y considerandos del referido Fallo, le impuso la pena de cuatro años y nueve meses de presidio menor, con las accesorias correspondientes: Resultando que contra esta sentencia interpuso el procesado recurso de casación por infracción de ley, fundándolo en el párrafo tercero del art. 4." de la ley provisional de 18 de Junio último, por haber cometido la Sala sentenciadora error de derecho en la calificación del delito, supuesto que si Barisó tenía á su cargo y custodiaba bajo llave, que obraba en su poder, los fondos pertenecientes á la Habilitación de los agentes de Orden público, desempeñada por Don Atanasio Chic; como no tenía dichos fondos por razón de su destino, sino por la confianza que de él hacia el Habilitado, al apropiarse Parte de ellos no había cometido hurto, según se calificaba en la sentencia, sino una estafa ó defraudación comprendida en el art. 452 del Código penal vigente á la fecha en que se dictó la sentencia de vista, cuyo artículo había sido infringido por ésta al no aplicarle al caso: Resultando que admitido el recurso por la Sala segunda de este Tribunal Supremo, se ha sustanciado en esta tercera con arreglo á derecho: Resultando que en el acto de la vista el Ministerio fiscal se adhirió in voce al recurso creyendo admisibles las razones alegadas por el recurrente y ciertas las infracciones por el mismo citadas. Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pascual Bayarri.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Considerando que es procedente el recurso de casación en lo criminal cuando se infringe alguna ley en la parte dispositiva de la sentencia, debiendo entenderse que tal infracción existe conforme á lo prescrito en el párrafo tercero del art. 4.º de la ley provisional sobre el establecimiento del expresado recurso, si dados los hechos consignados y admitidos en la ejecutoria, se comete por los Tribunales superiores error de derecho en la calificación del delito: Considerando que, según lo dispuesto en el art. 437 del Código penal vigente, al dictarse sentencia de vista en esta causa cometen delito de hurto los que con ánimo de lucrarse y sin violencia ni intimidación en las personas, ni fuerza en las cosas, toman las ajenas sin la voluntad de su dueño; y en tal concepto no ha incurrido la Sala sentenciadora en el error de derecho, alegado en apoyo de la procedencia del presente recurso, por haber calificado de hurto y no de estafa el delito perpetrado por Fernando Pérez Barisó, toda vez que los hechos consignados y admitidos en la ejecutoria revelan que éste sustrajo la cantidad defraudada de la taquilla donde se custodiaban los fondos de la Habitación de los agentes de orden público, de los que estaba directamente encargado D. Atanasio Chic, aprovechando un momento en que se hallaba ausente, de modo que en la ejecución del delito concurrieron todas las circunstancias que, respecto del hurto, hace necesarias é indispensables la citada disposición: Y Considerando que siendo requisito esencial del delito de estafa, según el precepto del párrafo primero del art. 432 del referido Código, la apropiación ó distracción por un autor de dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubiese recibido en comisión, depósito o administración, ó por otro título que obligue a entregarla o devolverla, no resulta de los hechos consignados en la sentencia que D. Atanasio Chic hiciera entrega al procesado de los fondos custodiados en la taquilla bajo ninguno de los expresados conceptos, ni tampoco que estuviera por el mismo autorizado para tomarlos é invertirlos; en determinado objeto y les diera distinta aplicación de la que se le encargara, no habiéndose por tanto infringido en la sentencia el citado art.452;

FALLO:

Fallamos, que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso interpuesto por Fernando Pérez Barisó contra la sentencia pronunciada por la Sala

tercera de la Audiencia de esta capital, al que condenamos en las costas; librándose la oportuna certificación á la misma.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Gaceta de Madrid é insertará en la Colección legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. -Sebastián González Nandin. -Pascual Biyarri. -Manuel María de Basualdo. -Miguel Zorrilla. -Francisco Puget. -Antonio Valdés. -Francisco Armesto.

Publicación: Leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Don Pascual Bayarri, Magistrado del Tribunal Supremo, estándose celebrando audiencia pública en su Sala tercera el día de hoy, de que certifico como Secretario Relator de la misma.

Madrid 28 de noviembre de 1870.-Licenciado José María Pantoja.

II. JURISPRUDENCIA REFERENTE AL CÓDIGO PENAL DE 1870

1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE ENERO DE 1871

ANTECEDENTES DE HECHO

Resultando que el día 22 de Enero del año anterior al pasar José Lozano Ortega por la tienda de D. Manuel Ortiz, del comercio de Sevilla, y aprovechando un descuido del mismo tomó unos retazos de géneros que han sido apreciados en 10 escudos y medio, de cuyo hecho se halla conforme el procesado: Resultando que practicando diligencia Ortiz encontró al Lozano en el estanco de Antonio Romero, en ocasión de hallarse sobre el mostrador intentando abrir el cajón donde el último tenía el dinero: Resultando que seguida la causa, el Juez de primera instancia del distrito del Salvador, dictó su Fallo exponiendo en uno de sus resultandos que con anterioridad se habían seguido causa al procesado por la misma especie de delito, y que constaba que no había cumplido la pena de sujeción a la vigilancia de la Autoridad, que por la última de

aquellas le había sido impuesta: que consultado dicho definitivo con la Audiencia de Sevilla, la sección segunda de la Sala de vacaciones por sentencia de 6 de Septiembre del año anterior declara que los hechos probados en esta causa constituyen los delitos de hechos consumados y tentativa de hurto, ambos por menos de cinco duros, con la circunstancia calificativa de reincidencia, é impuso al procesado la pena que estimó procedente Resultando que interpuesto contra este fallo recurso de casación por infracción de ley, este Tribunal Supremo mandó dirigir carta orden á la Audiencia de Sevilla para que la Sala que había dictado aquella examinase si con arreglo al art. 23 del Código penal reformado correspondía al procesado Lozano la misma ó menor pena, y que en su virtud, por nueva sentencia de 5 de Diciembre último, y de conformidad á lo dispuesto en los artículos 533, caso 3.º, 67, 79, 93 y 95 de dicho Código declarando nuevamente aquella Sala que el procesado era dos veces reincidente, le condenó por el hurto consumado, á dos meses de arresto mayor y accesorias, y por la tentativa de hurto á satisfacer 40 pesetas de multa Resultando que el procesado insiste en su recurso, fundándole en cuanto al hurto consumado, en que se considera delito lo que es falta, infringiéndose primero el art. 529 del Código penal reformado; segundo la doctrina legal de que las reincidencias se prueban por medio de las sentencias que hubiesen recaído, y tercero por haberse infringido también el art. 531 de dicho Código, al fijar la penalidad. Y en cuanto á la tentativa de hurto en que no la hubo, porque el artículo 3.º del Código vigente exige, para que la haya; actos directos y exteriores de ejecución del delito, y porque no se sabía si el cajón contenía dinero ni cuánto, ignorándose por consiguiente si podía cometerse el delito de hurto y cuál fuera su importancia.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Narciso López.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Considerando que este Tribunal Supremo en los recursos por infracción de ley tiene que aceptar los hechos como vengan consignados en la sentencia de cuya casación se trate, y que los expuestos por la Sala sentenciadora demuestran no ser exacta la causa de casación que se alega, respecto al hurto consumado, cual es la de no haberse hecho constar debidamente la reincidencia Y considerando que la calificación de la sentencia de hurto, hecha por la expresada Sala, se encuentra en relación exacta y legal con los

hechos consignados por la misma, no existiendo la causa alegada ni siendo por consiguiente admisible el recurso, tanto en uno como en otro extremo:

FALLO

Fallamos, que debemos declarar y declaramos no haber lugar á la admisión del interpuesto por José Lozano Ortega, al que condenamos en las costas, y comuníquese al Tribunal sentenciador para los efectos que correspondan.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Gaceta de Madrid é insertará en la Colección legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=Manuel Ortiz de Zúñiga.=Tomás Huet.=José María Haro.= Manuel León.=Fernando Pérez de Rozas. =Narciso Lo-peç.=Francisco de Vera.

Publicación: Leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Don Narciso López, Magistrado del Tribunal Supremo, estando celebrando audiencia pública en la Sala segunda en el día de su fecha, de que certifico como Secretario Relator de dicha Sala.

Madrid 17 de Enero de 1871.=Licenciado Emilio Fernández Cid.

2-SENTENCIA EL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE FEBRERO DE 1871

ANTECEDENTES DE HECHO

Resultando que dado definitivamente de baja el Pedro Gutiérrez de Iturbúrua del Cuerpo de Carabineros, en que había servido, pernoctó la noche del 5 de Septiembre de 1870 en la caseta de los Carabineros de Santa Bárbara, frente á la línea inglesa; y habiendo salido aquellos al cumplimiento de sus deberes, al volver á la caseta echaron de menos un baúl con 308 pesetas y tres pares de borceguíes: Resultando que el Juzgado de Guerra funda su derecho para conocer, en que el hecho está comprendido en el núm. 6.º del art. 330 de la Ley provisional sobre organización del poder judicial: Resultando que por el contrario el Juzgado ordinario lo hace fundándose en ese mismo artículo y

número, y en la jurisprudencia que se desprende de la sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de Marzo de 1870 .

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José María Haro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Considerando que, según lo dispuesto en el art. 321 de la Ley orgánica del poder judicial, la jurisdicción ordinaria es la única competente para conocer de todas las causas criminales, á excepción de las que expresamente se atribuye su conocimiento á las jurisdicciones de Guerra y Marina en aquel título, y las reservadas al Senado.

Y considerando que según lo que basta ahora aparece de ambos procedimientos, y sin perjuicio de su ulterior resultado, el hecho no es robo, sino hurto; y que los delitos de esta clase no se hallan comprendidos en el núm. 6, art. 350 de la Ley orgánica del poder judicial, único fundamento en que el Juzgado de Guerra apoya su derecho para conocer de las presentes actuaciones;

FALLO

Fallamos, que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de esta causa corresponde al Juez de primera instancia de San Roque, al que se le remitan unas y otras diligencias para que proceda con arreglo á derecho.

Así por esta sentencia, que se publicará en la Gaceta de Madrid, dentro de los diez días siguientes a su fecha, y á su tiempo en la Colección legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=Manuel Ortiz de Zúñiga.=Tomás Huet.=José María Haro.=Manuel León.= Fernando Pérez de Rozas.= Francisco de Vera.=Juan Cano Manuel.

Publicación: Leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Don José María Haro, Magistrado del Tribunal Supremo, estándose celebrando audiencia pública en la Sala segunda, en el día de la fecha, de que certifico como Secretario-Relator de dicha Sala.

Madrid 20 de Febrero de 1871.=Licenciado Emilio Fernández Cid.

3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE MAYO DE 1871

ANTECEDENTES DE HECHO

Resultando que habiéndose notado á fines de Diciembre de 1869 en las casas de Josefa Boñaplata, donde se hospedaba accidentalmente Gabriel López Anchuelo, la falta sucesiva de un tenedor, una cuchara de plata y una alcancía con 79 rs perteneciente á la criada Victoria Álvarez, al registrar á aquel, en quien recayeron sospechas de la sustracción, se le halló la cuchara en el bolsillo del gabán, cuya entidad se acreditó, apreciando dicha alhaja como el tenedor en 50 reales cada una: Resultando que instruido el procedimiento, en el cual no se justificó la preexistencia de la alcancía ni de su contenido, y seguida la causa en ambas instancias, la Sala en vacaciones de la Audiencia de Madrid dictó sentencia en 1 de Setiembre de 1870, que retrasó posteriormente en 26 de Diciembre y 12 de Abril subsiguientes, por la que, calificando el hecho como delito de hurto doméstico en cantidad menor de 5 duros, comprendido en los artículos 531 y 533 del Código vigente, del que era autor, por indicios concluyentes, Gabriel López Anchuelo, le condenó á veinte meses de presidio correccional por cada una de las dos sustracciones, y absolviéndole de la instancia respecto á la de la alcancía, con las accesorias correspondientes: Resultando que interpuesto recurso de casación á nombre del procesado, apoyándolo en el art. 3.º de la ley de 18 de Junio último, se alega como fundamento el error cometido por la Sala imponiendo una pena superior á la designada por ley, así en el párrafo tercero del art. 438, combinado con el 80 del antiguo Código, como el párrafo cuarto del 531 y 97 del vigente; dejando además de abonar al recurrente la totalidad del tiempo que ha permanecido preso, según se dispone en el decreto de 9 de Octubre de 1853 .

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Fernando Pérez de Rozas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Considerando que si bien el párrafo cuarto del art. 931 del Código vigente disminuye en un grado el período asignado en el de 1850 á la pena con que se castiga el hurto menor de 5 duros, los párrafos segundos de los 439 y 533 elevan dicha penalidad

á la inmediata superior cuando la sustracción fraudulenta fuese cualificada ó interviniese abuso de confianza por parte del autor: Considerando que aun cuando el decreto de 9 de Octubre de 1853 dispensó á los reos de penas correccionales el beneficio de computarles la mitad del tiempo que hayan sufrido de prisión durante el curso del procedimiento, el núm. 5.º del art. 2.º de dicha disposición legal excluye de aquella gracia á los en quienes concurren circunstancias notables de agravación: Considerando, por tanto, que ya se atiende á la naturaleza del delito de que se trata, ya las circunstancias notables de agravación que concurrieron á su perpetración, ya á la aplicación de la pena impuesta por la Sala sentenciadora, ó ya á la exclusión de la gracia de computación que se pretende por el recurrente, no existe el error de derecho que alega, ni son aplicables las disposiciones legales citadas á tal propósito;

FALLO:

Fallamos, que debemos declarar y declaramos no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto á nombre de Gabriel López Anchuelo, á quien condenamos en las costas. Comuníquese esta resolución á la Sala de lo criminal de la Audiencia de Madrid á los efectos que en derecho procedan.

Así por esta sentencia, que se publicará en la Gaceta de Madrid é insertará en la Colección legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=Tomás Huet.=José María Haro.=Manuel León.=Fernando Pérez de Rozas.=Francisco de Vera.=Juan Cano Manuel.=Luis Vázquez Mondragón.

Publicación: Leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Don Manuel Ortiz de Zúñiga, Presidente de la Sala segunda, del Tribunal Supremo, estándose celebrando audiencia pública en la misma, en el día de hoy, de que certifico como Secretario Relator de dicha Sala. Madrid 22 de Mayo de 1871.=Licenciado Emilio Fernández Cid.

4-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JULIO DE 1871

ANTECEDENTES DE HECHO

Resultando que hallándose Juan Torres Verdugo al servicio doméstico del platero D. Andrés María Ibarrola, sustrajo el 18 de Setiembre último de la tienda, á éste perteneciente, dos pares de pendientes, valuados en 450 pesetas, uno de los cuales empeñó por la cantidad de 100 al prestamista D. Crispín Llerena, y cuyo hecho paladinamente confesado por aquel, hallándose además en su poder el otro par de pendientes y 65 pesetas, que respectivamente han sido devueltos á sus dueños: Resultando que formada causa con tal motivo, y seguida en ambas instancias, la Sala tercera de la Audiencia de esta Corte dictó sentencia en 1 de Abril último, calificando el delito de hurto doméstico, en cantidad menor de 500 pesetas y mayor de 100, del que era autor por prueba plena el procesado Torres, á quien, como comprendido en los artículos 531, núm. 3.º y 2.º del 533, condenó á la pena de cuatro años y tres meses de presidio correccional y demás accesorias: Resultando que interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia á nombre del procesado, apoyado en el párrafo cuarto del artículo 4.º de la ley de 18 de Junio del año último, se alega como fundamentos primero, el error de derecho en que incurre la Sala, calificando de doméstico el hurto, siendo así que la sustracción no se ejecutó en la morada, sino en la tienda ó establecimiento industrial del perjudicado y al cual no pertenecía el recurrente; y segundo, la notoria desproporción de la pena impuesta, aun en la hipótesis de que el delito se considere cualificado como pretende el Tribunal sentenciador, deduciendo de todo ello la infracción flagrante de los mismos artículos del Código que sirven de base al Fallo reclamado.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Fernando Pérez de Rozas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Considerando que al elevar el art. 533 del Código al grado superior inmediato, las penas que establece en sus respectivos casos el 531, para el delito de hurto, ha tenido en consideración su mayor gravedad y las circunstancias que acompañan á su perpetración, entre las cuales se consigna y determina como una de ellas la sustracción fraudulenta doméstica, ó cuando interviniere grave abuso de confianza: Considerando que ambas palabras son correlativas en la ley y envuelven una misma idea, cual es el abuso de la posición social en que se hallaba colocado el autor y de la que se ha

prevalido, ya para facilitar su punible propósito con el menor riesgo posible, ya para agravar el daño del perjudicado, y bajo tal concepto, el hurto doméstico en el tecnicismo legal presupone siempre el abuso de confianza y no se limita al local en que se ejecuta la sustracción, sino que es extensivo á las relaciones personales existentes entre el autor y el ofendido: Y considerando con aplicación de estos principios al caso de que es objeto el presente recurso, que ya se atiende á la calificación del delito, hecha por la Sala sentenciadora, ya á la exacta aplicación de la pena impuesta al recurrente, atendida la cuantía de la cosa sustraída, no existe el error de derecho que se alega ni procede la admisión de aquel, y son por consiguiente inaplicables las disposiciones legales aducidas en su apoyo;

FALLO

Fallamos, que debemos declarar y declaramos no haber lugar ala del interpuesto á nombre de Juan Torres Verdugo, á quien condenamos en las costas; comuníquese al Tribunal sentenciador á los efectos oportunos.

Así por esta sentencia, que se publicará en la Gaceta de Madrid é insertará en la Colección legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=Tomás Huet.=José María Haro.=Manuel Basualdo.=Manuel León.=Miguel Zorrilla.=Fernando Pérez de Bozas.=Juan Cano Manuel.

Publicación: Leída y publicada la sentencia anterior por el Excmo. Sr. Don Fernando Pérez de Rozas, Magistrado del Tribunal Supremo, estándose celebrando audiencia pública en la Sala segunda, en el día de hoy, de que certifico como Secretario Relator de la misma.

Madrid 4 de Julio de 1871.=Licenciado Emilio Fernández Cid.

5-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE OCTUBRE DE 1871

ANTECEDENTES DE HECHO

Resultando que Doña María Molina, esposa de D. Juan Gasanueva, al levantarse el día 3 de Diciembre de 1870 notó que le faltaban tres onzas, un doblón de á cuatro y otro de á cinco de una gaveta donde tenía el dinero para el gasto ordinario; y sospechando que la autora de la sustracción fuese su sirviente Dolores Herrera, hizo que esta abriera su arca para reconocerla; y que si bien aseguró no tener en ella más que algunos tostones en una caja, se encontró dentro de una alcancía de madera un papel que contenía siete onzas de oro y siete monedas de cinco duros, y otro papel en que había un doblón de á cuatro, cuatro monedas de á 20 rs y ocho duros y nueve reales vellón en diferentes monedas, además de hallársele en el pecho 36 rs., cuyas cantidades suman la de 3.305 rs., sean 826 pesetas y 25 céntimos, todo lo cual aparece probado por las declaraciones de los testigos y confesión de la procesada: Resultando que esta en su indagatoria confesó haber tomado de la gaveta de su señora, por haberla visto abierta, primero una onza, y á los dos 6 tres días otras dos onzas en dos monedas; que con posterioridad, volviendo á ver puestas las llaves, sustrajo otra onza y el doblón de á cuatro, y de la misma manera tomó en otra ocasión tres doblones de á cinco duros, importando estas sustracciones la suma de 1.660 rs., ó sean 415 pesetas, manifestando además que el resto de la cantidad encontrada en su caja procedía de sus ahorros: Resultando que ya en segunda instancia la causa, justificó la procesada que pocos días antes del suceso había recibido cuatro onzas de oro, ó sean 320 pesetas, procedentes de la venta de su legítima, a su hermana María del Rosario Herrera, según documento testimoniado que obra en la causa: Resultando que el Juez de primera instancia dictó sentencia, condenando á la Dolores Herrera por el hurto de 160 pesetas á la pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión correccional; y por cada uno de los otros tres hurtos, en la de dos años, cuatro meses y un día también de prisión correccional, con las demás accesorias: Resultando que consultada esta sentencia con la Audiencia del territorio, la Sala de justicia de la misma dictó la suya, declarando que el hecho constituye el delito de hurto doméstico por valor que no excede de 500 pesetas y pasa de 100, sin que en la comisión concurrieran circunstancias agravantes ni atenuantes; y considerando como autora á la Dolores Herrera, la condenó a cuatro años, dos meses y un día de presidio correccional, con sus accesorias: Resultando que el Ministerio fiscal interpuso contra esta sentencia recurso de casación por infracción de ley, que fundó en los casos 3.º y 1.º del art. 4 de la provisional que los ha establecido, citando como

infringidos: 1.º El art. 88 del Código reformado, supuesto que la Sala sentenciadora juzga responsable á la procesada de un sólo delito de hurto, cuando con arreglo á lo prescrito en ese artículo, las sustracciones verificadas en distintos días por la Dolores Herrera constituyen otros tantos delitos de hurto, y se la ha debido penar por cada uno de ellos dos. El art. 96 del mismo Código, según el cual siempre que las mujeres incurrían en delitos que tienen asignada la pena de presidio-correccional ha de imponérseles la de prisión correccional, y por, consiguiente se ha condenado á la procesada á una que no le corresponde, toda vez que la que por la Audiencia le ha sido impuesta la de presidio correccional: Resultando que admitido el recurso por la Sala segunda de este Tribunal Supremo, se ha pasado á esta tercera, donde ha sido sustanciado en forma, nombrándose de oficio la defensa á la procesada.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Alberto Santías.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Considerando que cabe el recurso de casación cuando se comete error de derecho en la calificación del delito según los hechos consignados y admitidos en la sentencia, con arreglo á lo dispuesto en el caso 3.º del art 1. de la ley sobre establecimiento de dicho recurso: Considerando que del mismo modo es procedente, con arreglo al caso 1 cuando la pena impuesta no fuere la que corresponda según las leyes: Considerando que calificando la Sala de lo criminal de la Audiencia de Canarias como un solo delito los diferentes hurtos ejecutados por Dolores Herrera, por la circunstancia de haber sido verificados en un mismo sitio, empleando iguales medios y en perjuicio de una misma persona, sin que se haya fijado de una manera positiva el tiempo que mediara de una á otra sustracción, ha cometido error de derecho, toda vez que por confesión de la misma Dolores Herrera está demostrado que el segundo hurto lo hizo trascurridos dos días después del primero; que el tercero con posterioridad, y el cuarto en ocasión distinta, constituyendo con tal motivo cada uno de dichos hurtos otros tantos delitos, que deben pensarse separadamente como determina el art. 88 del Código reformado: Considerando que igualmente ha cometido error de derecho condenando á la expresada Dolores Herrera á la pena de presidio, siendo así que el art. 96 del referido Código dispone que cuando las mujeres incurrían en delitos que el Código castiga con

las penas de cadena perpetua ó temporal, ó con la de presidio mayor ó correccional, se les impondrán respectivamente las de reclusión perpetua ó temporal, prisión mayor o correccional: Considerando, por todo lo expuesto, que se han infringido por la Sala sentenciadora los casos 3. y 1.º del art. 4. de la ley de 18 de Junio de 1870;

FALLO

Fallamos, que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio fiscal contra la sentencia pronunciada por la Sala de justicia de la Audiencia de Canarias en 22 de Abril de 1871 y causa seguida contra Dolores Herrera; y casando, y anulando dicha sentencia, mandamos se libre orden, por el conducto ordinario, para la remisión de la causa original á los efectos del art 1 de la ley expresada.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Gaceta de Madrid é insertará en la Colección legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

6-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE OCTUBRE DE 1871

ANTECEDENTES DE HECHO

Resultando que instruida causa criminal en el Juzgado de primera instancia de Albocacer contra Andrés Arahuete por el hurto de tres reses lanares, declaró este que yendo por la carretera de Morella en dirección á Puebla, distinguió á poca distancia de un molino las tres reses referidas que se hallaban pastando, y no viendo por allí á persona alguna que las guardara, reunió á dichos animales y con ellos se dirigió por la carretera donde se encontró á José Bernal, á quien las vendió en 33 pesetas y 75 céntimos, y que la Sala de lo criminal de la Audiencia de Valencia, teniendo en consideración que el procesado es reincidente por cuatro veces en el propio delito, declaró en su sentencia que el hecho expresado constituye el delito de hurto, de que es

autor el mismo, por el convencimiento que produce la combinación de los hechos é indicios que no dejan lugar á duda racional según el orden natural y ordinario de las cosas, y en su virtud le condenó á tres años y seis meses de presidio correccional, con arreglo á los artículos 531, núm. 4., 533, núm. 3., y demás de aplicación ordinaria del Código penal: Resultando que contra esta sentencia se interpuso por el procesado recurso de casación según el párrafo tercero, art. 4.º de la ley provisional, citando como infringido el art. 530, número 2.º del mismo Código, y alegando que según aparece del hecho consignado y aceptado por la Sala, el procesado no es reo de hurto, puesto que no se apoderó de una cosa perdida sabiendo quién era su dueño, sino que lo ignoraba, hasta que más tarde se presentaron los titulados propietarios de dos de dichas reses, incurriendo la Sala en un error de derecho en la calificación que jurídicamente corresponde al hecho expresado.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Tomás Huet.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Considerando que en los recursos por infracción de ley este Tribunal ha de aceptar los hechos como la sentencia los consigna. Considerando que aceptados los que la sentencia recurrida establece, el procesado no se apoderó de una cosa que encontró perdida, sino que tomó lo ajeno sin la voluntad de su dueño. Considerando que no hay por consiguiente el menor motivo que autorice la admisión del recurso.

FALLO

Fallamos, que debemos declarar y declaramos no haber lugar á ella con las costas. Comuníquese esta decisión al Tribunal sentenciador á los efectos correspondientes en derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Gaceta de Madrid é insertará en la Colección legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=Manuel Ortiz de Zúñiga.=Tomás Huet.=Manuel León- Fernando Pérez de Bozas.=Francisco de Vera. =Juan Cano Manuel.=Luis Vázquez Mondragón.

Publicación: Leída y publicada la sentencia anterior por el Excmo. Sr. Don Tomás Huet, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública en la Sala segunda, en el día de hoy, de que certifico como Secretario habilitado de ella.

Madrid 11 de Octubre de 1871.=Manuel Ramos.

III. JURISPRUDENCIA REFERENTE AL CÓDIGO PENAL DE 1944

1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE ENERO DE 1955

Resultando probado, y así se declara, que los procesados en esta causa Manuel Turón Gimeno, Ángel Sancho Sender, José Gálvez Abad y Cesáreo Puyóles Roche, en distintas fechas no determinadas con exactitud, pero comprendidas entre los años 1951 y 1952, con unidad de propósito y ánimo de lucro, estando empleados en las oficinas del comercio de venta a plazos que don Juan San Agustín Remacha posee en esta ciudad, aprovechando las facilidades que su situación le proporcionaba, se apoderaron de un número de letras aceptadas por clientes de la casa, que después hizo efectivas, quedándose con su importe, y en perjuicio de su principal, por un total de 73.775 pesetas. Que en las mismas fechas no determinadas con exactitud, el repetido Turón, previamente concertado con los procesados, empleados también en la Casa Remacha, Cesáreo Puyóles y José Gálvez Abad, vendieron diversos géneros y cobraron algunas facturas, haciendo desaparecer las hojas de cuentas referentes a tales operaciones, logrando apropiarse por tal procedimiento, con ánimo de lucro, de 9.000 pesetas. La referida sentencia estimó que los indicados hechos probados eran constitutivos de un delito de hurto y de dos delitos de estafa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

CONSIDERANDO que lo que esencialmente caracteriza el delito de apropiación indebida que encuadra el artículo 535 del Código Penal es que la cosa mueble que el culpable distrae o de la que se apropia, en perjuicio de otro, la hubiese recibido de su legítimo dueño en depósito, comisión, administración o por otro título

que produzca obligación de entregarla o devolverla, mientras que en el de hurto, tal cosa mueble es tomada por su autor sin la voluntad de su dueño; decir, que así como este último delito ataca en primer término a la posesión, el anterior lo hace a la propiedad, sin violar inicialmente la citada posesión material. CONSIDERANDO que de los hechos que como probados sentó el Tribunal de instancia aparece, en lo contraído al presente recurso que el Manuel Turón que hoy recurre, empleado en las oficinas del comercio que se detalla, "aprovechando las facilidades que esta situación le proporcionaba", obrando "con unidad de propósito y ánimo de lucro", en las fechas que también se indican, "se apoderó de número de letras aceptadas por clientes de la casa, que después hacía efectivas, quedándose con su importe, y en perjuicio de su principal por un total de. 73.775 pesetas". Y de esta redacción resalta, netamente perfilado, el delito de hurto que, con acierto, estimó la Audiencia sentenciadora, ya que las letras de cambio, no parece hubieran sido entregadas al procesado para ninguno de los títulos que señala el artículo 555, sino, por el contrario, que se apoderó de las mismas, prevaleándose para verificarlo de las facilidades que condición de empleado en las oficinas de la casa comercial le daba; es decir, que las tomó sin contar para ello con la voluntad de su dueño, con cuya sustracción quedó consumado el repetido delito de hurto, ya que los demás actos llevados a cabo para hacer efectivo su importe no pueden desnaturalizarlo, porque no fueron más que medios necesarios para su lógico desarrollo y utilización criminosa perseguida, por todo lo cual ha de ser desestimado el único motivo del recurso que, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, presentaba como infringidos, por aplicación indebida, los 514, número 1, 515, número 1 2 , y 516, número 2.2, del Código Penal, y por inaplicación, el 535 del mismo cuerpo legal;

FALLO:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley.

2-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE ENERO DE 1955

Los acusados en el trayecto comprendido entre la calle de Alcalá y la calle de Serrano, de esta capital, con ánimo de lucro y sin el empleo de violencia, se apoderaron de un reloj de oro, tasado pericialmente en 2.500 pesetas, que llevaba su propietario, don Francisco Álvarez Álvarez siendo recuperado en poder de Tomás Catalina Fernández, del bar Cervantes, sito en la glorieta de Quevedo de esta capital, donde los procesados lo entregaron en garantía de un préstamo de 550 pesetas; RESULTANDO que la referida sentencia estimó que los indicados hechos probados eran constitutivos de un delito de hurto, comprendido en el artículo 514 del C.P.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

CONSIDERANDO que el previo acuerdo de los dos procesados respecto a la ejecución del delito que se proponían cometer, y la intervención conjunta de ambos en el hurto del reloj, les hace coautores, según el párrafo primero del artículo 14 y doctrina constante de esta Sala, sean cuales fueren los actos materiales que realizaron cada uno de ellos, y que no los separaría de ese primer grado de la codelinuencia donde acertadamente aparecen incluidos;

FALLO:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto.

3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE ENERO DE 1955

El acusado, en el guardarropas de un bar, sin fuerza ni violencia, se apoderó, de una gabardina, propiedad de Lucio San José Díaz, tasada en 200 pesetas, y no recuperada; RESULTANDO que en la expresada sentencia se estimó que los hechos declarados probados eran legalmente constitutivos de un delito de hurto, cualificado por condenas anteriores, comprendido en el artículo 414, número 1, y penado en el número 4.5 del artículo 515, ambos del Código Penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

CONSIDERANDO que los hechos probados de apoderarse de la gabardina que se hallaba en el guardarropas de un bar y no devolverla después ni dar explicaciones justificativas de tales actos, o al menos no consta que se prestasen, llevan implícito el ánimo de lucro característico del delito de hurto, e impiden se construya un recurso sobre base tan deleznable, por cuanto el apoderamiento implica el propósito de hacerse dueño de alguna cosa, y al llevarse definitivamente la prenda, equivale a su voluntaria apropiación; CONSIDERANDO que el otro motivo común a los dos recursos debe, en cambio, prosperar, porque las condenas impuestas al reo el año 1943 de dos meses y un día de arresto mayor cada una pueden corresponder a dos hurtos de cantidad inferior a 500 pesetas, y ante el desconocimiento de dato tan interesante procede prescindir de la circunstancia agravante de reincidencia, e incluir el caso en el número 4.2 del artículo 515 del Código Penal, donde las dos condenas dichas sirven para convertir en delito el nuevo hurto que ahora se persigue, pero no para agravarlo al mismo tiempo.

FALLO:

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar, por el segundo de sus motivos, al recurso de casación por infracción de Ley.

4-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE FEBRERO DE 1955

Resultando probado, y así se declara, que el procesado Ángel Abil Marrón, empleado en la Empresa Ramón Beamonte y encargado de recoger el cemento que dicha entidad recibía por las estaciones de ferrocarriles, valiéndose de esta circunstancia, y en ocasiones distintas, comprendidas en los meses de marzo y primeros de mayo de 1945, sin utilizar fuerza ni violencia, se apoderó en beneficio propio de 190 sacos de cemento, valorados en 1900 pesetas, que vendió al también procesado Matías Carlos Infante-Martínez, el que a su vez vendió a los procesados León San Miguel Sebastián y Vicente Camacho Góvaet, conociendo estos tres la ilícita procedencia del cemento que compraban; RESULTANDO que en la expresada sentencia se estimó que los hechos declarados probados eran legalmente constitutivos de un delito de hurto,

calificado por el abuso de confianza, previsto en el artículo 514, número 1º, y penado en el 515, número 3.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

CONSIDERANDO que la confianza se caracteriza y define por la esperanza que se tiene en las condiciones de una persona y cosa, y revela una disposición de orden moral respecto de aquel a quien se otorga tal favorable, que equivale a la seguridad de que sus actos han de ser en todo momento los procedentes, no sólo en cuanto a la aptitud y adecuación de la actividad material a emplear, sino también en cuanto a la lealtad y efusividad con que se ejecuten, y por ello, cualquiera que sea la relación de dependencia o subordinación que ligue a las personas en la convivencia social y el calificativo que una de ellas pueda merecer ante la ordenación laboral o de otro orden, es indudable que cuando se concede, obliga al que la recibe a disponerse a merecerla, y si no lo hace así y, lejos de corresponder a tan singular demostración, se comporta en términos perjudiciales y atentatorios al respeto y a la integridad patrimonial del que la otorgó, se falta y abusa de ella, y si los hechos realizados caen dentro de la esfera penal que tuvo en cuenta tal supuesto para definir la responsabilidad exigible, no puede entenderse que se prescinda de su estimación a pretexto de que la relación jurídica existente fuera distinta en la normalidad contractual al cargo desempeñado, porque lo cierto es que con carácter eventual cuando menos, y circunscrito en todo caso a una operación determinada, el recurrente recibió un encargo no ajeno a su trabajo, y en el desempeño del mismo faltó abiertamente a la lealtad con que debía realizarlo, apoderándose del cemento que se dice en la resultancia de hechos probados, sin la voluntad de su dueño, que desde el momento que lo situó en aquellas circunstancias, le demostró la esperanza que tenía de que obrase rectamente y en su interés, por todo lo cual la sentencia recurrida no infringe los preceptos que se citan en el motivo único del recurso, que en su virtud debe ser desestimado;

FALLO:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por Ángel Abil Marrón contra sentencia pronunciada por la Audiencia de Madrid, en causa contra el mismo y otros por hurto.

5-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MARZO DE 1955

Resultando probado, y así se declara, que el procesado Antonio Jaime Palomo, que al servicio de la Empresa Prado era capataz de las obras de conducción de aguas a San Lorenzo del Escorial, en el Tajo de las Cercas, término de Santa María de la Alameda, y como tal único responsable y encargado del almacén donde se guardaban los materiales de construcción, prevaliéndose de tales circunstancias, se apoderó, sin conocimiento de la Empresa con ánimo de lucro y unidad de propósito en diversas fechas no precisadas, pero comprendidas entre finales de abril y el 3 de Junio de 1951, en que se verificó la última, de un total de 38 sacos de cemento, tasados en 1.178 pesetas; de los cuales vendió cinco sacos a Maximino Manuel Pablo García por 175 pesetas, no habiéndose recuperado; asimismo, el procesado vendió tres sacos de cemento, al precio de 35 pesetas por saco, que no llegó a cobrar, a Gregorio Bep Povedano, en cuyo poder fueron recuperados, y, finalmente, entregó en venta, sin tener aún fijado el precio, a Julio Muñoz Ontoria"-(Sic) 30 sacos de cemento, de los cuales fueron recuperados 24, ascendiendo el total valor de lo recuperado a 797 pesetas. Todos los adquirentes lo fueron de buena fe, por ignorar su ilegítima procedencia; - RESULTANDO que en la expresada sentencia se estimó que los hechos declarados probados eran legalmente constitutivos de un delito continuado de hurto, cualificado por el abuso de confianza.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

CONSIDERANDO que se encuentra desprovista de todo apoyo legal la infracción, por indebida aplicación, del artículo 1 del Código Penal que se aduce por el recurrente en el único motivo del recurso, pues si en la resultancia de hechos probados de la impugnada se sostiene que el que hoy recurre, como capataz de las obras prestaba sus servicios y, como tal, encargado del almacén donde se guardaban los materiales de construcción "se apoderando, sin conocimiento de la Empresa y con ánimo de lucro y unidad de propósito", de un total de 38 sacos de cemento, tasados en 1.178 pesetas, resulta manifiesta la voluntariedad de los actos delictivos atribuidos al inculcado y con que éste se comportó, y la intención maliciosa que presidio dicha actuación; y sin que a

ello obste que en dos de las ventas con entrega que hizo de sacos de cemento, no llegase a cobrar su importe en una y en otra, ni aun se hubiera fijado su precio, pues ello sólo afecta al aprovechamiento más o menos beneficioso, para el que recurre, de lo por él sustraído, y por lo expuesto es inaceptable el motivo único de este recurso, que debe ser desestimado;

FALLO

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley.

6-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE OCTUBRE DE 1955

Resultando probado, y así se declara, que en fecha no concretada del mes de agosto de 1952, el hoy procesado Daniel, había prestado sus servicios como obrero de don Alberto, y habiendo cesado en el trabajo referido, se presentó en la casa de don Luis Ángel, que pertenece a la entidad patronal para quien había trabajado y que ignoraba que el procesado ya no prestaba sus servicios en ésta, pidiéndole las llaves de un almacén sito en la calle de DIRECCION000, número NUM000, de esta ciudad, pretextando iba a realizar ciertos trabajos, las que con esta creencia le fueron entregadas, y que el procesado utilizó para penetrar en el referido almacén, apoderándose con ánimo de lucro de 48 docenas de tripas, que han sido valoradas en 5.000 pesetas, las cuales vendió posteriormente. El procesado fue declarado en rebeldía; RESULTANDO que la referida sentencia estimó que los indicados hechos probados eran constitutivos de un delito previsto en el número 1 del artículo 514 y penado en el número 3.2 del 515, en relación con el artículo 516, número 2, del Código Penal, siendo autor el procesado, concurriendo las circunstancias 14 y 15 del artículo 10 de dicho Código, y contiene la siguiente parte dispositiva: Fallamos que debemos condenar y condenamos a Daniel, como autor responsable de un delito de hurto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

CONSIDERANDO que para apreciar si se dio o no la agravante de abuso de confianza, es el elemento fundamental tener en cuenta las condiciones en que el hecho se realiza y la mayor facilidad que para cometerlo se encuentra en el grado de relaciones existentes entre el ofendido y el ofensor; siendo de notar que de lo que este último se, prevale y de lo que abusa es de esa esperanza firme que en él tenía el perjudicado, cuya situación anímica en tal aspecto es la más digna de ser tenida en cuenta, porque de ella fue de la que precisamente se aprovechó para llevar a efecto el acto criminoso; CONSIDERANDO que aunque, según aparece de los hechos probados, el hoy recurrente Daniel ya había cesado de prestar servicios en la entidad patronal de que formaba parte don Luis Ángel, también resulta de los mismos que éste ignoraba tal extremo cuando el Daniel se presentó en su casa a pedirle las llaves del almacén que se menciona, y que le fueron entregadas en la creencia de que las precisaba para realizar en él los trabajos que le mencionó; es decir, que el señor Luis Ángel, en aquel momento de la entrega, y por su desconocimiento del cese de la relación laboral, que aún creía subsistente, se las dio por la confianza que le seguía mereciendo como obrero de su Empresa; por lo que concurrieron los elementos necesarios para generar la agravante cualificativa del delito de hurto que encuadra el número 2.º del artículo 516 del Código Penal, apreciado correctamente por el Tribunal de instancia, y ha de ser desestimado el primero de los motivos del recurso; CONSIDERANDO que constando en los fundamentos "de facto" sólo que el Daniel fue condenado ejecutoriamente en la fecha que se expresa por el delito de hurto, sin más concreción en orden a su cuantía- la que tampoco resulta acreditada en los autos sumariales, reclamados por esta Sala en uso de las facultades que le concede el artículo 899 de la Ley procesal -, no es posible derivar de dicho extremo la agravante de reincidencia por impedirlo el principio pro reo, ya que por las modificaciones que introdujo la Ley de 30 de marzo de 1954 pudiera ser hoy constitutivo de simple falta el caso que la originara; lo que da lugar a la procedencia del segundo de los motivos del recurso;

FALLO:

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar en cuanto al segundo motivo del recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por Daniel, y no ha lugar en cuanto al primero que contiene, en virtud de todo lo cual casamos y anulamos

la sentencia dictada por la Audiencia de Zaragoza, en causa seguida al mismo por hurto, con declaración de las costas de oficio.

7-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1955

Resultando probado, y así se declara, que en ocasiones diversas no precisadas concretamente, pero próximas al mes de febrero de 1943, en que la procesada Antonieta prestaba sus servicios domésticos en los domicilios de don Alexander, doña Alicia y doña Gema, sitios en las calles de DIRECCION00, NUM000; DIRECCION001, NUM001; y DIRECCION002, NUM000; respectivamente, prevaleándose de dicha circunstancia, con ánimo de lucro y sin emplear fuerza ni violencia para su apoderamiento, se apropió de efectos de propiedad de doña Alicia tasados por peritos en 1.600 pesetas; de don Alexander, otros efectos tasados en 550 pesetas, y de doña Gema, dos juegos de cama y una pluma estilográfica, tasado todo pericialmente en 1.200 pesetas. Han sido recuperados en poder de la procesada un bolsillo de la propiedad de doña Alicia, pericialmente tasado en 400 pesetas, y un chaquetón propiedad de don Alexander, valorado en 200 pesetas, efectos entregados provisionalmente a sus respectivos dueños.

RESULTANDO que en la expresada sentencia se estimó que los hechos declarados probados eran legalmente constitutivos de tres delitos de hurto, comprendidos en los artículos 514, número 1º, en relación con el número 3º del 515 y número 2º del 516 del Código Penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

CONSIDERANDO que afirmándose en la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida que la procesada Antonieta sustrajo con ánimo de lucro, y prevaleándose de su condición de serviciaria doméstica de los domicilios que se mencionan, los efectos que en ellos se relacionan, ascendentes en cada uno de los indicados domicilios a cantidad superior de 500 pesetas e inferior a la de 10.000, sin emplear fuerza ni violencia para su apoderamiento, es manifiesto que el Tribunal

sentenciador aplicó correctamente los artículos 514, número 1º, en relación con el número 3º del artículo 515, y número 2º del artículo 516 del vigente Código Penal, así como la condena que, le impuso por los tres delitos de hurto calificados, de tres años de prisión menor por cada uno de ellos, pues por concurrir en los mismos la circunstancia específica de hurto doméstico del número 2º del artículo 516 citado del Código Penal, tiene que elevarse la pena fijada para el indicado delito de arresto mayor en el número 3º del 513, a la superior, que es la de prisión menor, conforme a lo preceptuado en el artículo mencionado 516, y como dicha circunstancia específica, por caracterizar el precitado delito, no puede merecer la conceptualización de atenuante ni agravante a que hace referencia la regla cuarta del artículo 61 del mismo texto legal, y teniendo en cuenta además que los Tribunales están autorizados, por el último párrafo del tan repetido artículo 516, a imponer en el caso que contemplamos la pena de prisión menor que para el mismo es la procedente, en el grado que estimen conveniente, es visto que no ha habido infracción alguna por interpretación errónea de los mentados artículos, ni por falta de aplicación de la regla cuarta del artículo 61 del citado Código, como aduce el recurrente en su único motivo del recurso, interpuesto al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley procesal criminal, por lo que, en su consecuencia, debe ser desestimado el mismo y confirmar la sentencia recurrida.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley.

8-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1955

Resultando que el día 12 de octubre de 1953, el procesado Jesús, condenado ejecutoriamente el 28 de octubre de 1941 por seis delitos de hurto, todos ellos de cuantía inferior a 500 pesetas, se apoderó con ánimo de lucro de 13 kilos de maíz en la huerta Vega Arriba, del término de Baena, propiedad de Alfredo, y los que, tasados en

45,50 pesetas, fueron recuperados y entregados a su dueño, que a su vez los donó al Asilo del pueblo. Hechos que se declaran probados; RESULTANDO que la referida sentencia estimó que los indicados hechos probados eran constitutivos de un delito de hurto, previsto y castigado en los artículos 514, número 1 °, y 515, número 4°, del Código Penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

CONSIDERANDO que la interpretación que esta Sala viene dando a los efectos penales de las condenas anteriores impuestas a los reos para determinar por ellos la calificación de hechos que en otro caso sólo merecerían la consideración de faltas y harían inaplicable lo dispuesto en el número 4° del artículo 515 del Código Penal en los hurtos inferiores a 500 pesetas actualmente, no se limita y circunscribe a los supuestos de dos o más condenas producidas separadamente, sino que se contrae al hecho de que tales condenas fueran, conjunta o separadamente, anteriores a la comisión del hecho enjuiciado, y así, es evidente que afirmándose como probado y no combatido que el recurrente fue condenado en 1941 por seis delitos de hurto en una misma condena, se dan los elementos precisos para justificar un antecedente calificador con arreglo al precepto indicado, aunque el hecho actual sea de cuantía propia de una falta contra la propiedad y aunque aquellos hechos que se penaron entonces como delito merecieran hoy también la calificación de faltas, porque su número es suficiente para cubrir la multiplicidad que exige el mencionado artículo, que no ha sido por tanto infringido, como se sostiene en el motivo único del recurso, que debe ser por ello desestimado.

FALLO:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley.

**9-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE NOVIEMBRE
DE 1955**

Resultando probado, y así se declara, que el procesado, mayor de edad penal, Adolfo, que prestaba sus servicios como botones en la Editorial Marco, sita en la calle de Raimundo Fernández Villaverde, número 39, de esta capital, propiedad de don Ángel Jesús, aprovechando las facilidades que dicho cargo le proporcionaba, y quebrantando los deberes de lealtad y confianza a que estaba obligado, en varias ocasiones que no han podido ser determinadas con exactitud, con anterioridad al día 7 de enero de 1952, y en el espacio de unos meses, con ánimo de lucro, se apoderó de 3.500 ejemplares del libro "Nuestra Norma", que, a tenor de la tasación pericial practicada, tienen un valor de 875 pesetas, los que vendió a Recuperaciones España, y cuyos libros no han sido recuperados; RESULTANDO que en la expresada sentencia se estimó que los hechos declarados probados eran legalmente constitutivos de un delito de hurto, cualificado por el abuso de confianza, comprendido en los artículos 514, número 1.º; 515, número 3.º, y 516, número 2.º, y párrafo último, todos del Código Penal, del que era responsable, en concepto de autor, el procesado, sin apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

CONSIDERANDO que el primer motivo del recurso, interpuesto al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se basa en la supuesta infracción del artículo 69 del vigente Código Penal, pues no apareciendo de los hechos probados la unidad de propósito, y si en cambio la expresión de que los hechos se cometieron en varias ocasiones, se condena al reo como autor de un sólo delito de hurto, cualificado por el abuso de confianza, en vez de castigársele como exige el citado artículo, con las penas correspondientes a cada una de las infracciones, que nunca llegarían a constituir delito, sino faltas, y, además, por irse con tal pronunciamiento contra el principio "in dubio pro reo", que refuerza el sentido del precepto penal; el mencionado razonamiento no puede admitirse como de pertinente aplicación al caso que contemplamos, porque si bien es cierto que la sustracción de los ejemplares del libro "Nuestra Norma", se efectuó en diversos días, como no ha podido precisarse cuáles fueran los mismos, ni el valor de lo sustraído en cada uno de ellos, se carece de los elementos necesarios e indispensables para fraccionar la cantidad total de lo sustraído, y como, por otra parte, esas sustracciones fueron producto de un sólo pensamiento o

intento, ejecutado en el mismo establecimiento por igual procedimiento, siendo también la misma la persona perjudicada, no es lícito descomponer la cuantía de lo hurtado para distribuirlo en diversos momentos, para no exceder de la fijada a la falta, como pretende el recurrente, por lo que hay que reconocer que el Tribunal sentenciador no infringió el precitado artículo 69 del Código Penal , sino que aplicó acertadamente los que citó en su sentencia, calificando los hechos probados como constitutivos de un sólo delito, procediendo, en su consecuencia, desestimar este motivo del recurso; CONSIDERANDO que tampoco puede prosperar el segundo motivo, amparado igualmente en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , fundado en la infracción del artículo 515, número 3.º, del Código Penal, por no corresponder la cuantía que en él se señala para penar al reo de delito de hurto, con la mencionada en el Resultando de hechos probados, porque, si bien en éstos se dice que el procesado se apoderó por valor de 875 pesetas, también se afirma en ellos que ese valor es el resultado de varias sustracciones, lo que no envuelve contradicción alguna ni deja de estar recogido en la declaración de hechos probados, sino que, por el contrario, refleja el valor total de lo sustraído con arreglo a la tasación pericial practicada y que sirvió de base al Tribunal sentenciador para regular la pena impuesta al delito calificado, por lo que no se aprecia la infracción del precitado artículo 515, número 3.º, del Código Penal.

FALLO:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley.

10-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE DICIEMBRE DE 1955

Resultando que el procesado Inocencio - ejecutoriamente condenado con anterioridad en dos juicios de faltas por hurto y por dos delitos de hurto en cuantía de 26,40 y 3 pesetas, respectivamente-procedió en el mes de octubre de 1954, en unión de otros dos individuos carentes de antecedentes penales, a apoderarse, con ánimo de lucro

y sin el empleo de la violencia, de 100 kilogramos de maíz pertenecientes a don José Miguel en la finca del término de Jabalquinto, que han sido valorados en 225 pesetas, y que después se han recuperado. Hechos probados. RESULTANDO que la referida sentencia estimó que los indicados hechos probados eran constitutivos de un delito de hurto previsto y penado en los artículos 514, número 1.º, y 515, número 4.º, del Código Penal, siendo autor el procesado, con la concurrencia de la circunstancia cualificativa de multirreincidencia del número 3.º del artículo 516 de dicho Código.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

CONSIDERANDO que en el segundo motivo de su recurso, único admitido, sostiene el recurrente que está castigada con la pena de arresto mayor, según el número 4.º del artículo 515 del Código Penal, modificado por la Ley de 30 de marzo de 1954, la sustracción no cualificada de maíz, valorada en 225 pesetas, después de dos condenas en juicio de faltas por hurto, según sentencias de 21 y 22 de junio de 1950, pero es de advertir que condenado el reo posteriormente como responsable de dos delitos de hurto, a un mes y un día de arresto mayor, por cada uno de ellos, en sentencia de 5 de noviembre de 1952, es visto que ha incurrido en segunda reincidencia, o sea en tercer delito de hurto, al cometer el de autos, y por ello es correcta la aplicación de la pena de presidio menor, conforme al número 3.º del artículo 516 del Código Penal, y en consecuencia procede desestimar el recurso.

FALLO:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por Inocencio contra la sentencia dictada por la Audiencia de Jaén en causa seguida al mismo por hurto.

11-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE ENERO DE 1956

Resultando probado, y así se declara, que entre los meses de julio de 1949 y febrero de 1950, los procesados José Miguel y Jorge, puestos previamente de acuerdo, concibieron el propósito de sustraer brocas a la fábrica de Laborde Hermanos, de Andoain, e inducido el Jorge por José Miguel, se apropió con ánimo de lucro, sin fuerza y aprovechándose de la facilidad que su cualidad de empleado en dicha fábrica le deparaba, de diferentes cantidades de dichas herramientas, hasta un total de ellas que han sido valoradas en 18.989 pesetas, que ambos procesados vendieron a diferentes industriales de la región, que las adquirieron de buena fe, y en cuyo poder se han recuperado en su casi totalidad, habiendo sufrido aquella Empresa un perjuicio de 1.229 pesetas; RESULTANDO que la referida sentencia estimó que los indicados hechos probados eran constitutivos de un delito de hurto, comprendido en los artículos 514, número 1.º, 515, número 2.º, y 516, número 2.º, del Código Penal, siendo autor por inducción el procesado, hoy recurrente, sin la concurrencia de circunstancias modificativas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

CONSIDERANDO que la suspensión del juicio oral por incomparecencia de algunos de los testigos ofrecidos por las partes no obliga al Tribunal de instancia a acordarla sino tan sólo en aquellos casos en que considere necesaria la declaración de los mismos, conforme preceptúa el artículo 746 de la Ley procesal criminal en su caso tercero, habiendo, por consiguiente, aquél obrado dentro de las facultades discrecionales que dicho precepto le confiere al denegar la suspensión del juicio solicitada por la defensa del procesado, fundado en la incomparecencia del testigo por él propuesto y admitido don Rodolfo, por haber el Tribunal basado su acuerdo en considerar innecesario su testimonio, y contra el que no es admisible recurrir en casación, según doctrina jurisprudencial de esta Sala, máxime cuando dicho testigo había ya declarado en el sumario y no habían articulado para él en el juicio oral preguntas encaminadas a probar extremos o hechos de excepcional interés para la defensa que hubieran podido influir en el juzgador de instancia para acceder a la petición formulada, y en esta Sala para acordarla en su caso, por lo que procede desestimar este primer motivo del recurso que, amparado en el número 1.º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ,

se interpone por inaplicación del número 1.º del artículo 911, con manifiesto error, pues por estar derogado por la Ley de 16 de julio de 1949, carece actualmente de vigencia, en relación con el número 3.º del artículo 746, ambos del mismo texto legal; CONSIDERANDO que tampoco procede el segundo motivo del recurso, que amparado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley rituaría se interpone por aplicación indebida de los artículos 514, número 1.º; 515, número 2.º, y 516, número 2.º, todos del Código Penal, por resultar notoriamente probado que el procesado y recurrente Jorge, inducido por el otro procesado, se apropió con ánimo de lucro, sin emplear fuerza, y aprovechándose de la facilidad que su cualidad de empleado le deparaba en la fábrica en que se realizó la sustracción, de herramientas valoradas en 18.989 pesetas, elementos que integran el delito de hurto, y le son aplicables los mencionados preceptos penales en atención a la cuantía de lo sustraído y a la falta de lealtad y confianza con que procedió el mentado procesado respecto a sus patronos, prevaleciendo para verificar aquélla de la mayor posibilidad que tal colocación o situación le proporcionaba, estando asimismo probada, según se desprende de lo precedentemente sentado, la intervención punible del Jorge y modo de realizarse las sustracciones.

FALLO:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuesto por Jorge contra la sentencia dictada por la Audiencia de San Sebastián, en causa seguida al mismo por hurto.

12-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE FEBRERO DE 1956

Resultando probado, y así se declara, que el procesado Iván prestaba servicios como auxiliar en el Centro Farmacéutico, de esta ciudad, desde el año 1946, y valiéndose de las facilidades que tal cargo le proporcionaba, se apoderó en distintas ocasiones no bien precisadas y comprendidas entre el mes de julio de 1951 hasta 1 de abril de 1952, con ánimo de lucro y sin ejercer violencia ni fuerza, de gran número de productos farmacéuticos de distinta especie y en cantidad que no se ha podido

determinar, pero por un valor no inferior a 8.000 pesetas, y sin que exceda de 10.000 pesetas; todos de la propiedad del mencionado Centro Farmacéutico. Los productos farmacéuticos que el procesado Iván sustraía los entregaba al otro procesado Darío, el cual, conociendo la ilícita procedencia, los remitía a Zamora para su venta, y las cantidades que por este concepto obtenían, se las repartían los dos procesados. El procesado Darío fue condenado por sentencia de esta Audiencia de fecha 22 de junio de 1946, a la pena de dos meses y un día de arresto, por falsedad; RESULTANDO que la referida sentencia estimó que los indicados hechos probados eran constitutivos de un delito de hurto continuado comprendido y sancionado en los artículos 514, número 1.º, 515, número 3.º, en relación con lo dispuesto en el número 2.º del artículo 516 del Código Penal , siendo autor el procesado Iván, y otro delito de receptación definido y sancionado en la Ley de 9 de mayo de 1950, en su artículo 546 bis a), del que era autor el procesado Darío, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

CONSIDERANDO que quien presta servicios como auxiliar de una entidad determinada y valiéndose de las facilidades que tal cargo le proporciona se apodera con ánimo de lucro y sin ejercer violencia ni intimidación alguna de productos propios de aquélla, comete sin duda alguna el delito de hurto previsto y penado en los artículos 514, número 1 .º, 515, número 3.º, en relación con lo dispuesto en el número 2.º del artículo 516, todos del Código Penal , habida cuenta de la cuantía aceptada en los límites que se determinan en los hechos probados de la sentencia del Tribunal de instancia, que no se combaten en casación, y porque denotan la correcta estimación de la circunstancia cualificativa de abuso de confianza por parte del recurrente, ya que aprovechándose éste de la situación privilegiada que por razón de su cargo facilitaba él a los apoderamientos realizados, se comportaba al efectuarlo así deslealmente con sus patronos, causándoles en su patrimonio un perjuicio injusto y que además estaba llamado a evitar para corresponder fielmente a la relación que con aquéllos le ligaba con la honesta y eficaz cooperación que su cargo exigía, cualquiera que fuera la función asignada al mismo, ya que en la división del trabajo todas las consideraciones laborales propenden a una actuación de conjunto que sirven a la integridad patrimonial atacada

por el delito, independientemente de la misión específica atribuida al reo, por todo lo cual no cabe estimar infringido el número 2.º del artículo 516 del Código Penal, como se dice en el motivo único del recurso interpuesto por infracción de Ley por Iván, por cuya razón debe ser desestimado dicho recurso; CONSIDERANDO que el párrafo segundo del artículo 546 bis a) del Código Penal establece como norma preceptiva que al encubridor, en ningún caso, podrá imponérsele pena superior a la correspondiente al delito encubierto, y ello salvo lo expresamente dispuesto en el mencionado artículo; subsiguientemente, respecto a los habituales de esta figura de delito autónomo creado por la Ley de 9 de mayo de 1950, obliga, a tener presente que la penalidad determinante del tope irrebachable expuesto no es ni puede ser aquella que proceda imponer, habida cuenta de circunstancias personales concurrentes en el autor del hecho que se persigue, porque éstas, por ser derivadas de una modificación de la responsabilidad impuesta por la Ley en atención a las circunstancias del reo en quien concurren, no puede irradiar a los demás codeincentes, que sólo han de responder del hecho según la tipificación penal establecida por la Ley y en la proporcionalidad correspondiente, por lo cual, señalada en el número 3.º del artículo 518 del Código Penal para el delito de hurto que pasase de 500 pesetas y no excediese de 10.000, la pena de arresto mayor, no podía imponerse al encubridor pena de privación de libertad superior a dicho arresto, cualquiera que fuera la que mereciese el autor del hecho por las circunstancias a él imputables, y al no efectuarlo así la Sala sentenciadora, infringió los mencionados preceptos, como sostiene el Ministerio fiscal en el motivo único de su recurso interpuesto en beneficio del reo Darío, y así debe declararse, acogiendo dicho motivo y casando en cuanto al referido procesado la sentencia de que se recurrió.

FALLO:

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el Ministerio fiscal en beneficio de Darío y no haber lugar al interpuesto por Iván, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia de Salamanca, en causa seguida a los indicados procesados por hurto, con declaración de las costas de oficio al primero, y al segundo al pago de las mismas y a la cantidad de 250 pesetas, por razón de depósito no constituido.

13-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE FEBRERO DE 1956

Resultando probado, y así se declara, que en varias ocasiones no determinadas del mes de agosto de 1950, el procesado Luis Francisco, que prestaba servicios de obrero en la finca Valdecanto, de don Mariano, en término de Pinto, prevaliéndose de la facilidad que ello le proporcionaba, se apropió en su propio beneficio, sin emplear violencia en las personas ni fuerza en las cosas, de 400 kilogramos de trigo, a dos pesetas tasado el kilo, de la era donde se recolectaba, y una vez en su poder se lo vendió, conociendo su ilícita procedencia, a los otros cuatro procesados, Ramón, Germán, Margarita y María Rosa, todos mayores de edad, los cuatro de mala conducta, vendiéndoselo a José, quien adquirió 306 kilos de dicho trigo, de buena fe y desconociendo su procedencia ilícita, por precio de 1524 pesetas, a cuatro pesetas el kilo. Fueron recuperados 306 kilos en poder de José, de dicho cereal, y dos sacos vacíos, todo lo cual se depositó en poder del dueño expresado, don Mariano; RESULTANDO que en la expresada sentencia se estimó que los hechos declarados probados eran legalmente constitutivos de un delito de hurto, comprendido en los artículos 514, número 1.ª, y 515, número 3.º, respecto al autor, y en el 546 bis a) del Código Penal, respecto a los encubridores; del que era responsable, en concepto de autor, el procesado Luis Francisco, y en el de encubridores, los otros cuatro procesados, con la concurrencia, en cuanto al Luis Francisco, de la circunstancia agravante número 9 del artículo 10 del propio Código Penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

CONSIDERANDO que procede acoger el recurso interpuesto por el Ministerio fiscal contra la referida sentencia, porque en ésta se omite la apreciación de la agravante específica de abuso de confianza, de indudable estimación en el caso de autos, según preceptivamente dispone el número 2.º del artículo 516 del Código Penal para aquellos delitos de hurto en cuya ejecución el delincuente se prevalga de aquellas circunstancias

de hecho y le faciliten el apoderamiento en su beneficio de los efectos que la víctima supone seguros al alcance del mismo por razón de su oficio, al amparo de la obligada lealtad y debe observar para quien le encomienda el respeto de la manipulación a la vigilancia de tales efectos.

FALLO:

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el Ministerio fiscal contra sentencia de la Audiencia de Madrid, en causa contra Luis Francisco y otros por el delito de robo. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte al Tribunal sentenciador, a los efectos oportunos.

14-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE MARZO DE 1956

Resultando probado, y así se declara, que en fechas no exactamente determinadas, pero comprendidas entre el año 1945 y el 21 de julio de 1953, el procesado Mauricio, mayor de edad penal, que prestaba sus servicios como dependiente y encargado del establecimiento de sastrería propiedad de don Inocencia, sito en Alcalá de Henares, aprovechando las facilidades que le proporcionaba el cargo, se apoderó, con ánimo de lucro, sin empleo de fuerza ni violencia y con unidad de propósito, de 147.939 pesetas; fueron recuperadas 1.300 pesetas en billetes de Banco halladas en su poder, y que previamente habían sido reseñados, y 139.090,77 pesetas en metálico y valores, que fueron adquiridos con el producto de lo sustraído, y que se han recuperado, depositado provisionalmente en poder de don Inocencio. RESULTANDO que la referida sentencia estimó que los indicados hechos probados eran constitutivos de un delito de hurto comprendido en los artículos 514, número 1.º 515, número 1.º, y 516, número 2.ª, del Código Penal vigente, siendo autor el procesado, sin la concurrencia, de circunstancias modificativas de responsabilidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

CONSIDERANDO que se acomoda a la doctrina reiteradamente aplicada por esta Sala la sentencia que define como un delito de hurto el hecho de apoderarse con ánimo de lucro de cantidades de dinero pertenecientes al propietario de un negocio industrial en donde el procesado presta sus servicios como dependiente, aunque éste pudiera estar investido de la condición de encargado y tuviera, por razón de su empleo, que manipularlas, cobrándolas de terceros o por haberle sido entregadas para hacer pagos de aquel negocio, ya que su intervención en uno y otro caso no obedecía a actos independientes de su cualidad de empleado que pudieran representar un aspecto contractual de libre determinación y consecuencia, sino que respondían a una función representativa de la propiedad del dueño del negocio, en cuyo nombre obraba y cuya posesión había de respetar con la debida lealtad, por lo cual, al entenderlo así la Sala sentenciadora, no infringió los preceptos que se citan en el motivo único del recurso, que debe ser, por ello, desestimado.

FALLO:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por Mauricio contra la sentencia dictada por la Audiencia de esta capital, en causa seguida al mismo por hurto.

15-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1988

Resultando probado y así se declara, que el día 23 de febrero de 1983, el procesado Luis Alberto, de 17 años de edad, nacido el 20 de febrero de 1965, oligofrénico en grado de debilidad mental, juntamente con otro que no se halla a disposición de este Tribunal, en acción conjunta y con el ánimo de beneficiarse económicamente, entraron en una obra de construcción, propiedad de Fernando, en la localidad de Ribarroja, calle Carretera de Villamarchante, número 91, y haciendo uso de unas tenazas, cortaron los cables de cobre revestidos de material aislante que se hallaban

unidos a los aparatos de montacargas, hormigoneras, y a una grúa, los cuales se hallaban al aire libre, y se apoderaron de 165 metros de cable por valor de 37.000 pesetas, causando desperfectos que han sido estimados en 10.000 pesetas. Ese mismo día, tras lograr separar de los cables de cobre el material aislante, se trasladaron al domicilio del procesado Emilio, de 69 años de edad, sin antecedentes penales, de profesión chatarrero, con establecimiento abierto en Banaguacil, calle Camino Viejo, número 11, quién conociendo al procesado Fernando y la procedencia de los cables de cobre que le ofrecieron, les compró por el precio de 2.000 pesetas. No se ha recuperado los bienes sustraídos.

La Audiencia Provincial de Valencia, con fecha 2 de febrero de 1985, dictó sentencia que contiene el siguiente fallo: Que debemos condenar y condenamos a Luis Alberto como responsable en concepto de autor de un delito de hurto en cuantía de 37.000 pesetas, y a Emilio como responsable en concepto de autor de un delito de receptación, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes de ser menor de 18 años y la enajenación mental incompleta en Luis Alberto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero: Declarado por el Tribunal «a quo» en el resultando de hechos probado de su sentencia, que el recurrente tenía conocimiento de la procedencia de los cables de cobre que adquirió a los dos individuos que se los ofrecieron, quienes los habían conseguido en la perpetración del delito de hurto, por el que aparte en la misma resolución se castiga a uno de ellos, tal circunstancia, no contradicha, patentiza, en relación con las demás particularidades integrantes de los hechos probados -tratarse de comerciante chatarrero, saber a ciencia cierta con qué clase de sujetos negociaba y pagar por la mercancía un precio dieciocho veces y media inferior a su valor real-, que el requisito constitutivo de la infracción punible por la que se le sanciona, integrado por el conocimiento de la comisión de un delito contra los bienes -que niega en su recurso-, concurre notoriamente, y ello obliga, en términos de Ley, a la confirmación del fallo combatido.

FALLO:

Declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por la representación del procesado Emilio, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 2 de febrero de 1985 , en causa seguida contra el mismo y otro, por delito de hurto y receptación.

16-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 1988

Sobre las dieciocho horas del día 23 de diciembre de 1982, los procesados Clemente, mayor de edad, y sin antecedentes penales, y Luis Pedro , mayor de edad, y ejecutoriamente condenado en sentencia de 18 de marzo de 1977, por un delito de estafa, a la pena de once años y cuatro meses de prisión mayor, y en sentencia de 4 de diciembre de 1981, por delito de cheque en descubierto, a la pena de cinco meses de arresto mayor, de mutuo acuerdo y en acción conjunta, se presentaron en la entidad «Motorama, S. A.», sita en el paseo de la Castellana, número 244, de Madrid, interesándose por el turismo «Lancia», modelo Gamma 2.500, matrícula VE-....-F , tasado en 1.500.000 pesetas, propiedad de Alberto, y que en comisión de venta, «Motorama», lo tenía en su poder, y cuando los procesados se encontraban en la calle con el coche y un empleado de la entidad, arrancándolo y comprobando el estado del motor, aprovechando la circunstancia de que el encargado fue avisado para que entrara unos momentos al interior del local, al advertir los procesados que aquel no había retirado las llaves y que éstas se encontraban en el contacto, los susodichos Clemente y Luis Pedro, lo pusieron en marcha y sin dar aviso alguno se ausentaron con el coche, y para dificultar la posibilidad de ser descubiertos, sustituyeron las placas de matrículas legítimas del «Lancia», por las de F-....- UG , que corresponden a las de un autobús «Pegaso», utilizando el vehículo con dichas placas que no le correspondían, hasta que el día 10 de enero de 1983, fue detenido Clemente en Majadahonda y el procesado Luis Pedro en Hoyo de Manzanares, en un apartamento del complejo residencial «La Orotowa» donde en aquellas fechas vivía, ocupándosele en la vivienda las llaves del turismo «Lancia», que lo tenía aparcado en la calle delante de la puerta y con las matrículas correspondientes al autobús «Pegaso».

La Audiencia de instancia estimó que los hechos declarados probados constituyen un delito de hurto comprendido en los artículos 514, 515.2 y 516.3 del Código Penal, y otro delito de sustitución de placas de matrícula, comprendido en el artículo 279 bis del referido Texto Legal, siendo responsables criminalmente, en concepto de autores, los procesados Clemente y Luis Pedro.

El motivo 1.º, por quebrantamiento de forma, se apoya en el artículo 851.1, inciso 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 142, regla 2.ª y denuncia la falta de claridad en los hechos probados, de acuerdo con el recurrente, la sentencia no establece de forma clara quién de los procesados hurtó el coche en su propio beneficio, quién lo utilizó y, finalmente, quién sustituyó las placas de matrícula. El motivo ha de ser rechazado de plano. La sentencia de instancia, no sólo parte del reconocimiento de que los dos procesados actuaron «de mutuo acuerdo» y «en acción conjunta», sino que emplea todos los verbos en plural: «Se presentaron en la entidad "Motorama, S. A.", los susodichos Clemente y Luis Pedro lo pusieron en marcha (el vehículo)», «sustituyeron las placas de matrícula», etc. Ambos procesados son, pues, coautores, siendo indiferente la determinación de cuál de los dos puso en concreto en marcha el vehículo o cambió las placas de matrícula. Los hechos probados son absolutamente claros, y no existe imprecisión alguna.

FALLO:

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, interpuesto por los procesados Clemente y Luis Pedro, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 5 de julio de 1985, en causa seguida a dichos procesados por un delito de hurto y otro de sustitución de placas de matrícula.

17-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE JULIO DE 1988

Resultando probado y así se declara: Que el procesado Pedro Jesús, mayor de edad y condenado anteriormente en sentencia de 28 de enero de 1983, por delito de homicidio, a la pena de un año de prisión menor, sobre las 18,30 horas del día 7 de noviembre de 1984, cuando se encontraba en la tienda de confección Marshal, sita en el número 8 de la calle Ferrocarril, de Torrejón de Ardoz, propiedad de Leonardo, probándose diversas cazadoras, conminó a éste al objeto de llevarse la prenda que en aquellos momentos se probaba, cosa que efectivamente hizo, apropiándose en su propio beneficio, estando valorada la misma en 9.000 pesetas, sin que se haya recuperado la cazadora. No consta que la conminación se hiciera con arma alguna.

La Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 14 de junio de 1985 dictó sentencia que contiene el siguiente fallo: «Que debemos condenar y condenamos al procesado Pedro Jesús , como autor responsable de un delito de robo con intimidación, ya definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de un año y un día de prisión menor, con sus accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante la condena, al pago de las costas y de la indemnización de 9.000 pesetas a Leonardo.

El recurso, que se basa en un único motivo de casación por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 500 y 501.5 y no aplicación de los artículos 514 y 511.1 del Código Penal (Hurto).

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero: El motivo único del recurso interpuesto por el procesado, bajo la rúbrica del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se refiere, señalando infracción de ley, a la supuesta aplicación de los artículos 500 y 501.5 y falta de aplicación indebida de los artículos 514 y 515.1 del Código Penal; se arguye que de los hechos declarados probados no se desprenden actos o conductas que por su valor o circunstancias acrediten amenazas de un mal inminente o posible que pongan en peligro al sujeto pasivo. Según el relato fáctico, el procesado, cuando se encontraba en la tienda de confecciones a que se alude, propiedad de Leonardo, probándose diversas cazadoras,

«conminó a éste» al objeto de llevarse la prenda que en aquellos momentos se probaba, sin que conste que la conminación se hiciera con arma alguna. Para la Sala de instancia los hechos son legalmente constitutivos de un delito de robo con intimidación de los artículos 500 y 501.5 del Código Penal, «ya que con actitudes y palabras intimidatorias -el procesado- consiguió apropiarse, con ánimo de lucro, de una cazadora», marchándose con ella, a lo que cedió el dueño del establecimiento «ante la actitud amenazadora del procesado».

Segundo: La intimidación ofrece una fuerte carga de subjetividad, sin perjuicio, naturalmente, de que los hechos en sí mismos ofrezcan un mínimo coeficiente de idoneidad o significación para suscitar el temor en el ánimo del conminado, habiendo de atenderse al caso concreto a las condiciones y situación de la persona intimidada, lugar, tiempo y cualesquiera perspectivas fácticas de razonable valoración, bastando con que los actos intimidatorios coaccionen a la persona afectada y que tal efecto impulsara la atención del autor, siendo normal deducir la presencia de intimidación ante la entrega de la cosa o la inactividad del amenazado frente al apoderamiento. No puede ceñirse la intimidación al supuesto de procedencia por empleo de medios físicos o uso de armas, bastando las palabras o actitudes conminatorias o amenazantes cuando por las circunstancias coexistentes -ausencia de terceros, superioridad física del agente, credibilidad de los males anunciados, etc.- haya de reconocérseles idoneidad para la consecución del efecto inhibitorio pretendido. Las sentencias de 14 de septiembre y 27 de octubre de 1986 resaltan que la intimidación viene constituida por el anuncio o conminación de un mal inmediato, grave, personal y posible que despierte o inspire en el ofendido un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado. No puede dudarse, en el supuesto enjuiciado, que el apoderamiento de la cazadora por parte del procesado no se llevó a efecto mediante la habilidad y astucia que acompañan al hurto, sino que fue efecto del amedrantamiento originado en el sujeto pasivo, fruto de la conminación padecida. La presencia de una «vis compulsiva» en el supuesto enjuiciado no ofrece duda. La defensa del procesado en instancia, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito de robo con intimidación. El motivo ha de ser, pues, desestimado.

En consecuencia,

FALLO:

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Pedro Jesús contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid con fecha 14 de junio de 1985, en causa seguida contra el mismo por un delito de robo.

18-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE MARZO DE 2002

D. B.M.A. aprovechando su calidad de Interventor destinado en la Intervención de Armas del Cuartel de la Guardia Civil de Ondarroa, en fecha que no ha podido ser determinada pero anterior al 10 de Febrero de 1996, sustrajo la escopeta marca Sarasqueta, modelo "Paratodos", tipo PR del calibre 12, serie BP con número de fabricación XXX que, junto con otras dos escopetas, había depositado su propietario D. B.E.A. el 21 de Julio de 1992 en dicha Intervención con motivo de haber caducado su licencia de armas.- Para facilitar la sustracción el acusado hizo constar en el Libro Registro de Depósito de Armas por particulares del Cuartel de la Guardia Civil de Ondarroa, donde aparecía inscrita la escopeta con el número de orden 59, en la casilla correspondiente al motivo de salida la expresión "chatarra" junto a la fecha 26.1.94. Igualmente en el Libro de Revista de Armas de la citada Intervención en que aparecía inscrita con el número de orden 42 hizo también constar el término "chatarra", tras tachar la anotación que hacía referencia a la escopeta.- En las relaciones de armas remitidas a la Intervención de Armas de la Guardia Civil de Bilbao no consta la entrega de la mencionada escopeta para su reducción a chatarra ni tampoco para subasta y en el expediente del titular (número 891) se encontró la guía del arma y su copia.- La escopeta databa de la década 1920 a 1930 y aunque tenía una grieta en la garganta del pistolet y no servía para la caza al no poder emplear munición actual ha sido valorado pericialmente en 120.000 ptas.- D. B.E.A. no reclama indemnización alguna por estos hechos".

La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. B.M.A. como autor responsable de un delito de Hurto y otro de falsedad en documento oficial sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se dice infringido el principio acusatorio ya que el Ministerio Fiscal le acusó de un delito de malversación previsto y penado en el artículo 432 del Código Penal y fue condenado como autor de un delito de hurto previsto y penado en los artículos 514 y 515, párrafo primero, del Código Penal de 1973.

El motivo no puede prosperar.

El objeto de enjuiciamiento queda fijado en las calificaciones definitivas de las partes y si difiere de las conclusiones provisionales, ello en modo alguno puede determinar vulneración del derecho de defensa ni del principio acusatorio que ha de entenderse satisfactoriamente cumplido cuando haya «identidad de hecho» entre una y otra clase de conclusiones, como dice la Sentencia de 24 noviembre 1993, ya que en tal caso no cabe la menor duda de que el inculcado tuvo perfecto conocimiento de los hechos por los que se le acusaba y la posibilidad de utilizar todos los elementos probatorios que estimase pertinentes (Sentencia de 20 septiembre 1994).

El hecho básico que es objeto de enjuiciamiento en la presente causa, ha permanecido inalterable desde las conclusiones provisionales hasta las definitivas formuladas en el acto del plenario, por lo que el acusado ha podido defenderse de las imputaciones contra él realizadas.

Se ha cuestionado la homogeneidad entre el delito de malversación de caudales públicos, objeto de acusación por el Ministerio Fiscal, y el delito de hurto apreciado en la sentencia de instancia. El punto crítico que haría rechazable la homogeneización de los tipos, sería la causación de una evidente e inequívoca indefensión en el acusado. Para que pueda hablarse de una efectiva indefensión, en un supuesto de planteamiento de tesis jurídicas distintas, es necesario que los delitos sean opuestos en función de su naturaleza, sujetos intervinientes y modalidades típicas. Ahora bien, cuando los delitos

tienen puntos de contacto evidentes y presentan una estructura análoga en cuanto a la morfología de la acción, no cabe duda que el acusado no se ve inesperadamente sorprendido, sino que, en todo momento, pudo ordenar su defensa en aras de conseguir la más efectiva tutela de sus derechos a conocer la acusación y a poder defenderse con garantías. Estos derechos, han sido reconocidos en el presente caso, por lo que no se puede considerar vulnerado el principio acusatorio.

Ciertamente, esta Sala tiene declarado -Cfr. Sentencia 1089/96 de 30 de diciembre y de 14 de marzo de 1995- que no existe vulneración del principio acusatorio al ser considerado delitos homogéneo el delito de hurto respecto del de malversación de caudales públicos, pues eliminado alguno de los elementos específicos que caracterizan esta última figura delictiva -la condición de funcionario público o asimilado, caudales o efectos públicos y que éstos se tengan por razón de sus funciones- cabe una condena por hurto o apropiación indebida, pues aquella acusación comprende todos los hechos constitutivos de estos otros delitos, por lo que pudo defenderse de todo aquello por lo que fue acusado. En este caso se ha eliminado el carácter de caudal público del objeto sustraído y procedía la condena por delito de hurto

IV. JURISPRUDENCIA REFERENTE AL CÓDIGO PENAL DE 1995

1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2015 (ASUNTO CODICE CALIXTINO)

El acusado, desde el año 2000 hasta el 3 de julio de 2012 -fecha en la que se procedió a su detención-, aprovechando sus frecuentes visitas a la Catedral de Santiago de Compostela -primero como electricista, hasta finales de 2003, y después como rutina diaria-, accedió a distintas estancias y dependencias de la Catedral principalmente al despacho del Deán y al despacho del administrador sin su consentimiento, utilizando las

llaves que previamente había sustraído o de las que se había apropiado indebidamente al no devolverlas después de realizar trabajos en la Catedral, y se apoderó de grandes cantidades de dinero en moneda nacional y en divisas, varios facsímiles, diversa documentación de contenido económico, jurídico y relativa a la seguridad de la Catedral y el Código Calixtino.

Respecto a la sustracción del Código Calixtino, la Audiencia Provincial entiende que se trata de un delito de hurto agravado al tratarse de una obra con un gran valor no solo económico sino también cultural, artístico, histórico y científico. La calificación como hurto y no como robo con fuerza en las cosas, tal y como había solicitado tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular, la justifica la Audiencia en el hecho de que se desconoce si el acusado utilizó fuerza en las cosas para acceder al Código Calixtino.

La Sala considera que no se ha practicado prueba suficiente que acredite que el acceso del acusado a la cámara en la que se encontraba el Código se hubiese hecho mediante el empleo de alguna de las modalidades que contempla la figura del delito de robo con fuerza en las cosas y, en concreto, mediante el empleo de llaves falsas, tal y como sostiene el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

La Audiencia Provincial observa que "existe una probabilidad alta de que las puertas del claustro estuvieran cerradas pero no una certeza absoluta de que así fuera y en el Derecho Penal no sirve la sospecha, ni la conjetura, ni la verosimilitud, ni siquiera la mera probabilidad para condenar al reo, sólo sirve la certeza, entendida como la probabilidad máxima. En caso de duda, no puede adoptarse la decisión más perjudicial para el reo".

Asimismo la Audiencia Provincial de A Coruña entiende que no cabe apreciar la continuidad delictiva entre la sustracción del Código y la del dinero y el resto de efectos porque el Tribunal Supremo ha negado en reiteradas ocasiones la posibilidad de apreciar el delito continuado entre el hurto y el robo con fuerza al infringir distinto precepto penal (Vid., entre otras, las SSTS de 23 de junio de 1993 y de 14 de febrero de 2000).

Por su parte, la acusación particular entendió que concurría la agravante de abuso de confianza prevista en el artículo 22.6 del Código penal. Circunstancia que también rechaza la Sala al considerar que la prueba practicada ha puesto de manifiesto que el acusado no tenía una relación tan estrecha que le permitiera acceder a los espacios privados del recinto, como el despacho del administrador o del Deán.

La agravante de abuso de confianza requiere para su aplicación de: a) una especial relación entre el sujeto activo y el pasivo del delito, que origina un específico deber de lealtad entre ambos y b) un aprovechamiento de esa particular relación que facilita la comisión del delito.

La confianza de la que se abusa exige una relación especial, subjetiva y anímica, entre el ofensor y la víctima, relación de confianza que encuentra su razón en relaciones laborales, de amistad, de convivencia, de vecindad, razones familiares o cualquier otra que genere una especial confianza en virtud de la cual se inhibe la sospecha o la desconfianza (STS de 28 de junio de 2005).

En este sentido, y como resalta la Sala, no puede confundirse el abuso de confianza con la ausencia de controles o con la mera tolerancia. Y de ahí que el juzgador reproche al administrador de la catedral su clamorosa desidia con estas palabras: "la ausencia de medidas de control tendentes a evitar las sustracciones es achacable a una clamorosa desidia por parte de quien fue administrador de la Catedral durante esos años, que siendo conocedor de los robos que se estaban produciendo no informó a otros responsables, salvo un impreciso comentario al Deán, ni adoptó medida alguna eficaz para evitarlo, ni lo comunicó a su sucesor. Es igualmente censurable que nada se hubiese denunciado a la Policía respecto de esta desaparición de dinero cuando se sustrajo el Códice, privando a los investigadores de una información sustancial que habría agilizado, sin duda alguna, la resolución del caso".

El fallo de la sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de A Coruña de fecha 17 de febrero de 2015 es el siguiente:

1. Condena al acusado por un delito de hurto agravado a la pena de prisión en su máxima extensión, esto es, tres años de prisión, teniendo en cuenta la gravedad del hecho al afectar a un bien tan relevante como es el Códice Calixtino, de valor histórico, cultural, artístico y científico incalculable.

2. Por el delito continuado de robo con fuerza en las cosas, en su modalidad agravada al revestir especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos, a la pena de 5 años de prisión. La Audiencia Provincial, en relación con la penalidad del delito patrimonial continuado, se remite a lo señalado por el Tribunal Supremo quien en diversas sentencias ha defendido que el apartado 2 del artículo 74 recoge una norma específica cuya aplicación excluye la genérica del artículo 74.1 que ordena la imposición de la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado en determinados supuestos (Vid., entre otras muchas, las SSTS de 9 de mayo de 2000), de 12 de junio de 2007) y de 16 de abril de 2009, no cabiendo la aplicación de ambos apartados en este caso concreto.

3. Por el delito de blanqueo de capitales previsto en el artículo 301.1 del Código penal y teniendo en cuenta que merece mayor reproche la conducta de quien siendo autor de la actividad delictiva precedente realiza las gestiones tendentes a convertir los bienes sustraídos y a transmitirlos en parte a terceros, le impone al acusado la pena de prisión de dos años y multa de 268.425,11 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de seis meses conforme al artículo 53 del Código penal.

Calificación jurídico penal de la sustracción del Codice Calixtino por el Tribunal Supremo.

La sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña entendió que al no poder probarse la fuerza en las cosas en la sustracción del Códice Calixtino, la calificación de la misma no podía ser otra que la de un delito de hurto.

El Tribunal Supremo, por el contrario, resuelve que la calificación jurídico penal de la sustracción del Códice Calixtino debe ser de robo con fuerza en las cosas al ser

esta alternativa más beneficiosa para el reo, tema que, por otro lado, no fue tratado ni en el escrito de recurso ni en las alegaciones de las partes. Para el Tribunal Supremo la sanción separada del hurto del Código respecto del robo continuado del dinero y otras piezas, conlleva una pena mayor que considerar todas las sustracciones perpetradas por el acusado de un único delito continuado de robo y añade: "concurren así los requisitos de un único delito continuado de robo con fuerza en las cosas, al acoger como cierto que para acceder a la sustracción del Código el acusado se valió de unas llaves que no eran las destinadas por el propietario para abrir las dependencias en que se perpetró la sustracción (art. 239.3 CP). Sin que para apreciar la continuidad del robo por sustracción del dinero y del robo por sustracción del Código constituya un obstáculo la circunstancia de que nos hallemos ante dos subtipos agravados de robo con fuerza ubicados en dos apartados diferentes de un mismo precepto (el art. 241.1 en relación con el art. 235.1º y 3º del C. Penal, redacción de junio de 2010)".

La jurisprudencia, ciertamente, no ha considerado como óbice para apreciar el delito continuado que los hechos integrables en la continuidad delictiva sean subsumibles en distintos apartados agravatorios de una misma figura penal. Ahora bien, integrada la sustracción del Código Calixtino dentro del delito continuado de robo con fuerza en las cosas, el Tribunal Supremo a la hora de fijar el marco punitivo del delito continuado recurre al apartado 1 del artículo 74 del Código penal y dice literalmente: "al aplicarse los supuestos de subtipo agravado del valor histórico y artístico del Código y dada la cuantía del valor de lo sustraído en el delito continuado de robo, entendemos que ha de aplicarse la pena superior en grado en su mitad inferior. De modo que el marco legal punitivo concreto queda fijado en un mínimo de 5 años y un día y un máximo de 7 años y 6 meses". Fijándolo finalmente en 7 años de prisión.

Por el contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, en el caso del delito continuado de robo con fuerza en las cosas aplicó el apartado 2 del artículo 74 sin remisión alguna al apartado 1 al concurrir la modalidad agravada de especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos.

Como ya sucediera en otros supuestos, como en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2015, se plantea una vez más si la regla penológica del

apartado 1 del artículo 74 rige también para los delitos patrimoniales o si, en relación a estos últimos, hay que estar únicamente a lo dispuesto en el apartado 2 del mencionado artículo.

El artículo 74 del Código penal establece las reglas de determinación de la pena al disponer en su apartado 1º que el autor de un delito continuado será castigado "con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado". En su apartado 2º señala que "si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado".

Tal planteamiento arranca con la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1998 donde se considera que no resulta necesaria la imposición de la pena en su mitad superior cuando la continuidad delictiva tiene su origen en faltas continuadas contra el patrimonio. Posteriormente la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2000 subraya que el artículo 74.2 contiene una norma específica cuya aplicación excluye la genérica del apartado 1 del mismo artículo, añadiendo la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2007 que la doctrina del alto Tribunal es clara en el sentido de que dicha regla no opera cuando se trata de delitos contra el patrimonio, cuya penalidad en casos de continuidad ha de someterse a la regla especial y autónoma del artículo 74.2, que no obliga a imponer la pena en su mitad superior, todo ello por razones de proporcionalidad de la pena, de no vulneración del principio *ne bis in idem* y de especialidad.

No obstante y para evitar resoluciones contradictorias, que las había, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo abordó esta cuestión en dos sesiones plenarias. En la primera de ellas, de 18 de julio de 2007, aunque no se tomó un Acuerdo formal, posponiéndolo para otro Pleno, se concluye que "en los delitos continuados patrimoniales, lo previsto en el apartado segundo del artículo 74 CP constituye una regla no incompatible con el criterio general de punición de los delitos continuados previsto en el apartado primero de este mismo artículo". Idea que se desarrolla en el segundo de los Plenos, el celebrado el 30 de octubre de 2007, donde se alcanza el siguiente Acuerdo: "El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de

la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1, sólo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de la doble valoración", es decir, en aquellos casos en los que la pena ya haya sido incrementada en atención al perjuicio total causado por tratarse de delito continuado.

Para el Tribunal Supremo (STS de 25 de abril de 2008 el Acuerdo de 30 de octubre de 2007 supone una "reorientación" de la tesis de la especialidad del apartado 2 del artículo 74 frente al apartado 1 del mismo precepto, pues "no existe razón alguna de política criminal que justifique la sustracción del delito continuado de naturaleza patrimonial respecto de la regla agravatoria prevista en el artículo 74.1 del CP"; aunque después se matice esta afirmación general "con el fin de impedir que su aplicación conduzca, en determinados supuestos que ofrece la práctica, a la doble incriminación de un mismo hecho". Estos supuestos en los que, de manera excepcional, no se aplicaría la previsión del artículo 74.1 serían, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2009, los siguientes:

1. Cuando por la adición del perjuicio causado varias faltas patrimoniales se convierten en delito. Seguramente, tras la reforma penal de 2015, en el lugar de las "faltas" se tendrá que leer "delitos leves": cuando por la adicción del perjuicio causado varios delitos leves patrimoniales se conviertan en delito menos grave.

2. Cuando delitos patrimoniales genéricos o básicos originan uno cualificado.

3. Cuando el hecho reviste notoria gravedad y perjudique a una generalidad de personas, en cuyo caso es de aplicación el delito masa previsto en el último inciso del artículo 74.2 del Código penal.

Todo ello resulta claramente explicitado en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2009 que señala los siguientes criterios:

A) Como primer paso ante un delito patrimonial continuado debemos acudir a la especificidad del nº 2 del artículo 74 del Código Penal, que establece una forma de punición, pero también un mecanismo para determinar la infracción más grave, que en

delitos de esta naturaleza se forma adicionando el valor de los distintos quebrantos económicos ocasionados por la continuidad.

Si de la suma de las distintas cuantías económicas surge un marco punitivo exasperado diferente, sólo debe aplicarse éste, sin que se recargue la sanción por la continuidad, porque al proceder conforme al n° 2 del artículo 74 se exasperó la pena. Los casos serían:

B.1) Varias sustracciones o apropiaciones integrantes de falta, originan, por razón de la cuantía, la aparición de un delito.

B.2) Varias infracciones comunes o genéricas por la cuantía (artículo 249 del Código Penal, en materia de estafa, como es el caso concernido) que determinan la aplicación del art. 250.1.6 Código Penal.

B.3) Que nos hallemos ante un delito masa (que el hecho revistiera notoria gravedad y hubiera afectado a una generalidad de personas) regulado en el último inciso del artículo 74-2 Código Penal".

Fuera de estos casos cabría aplicar el artículo 74.2 del Código penal, para determinar la infracción más grave y después recurrir a la norma general (en evitación de agravios comparativos con otras infracciones no patrimoniales) e intensificar la pena en la medida establecida en el número 1° del artículo 74, todo ello siempre que no se produzca una doble valoración de las conductas, reñidas con el principio ne bis in idem (STS de 30 de abril de 2015).

En el caso de la sentencia objeto de comentario nos encontraríamos ante el segundo supuesto: cuando delitos patrimoniales genéricos o básicos (varios robos con fuerza en la cosas del tipo básico) originan uno cualificado por la especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos, que conlleva aplicar la pena de prisión de dos a cinco años al concurrir la circunstancia 5ª del artículo 235.1 del Código penal.

Es decir el régimen general, aplicación del apartado 1 del artículo 74 en los casos de delito patrimonial continuado, tiene entre sus excepciones que cuando teniendo en cuenta el resultado, el perjuicio total causado, su consideración implique una

alteración de la subsunción: varios hechos cada una de ellos constitutivos de un delito de robo con fuerza en las cosas que aisladamente considerados no exceden de una especial gravedad por el valor de los efectos sustraídos, pero que conjuntamente determinan la aplicación de la agravación del artículo 241.1 del Código penal. En estos casos si el perjuicio ya se ha tenido en cuenta para determinar la pena no puede volver a tenerse en cuenta para aplicar el régimen previsto en el artículo 74.1 del Código penal.

El Fallo

La Sala Segunda del Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación y en consecuencia condena a nueve años de cárcel al autor de la sustracción del Códice Calixtino por un delito continuado de robo con fuerza en las cosas y otro de blanqueo de capitales. Pese a rechazar todos los motivos del recurso del acusado, por las "abrumadoras pruebas de cargo" existentes contra él, reduce la pena de 10 a 9 años de prisión al considerar que, por las reglas de la continuidad delictiva, era más beneficioso para él considerar que la sustracción del Códice fue un robo y no un hurto, al contrario de lo que hizo en primera instancia la Audiencia Provincial de A Coruña.

Además, el alto Tribunal ratifica 6 meses de prisión para la esposa, por blanqueo de capitales, al rechazar su alegación de ignorancia de las importantísimas cantidades de dinero que poseía de forma ilícita su esposo, así como su desconocimiento de que la compra de inmuebles se hacía con dinero procedente de una actividad delictiva.

La sentencia del Tribunal Supremo, de la que sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro, ratifica la multa de 268.425 euros a cada uno de los cónyuges, así como la condena al procesado a que indemnice a la catedral de Santiago de Compostela con 2,4 millones de euros y 30.000 dólares, por estar probado que robó al menos esa cantidad a lo largo de los años de la caja fuerte del despacho del administrador del edificio religioso.

2-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE OCTUBRE DE 2015

HECHOS PROBADOS: "PRIMERO.- Prudencio y su esposa Elvira, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, eran hermano y cuñada, respectivamente, de Tania. A raíz de una caída que sufrió Tania en el mes de mayo de 2011, a consecuencia de la cual tuvo que ser hospitalizada, ésta autorizó a su hermano Prudencio y la esposa de éste a que entraran libremente en su domicilio sito en el PASEO000 n° NUM000 NUM001 NUM002 de esta Ciudad para que lo vigilaran y cuidasen y para ello les hizo entrega de la llaves a través de Esther, empleada del hogar que la asistía en casa. SEGUNDO.- Así las cosas, Elvira elaboró un documento manuscrito por ella misma y fechado el día 2 de Junio de 2011 que decía "Tania en plenitud de sus facultades quiere poner de manifiesto que, teniendo en cuenta que los únicos familiares con quien tengo relación y que me ayudan en este momento, son mi hermano Prudencio y su mujer Elvira. Por ello quiero dejar por escrito que, a mi fallecimiento, les doy todo lo que hay en mi Piso de PASEO000 n° NUM000 NUM001 NUM002 de Zaragoza y en mi apartamento de Salou aparte de lo que decida sobre el resto de mis propiedades en el testamento que voy a hacer próximamente." La acusada Elvira firmó dicho documento imitando la firma de Tania y lo guardó. TERCERO.- Tania, que había hecho testamento en octubre de 1988 dejando como heredera única y universal a su hermana María Cristina, fallecida ésta el día 16 de octubre de 2004 en Argentina donde residía con dos hijos Daniel y Jacinto, falleció finalmente el día 18 de Junio de 2011 siendo en este momento herederos de la misma sus sobrinos residentes en Argentina. CUARTO.- Pasado aproximadamente un mes del fallecimiento de Tania, Prudencio y su esposa Elvira contrataron los servicios de la empresa de mudanzas ARSE MUDANZAS S.L.U. y sacaron todos los muebles y enseres que había en el piso del PASEO000 n° NUM000 NUM001 NUM002, y que había sido propiedad de Tania, y los trasladaron a un Chalet sito en la URBANIZACIÓN000 de Zaragoza. Dichos muebles y enseres han sido tasados pericialmente en 15.000 €. QUINTO.- En el mes de octubre, enterado el albacea de la herencia Tania de que se habían sacado los muebles de su casa del PASEO000, se personó con un notario a fin de levantar acta encontrándose con que el piso estaba totalmente vacío ante lo cual interpuso una

denuncia en la comisaría de Policía que dio lugar al proceso penal origen a la presente causa.

La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS:

1°.-Absolvemos libremente y con todas los pronunciamientos favorables a Prudencio de los delitos de los que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

2°.- Condenamos a Elvira, mayor de edad y sin antecedentes penales, como autora de un delito de falsedad en documento privado tipificado en el artículo 395 del Código Penal sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena.

3°.- Condenamos a Elvira, mayor de edad y sin antecedentes penales, como autora de un delito de hurto tipificado en el artículo 234 del Código Penal concurriendo la circunstancia modificativa de responsabilidad criminal agravante de abuso de confianza tipificada en el artículo 22 n° 6 del Código Penal, a la pena de 12 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena.

4°.- Condenamos a Elvira, mayor de edad y sin antecedentes penales, como autora de un delito de estafa procesal tipificado en el artículo 250.1 7° del Código Penal en grado de tentativa sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

En este sentido, es clara la improcedencia de las alegaciones relativas tanto a la incorrecta calificación de los hechos como un delito de Hurto del artículo 234 del Código Penal (motivo Séptimo) como a la aplicación a esa infracción de la agravante de abuso de confianza del artículo 22.6ª (motivo Sexto) o la fijación de la cuantía indemnizatoria por los perjuicios causados con tal delito (motivo Octavo).

a) En cuanto a la primera de tales alegaciones, procede la ya adelantada desestimación puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria, al aplicar el artículo 234 del Código Penal vigente, que define la autoría respecto del delito de Hurto por el que se condena a la recurrente, tal y como razona acertadamente el Fundamento Jurídico Segundo de la Resolución de instancia a la vista del contenido de la narración de hechos probados, en este momento incuestionable que incorpora todos los elementos de dicho tipo penal tales como el apoderamiento por parte de la recurrente de bienes muebles de propiedad ajena, por valor superior a los 400 euros, sin contar con la voluntad de su legítima propietaria y sin el empleo de fuerza en las cosas ni violencia o intimidación alguna.

b) Sentido desestimatorio que debe seguir, así mismo, la segunda de las alegaciones relativa a la inexistencia de la circunstancia agravante de abuso de confianza (art. 22. 6ª CP), toda vez que aunque la propietaria de los bienes, de cuya confianza se abusó, hubiera fallecido al tiempo de la comisión del ilícito, el mismo se pudo llevar a cabo, en la forma en la que se hizo, aprovechándose de la confianza que aquella, en vida, depositó en su hermano y su esposa al entregarles las llaves de su vivienda para que la vigilasen y cuidasen, lo que fue aprovechado para cometer el expolio, de modo que, de acuerdo con lo que se razona en el Cuarto de los Fundamentos Jurídicos de la recurrida, constituye, sin duda, la premisa fáctica para la aplicación de la agravante que, como tiene ampliamente reconocida la Jurisprudencia de esta Sala, puede concurrir en momentos anteriores a la ejecución, facilitando la realización de ésta (vid. en este sentido, por ej., las STS de 28 de Junio de 1989 o 19 de Abril de 1999).

3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE ABRIL DE 2013

La procesada María Teresa, aprovechando la circunstancia de que entre los meses de diciembre de 2010 y mediados de enero de 2011 desempeñó trabajos de asistencia doméstica, a través de la cooperativa que gestiona su madre, Beatriz, denominada Serviscoop, en la vivienda sita en la C/ DIRECCION000 nº NUM002-

NUM003 NUM004, en Badajoz, donde residen habitualmente Marcos con sus padres, ambos de edad avanzada y su madre en situación de dependencia, asumió para sí, con propósito de obtener un beneficio ilícito, en sucesivas ocasiones, una suma total de 700€ en efectivo, así como diversas joyas, todas de oro, cuyo valor concreto se desconoce, habiendo sido el perjudicado posteriormente resarcido por la citada Beatriz, a la sazón madre de la procesada.

La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva: Así mismo debemos condenar y condenamos a la también procesada Doña María Teresa, mayor de edad y con antecedentes penales, como autora criminalmente responsable de un delito de hurto continuado ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de drogadicción, a la pena de doce meses de prisión.

En el segundo motivo la recurrente, se queja de lo que considera errónea aplicación de los artículos 234 y 74 en cuanto al delito de hurto continuado, pues las cantidades sustraídas nunca superaron los 400 euros.

La vía de impugnación por la que se ha optado por la recurrente impone el respeto al hecho probado, de manera que solamente es posible verificar si el tribunal de instancia ha interpretado y aplicado correctamente los preceptos sustantivos pertinentes a los hechos probados, sin prescindir de ninguno de ellos y sin añadir otros diferentes. No es posible atender a otra posible ocurrencia fáctica basada en la valoración que de la prueba hace la parte recurrente.

En la sentencia impugnada se declara probado que la recurrente, en fechas comprendidas entre los meses de diciembre de 2010 y enero de 2011, se apoderó, en sucesivas ocasiones de una suma total de 700,00 euros en efectivo, así como diversas joyas, todas de oro, cuyo valor concreto se desconoce.

Desconocido el valor de las joyas, sin que siquiera se declare probado un valor mínimo, debe atenderse a la cantidad en efectivo, que, como suma total supera los 400 euros. El periodo temporal en el que se declara probado que se realizaron los actos de apoderamiento, unido a las características de la acción, ejecutada aprovechando la misma circunstancia del desempeño de trabajos de asistencia doméstica, permiten

considerar que las sucesivas acciones constituyen un delito continuado, sin que sea procedente aplicar las prevenciones contenidas en el párrafo segundo del artículo 234 del Código Penal. Sin embargo, es claro que del hecho probado no se desprende que ninguna de las cantidades de dinero objeto de cada acción individualizada superase los 400 euros, por lo que, aisladamente consideradas, constituirían faltas de hurto, que, dadas sus características, y teniendo en cuenta el perjuicio total causado, darían lugar a un delito de hurto.

La doctrina de esta Sala ha entendido en los casos en los que distintas faltas de hurto den lugar a un delito no es posible apreciar la cuantía total de lo sustraído para dar lugar a la calificación como delito y luego, nuevamente, para agravar la pena según las previsiones del artículo 74, por impedirlo la prohibición general de doble valoración.

En consecuencia, la conducta de la recurrente, tal como viene descrita, constituiría un delito de hurto formado por las distintas faltas, de manera que la pena aplicable es la pena prevista en el artículo 234 en toda su extensión, que, por concurrencia de una atenuante y al no constar otras circunstancias que hubieran sido valoradas por el Tribunal al individualizar la pena, deberá imponerse en el mínimo legal de seis meses.

En ese limitado sentido, el motivo se estima.

4-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE JUNIO DE 2013

Durante los meses de marzo y abril de 2010 Fidel, aprovechando la relación de pareja y consiguiente confianza que mantenía con Evangelina, urdió un plan, cuya primera fase consistía en conseguir que ésta se sintiera atraída por una serie de inversiones que le estarían reportando a él grandes beneficios, las cuales en realidad no existían. Dicha simulación y alteración de la realidad fue diseñada por parte de Fidel con ánimo fraudulento y de enriquecimiento. Evangelina dio plena credibilidad a dicha trama y decidió entregarle sendas cantidades de 30.000 y 40.000 euros con el objeto de que las mismas fueran invertidas en los -inexistentes- productos financieros, lo que

realmente nunca sucedió, quedando incorporadas tales cantidades al patrimonio de Fidel. El disfrute de esas cantidades de dinero permitió a Fidel llevar un ritmo de vida muy superior al que era propio de sus ingresos como operario no cualificado. Ante la dificultad de ocultar por más tiempo la irrealidad de la inversión, a principios del año 2011 Fidel decidió abandonar definitivamente el domicilio común, no sin antes apropiarse de un sobre en el que se contenían 6.000 euros propiedad de Evangelina y de los documentos en que constaba la entrega por parte de ésta del dinero para la que resultó ser una falsa inversión"(sic).

La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Fidel, como autor criminalmente responsable de un delito de estafa, con las agravante específica de abuso de las relaciones personales existentes entre la víctima y la defraudadora, y en atención a la cuantía de lo defraudado previsto en los artículos 248.1, 249, 250.1.6 ° y 7°, todos ellos del Código Penal.

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Fidel, como autor criminalmente responsable de un delito de hurto previsto en el artículo 234 del Código Penal, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.1° de la LECrim, denuncia infracción, por aplicación indebida de los artículos 248 (por error dice 258) y 234 del Código Penal. Respecto del primero, alega que no ha existido engaño ni acto de disposición por parte de la víctima. Niega que resulte del relato fáctico la puesta en marcha de una realidad engañosa capaz de producir error en la víctima; no existen datos de los contratos; no se describe la forma en que intentó convencerla; no considera creíble la declaración de la víctima pues denunció dos meses después de la ruptura, y no está acreditada la disposición patrimonial.

En cuanto al delito de hurto sostiene que no existe prueba del apoderamiento, lo cual remite a cuestiones relacionadas con la presunción de inocencia que exceden el cauce del presente motivo. Y, en cualquier caso, como se ha dicho, el Tribunal de instancia valoró la declaración de la víctima. En consecuencia, el motivo, en sus diferentes alegaciones, se desestima.

En el tercer motivo, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, denuncia la vulneración del artículo 9.3 de la Constitución en cuanto establece la interdicción de la arbitrariedad, y del artículo 24, en relación a la tutela judicial efectiva. En el desarrollo del motivo sostiene que se ha extendido la aplicabilidad de los artículos 248 y 234 del Código Penal a supuestos no contemplados, pues no existe prueba de un engaño, ni de una disposición patrimonial ni de ningún acto de apoderamiento, disponiéndose de una prueba documental insuficiente.

El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre los hechos ocurridos y con base en la misma declararlos probados, así como la participación del acusado en ellos, descartando, al mismo tiempo y en su caso, la concreta versión alternativa ofrecida por el acusado por carencia de la necesaria racionalidad. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio, sustituyendo la realizada por el tribunal de instancia.

El derecho a la tutela judicial efectiva (STC 147/2004, entre otras), aunque diferente de la presunción de inocencia, impone al tribunal la valoración expresa y

razonada de la pruebas de cargo y de descargo que tengan un contenido relevante respecto de los hechos cuya acreditación se discute. No se confunden con ello ambos derechos, cada uno con su contenido propio, sino que se destaca que la existencia de prueba en el caso concreto debe explicitarse a través de una motivación suficiente.

En el motivo, el recurrente, tras amplia cita jurisprudencial, argumenta en realidad que no existe prueba de los hechos que se consideran típicos. En contra de lo que parece anunciar al inicio de su exposición, no alega que se consideren típicos, bajo las rúbricas de la estafa y el hurto, hechos que no lo son, sino que la declaración de hechos probados no se sustenta en una prueba de cargo suficiente.

Sin embargo, como ya hemos dicho, el Tribunal ha contado respecto de todos los hechos, especialmente con la declaración de la víctima, detenidamente analizada en la sentencia, avalada por otros elementos probatorios, como las declaraciones de testigos respecto de la alta disponibilidad de dinero del recurrente, solo explicable por la recepción de las cantidades entregadas por la perjudicada, y como el contenido de las cartas cruzadas entre recurrente y perjudicada, que se relacionan y valoran en la fundamentación jurídica, de las que el Tribunal deduce un reconocimiento implícito del fraude cometido.

Por lo tanto, ha existido prueba de cargo y ha sido valorada de forma racional por el Tribunal, por lo que el motivo se desestima.

El Ministerio Fiscal hace una referencia en su informe a la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 del Código Penal, lo que ha motivado que este Tribunal, al amparo de una interpretación extensiva de lo previsto en el artículo 897, párrafo segundo, de la LECrim, acordara dar traslado a las partes para ser oídas sobre la cuestión, ya que en los hechos probados se hace una referencia expresa a que el acusado aprovechó la relación de pareja existente con la perjudicada y que, después de realizar los hechos que se describen, abandonó el domicilio común. El Ministerio Fiscal entiende improcedente la aplicación de la excusa absolutoria mientras que el recurrente la entiende aplicable, señalando en el apartado segundo, A), que "...siendo de aplicación la excusa absolutoria del art. 268 del Código Penal, las penas interpuestas en concepto

de responsabilidad criminal quedarían extinguidas, sin perjuicio de la subsistencia de la condena impuesta en concepto de responsabilidad civil" (sic).

La STS nº 618/2010, citada por la reciente STS nº 412/2013, recordaba con cita de otras resoluciones que "... la razón de ser de la excusa absolutoria de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes incluidos en la excusa absolutoria del art. 268 del vigente CP, equivalente al art. 564 del anterior CP, se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre ...". Esta Sala, en acuerdo adoptado en el Pleno no jurisdiccional celebrado el día 1 de marzo de 2005 acordó que "a los efectos del art. 268 CP, las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial". Esta doctrina es aplicada en la STS nº 91/2005, en la que se argumentaba que " Para llegar a esta interpretación se tuvo en cuenta, aparte de la realidad social, en tanto que en este concreto aspecto el Código Penal no responde a los parámetros de los modelos familiares actuales, la consideración de un criterio analógico a favor del reo, conforme a la Constitución, que conduce a aceptar la equiparación entre el cónyuge y la persona ligada por una relación análoga de afectividad, a los efectos de aplicar la referida excusa absolutoria. No obstante, se definió como límite de incuestionable concurrencia la existencia de una situación de estabilidad que pudiera equiparar ambas situaciones. Solamente tal estabilidad, puede dar lugar a la equiparación propugnada. De igual modo, tal vínculo ha de subsistir para que pueda darse entrada a este privilegio, del mismo modo que ocurre con las personas unidas en matrimonio, sin que puedan ampararse en el mismo cuando concurre una situación de separación legal o de hecho. El tercer límite lo constituye el que tales acciones típicas se hayan producido entre ellos exclusivamente, sin que puedan entrar en su órbita terceras personas a las que afecte el delito".

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que, como se dice en la STS 42/2006, de 27 de enero, existe incluso "la posibilidad de aplicación de oficio de la mencionada excusa absolutoria".

En el caso, como se ha dicho, los hechos constituyen un delito de estafa y otro de hurto, en los que, por su propia naturaleza no concurre ni violencia ni intimidación, y

ambos han sido cometidos por el acusado recurrente contra el patrimonio de su pareja sentimental, con la que, en esa época, compartía domicilio, aprovechándose incluso de esas dos circunstancias, la estabilidad de la relación y el hecho de compartir domicilio. Aunque desde otras perspectivas pudiera sostenerse que hechos cometidos en esas circunstancias y aprovechándose de una relación de ese tipo, incluso pudieran presentar mayor gravedad y pudieran resultar acreedores a una respuesta más contundente, lo cierto es que el legislador, por razones entre las que pudieran encontrarse las antes aludidas, ha decidido no imponer una sanción penal, remitiendo las cuestiones al ámbito civil.

En consecuencia, no procede la condena del acusado por los delitos de estafa y hurto, por lo que el recurso debe ser estimado, dictándose segunda sentencia absolutoria.

FALLO

DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado Fidel de los delitos de estafa y hurto por los que venía condenado, y LE CONDENAMOS a que indemnice a Evangelina en la cantidad de 76.000 euros, manteniendo en ese aspecto el pronunciamiento contenido en la sentencia de instancia.

5-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE ABRIL DE 2012

De lo actuado resulta probado y así se declara expresamente, que el día 11 julio 2009, a las 0,30 horas, en Albacete, en la calle Oliva Sabuco de Nantes Nazario y Florencio se pusieron de acuerdo para apoderarse de un ciclomotor marca Yamaha, con matrícula X-.... XDJ que se encontraba estacionado, rompieron el bloqueo de la dirección y del sistema de encendido, tratando de ponerlo en marcha para llevárselo, pero en ese momento apareció el propietario del ciclomotor, Alejandro, que les dijo que se estuvieran quietos y dejaran en paz su moto, pero los dos se encararon con él, Nazario le propinó un cabezazo haciéndole perder un diente y entre los dos le dieron

puñetazos y se marcharon riéndose, pero sin llevarse el ciclomotor. Alejandro sufrió una erosión en el labio superior, erosión y eritema preorbitario y pérdida de incisivo medio superior, necesito para su salida, además de la primera asistencia, tratamiento médico quirúrgico que duró 15 días, estuvo dos días impedido para trabajar y sufrió como secuela la pérdida traumática del diente que altera en forma importante su apariencia e integridad física. El ciclomotor sufrió daños por importe de 490 € 62 céntimos.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLO: Que debemos condenar y condenamos a Florencio y Nazario, como autores de un delito de robo con violencia, en grado de tentativa, de los artículos 237 y 242.1 del Código Penal y de un delito de lesiones del artículo 150 del mismo Código, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a cada uno de ellos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

En el segundo motivo, por la vía del art. 849.1º de la LECrm., objeta el recurrente la infracción de los arts. 237 y 242.1 del C. Penal, por haber sido subsumidos los hechos en el delito de robo con violencia cuando realmente, según se desprende del "factum" de la sentencia, la violencia física no fue utilizada como medio para perpetrar la sustracción sino para deshacerse de la víctima cuando los acusados se encararon con ella.

La lectura de la narración fáctica de la sentencia avala la tesis jurídica que postula en este caso la parte recurrente, pues la Audiencia afirma que rompieron el bloqueo de la dirección y del sistema de encendido del ciclomotor, tratando de ponerlo en marcha para llevárselo, pero en ese momento apareció el propietario, Alejandro, que les dijo que se estuvieran quietos y dejaran en paz su moto. Los acusados se encararon con él. Nazario le propinó un cabezazo haciéndole perder un diente y entre los dos además le dieron puñetazos y se marcharon después riéndose, pero sin llevarse el ciclomotor.

La descripción de los hechos solo permite apreciar un supuesto de lo que se conoce como violencia sobrevenida, por cuanto no consta probado que los acusados agredieran a la víctima con el fin de apoderarse del ciclomotor. Todo su proyecto

delictivo estaba planificado para llevarse el vehículo cuando no estuviera el dueño y sin que este se percatara de la sustracción. Y ese plan lo abandonaron cuando el propietario los sorprendió intentando perpetrar la conducta sustractora, pues aunque es cierto que lo golpearon, la agresión no estuvo ya orientada a consumir la sustracción sino a conseguir marcharse del lugar. De hecho, después de agredir a la víctima ya no hicieron ningún intento de proseguir con la acción depredadora.

La doctrina de esta Sala tiene reiteradamente establecido que para apreciar el delito de robo la violencia o intimidación sobrevenidas no deben ser posteriores ni desconectadas de la sustracción sino que han de formar parte del apoderamiento. De modo que la transmutación del hurto en una modalidad violenta de apoderamiento de lo ajeno se produce también cuando los autores utilizan o emplean medios intimidatorios o agresivos no sólo para consumir el despojo sino también para proteger su huida con el bien sustraído. El efecto intimidatorio puede actuar de manera eficaz y determinante sobre los sujetos pasivos del despojo o los que acuden a proteger los bienes y a prestar ayuda a la víctima. Resulta factible la transmutación del hurto en robo siempre que los actos contra la vida, seguridad e integridad física de la persona hayan incidido en el "iter criminis" del delito proyectado e iniciado y este no hubiera alcanzado la consumación (SSTS 1722/2001, de 2-10; 2530/2001, de 18-4; 1502/2003, de 14-11; y 367/2004, de 22-3, entre otras).

Sin embargo, en el supuesto que se juzga no cabe la transmutación de hurto en robo con violencia dado que cuando los acusados ejecutan los actos violentos ya no prosiguen con la intención de sustraer el ciclomotor, pues a continuación abandonan el lugar sin apoderarse del vehículo, señal inequívoca de que cuando su proyecto de ejecutar el hecho sin violencia ni intimidación se frustró con la presencia y la oposición de la víctima, desistieron de su acción depredadora. De modo que cuando se encaran con la víctima es a meros efectos de evitarla y escapar y no ya con ánimo de apoderamiento del bien, que es claramente abandonado en el lugar.

Así las cosas, es claro que el delito intentado ha de ser tipificado como un hurto y no como un robo con violencia, por lo que ha de aplicarse el tipo penal del art. 234, párrafo primero, en relación con los arts. 16.2 y 62 del C. Penal.

Procede, pues, estimar este motivo del recurso.

6-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE OCTUBRE DE 2010

Entre las 19,00 horas del día 27 de mayo de 2006 y las 20,00 horas del día 29 de mayo de 2006 el acusado Juan Carlos, sustrajo de las dependencias del recinto ferial de Albacete, sito en la carretera de Madrid, dos remolques mezcladores de pienso equipados con cinta de descarga de la marca Tatoma, modelos MT13-Alfa y MCP-1300, que Cirilo había dejado en la feria "EXPOVICAMAN" para exposición y venta. El acusado se llevó dicha maquinaria valiéndose de un tractor u otro vehículo similar y la trasladó hasta el paraje La Sierrecica de Pozo Cañada escondiéndola entre unas pacas de su propiedad permaneciendo en dicho lugar hasta que fue recuperada por la Guardia Civil el 12 de julio de 2007 y entregada a su titular. Las máquinas sustraídas tienen un valor, según factura aportada por su titular, de 35.796,80 € y eran propiedad de la empresa Ingeniería y Montajes Monzón S.L. la cual las tenía cedidas en depósito a Cerrajería Culebras S.L., que asumía la totalidad de los riesgos que pudieran sufrir. Como consecuencia de los hechos los remolques resultaron con daños por valor de 9.338 €.

Con fecha 19 de abril de 2.006 el acusado concertó con la empresa Coinmaq S.L., distribuidora para la zona de levante de Liebherr Alquiler Ibérica S.A., el arrendamiento de la pala cargadora sobre ruedas marca Liebherr modelo L-544 número de serie 443/14462 por un periodo de 5 años y por un precio mensual de 4.079,33 € incluyendo en dicho contrato accesorios consistentes en un cazo número LAI-40510, unas uñas de palet LAI-40511 y un cazo de alto volteo LAI-40729. Con fecha 26 de abril de 2006 las mismas partes concertaron el alquiler de la máquina marca Liebherr modelo L-544 número de serie 443/14531 por el mismo periodo de tiempo e idéntica cuota mensual, incluyendo como accesorios un cazo LAI-40731, un porta palet LAI-40733 y un cazo de alto volteo LAI-40732. Por último el 1 de agosto de 2006 el acusado y la empresa Coinmaq S.L. contrataron el alquiler de la pala cargadora marca Liebherr modelo L-576 número de serie 457/15393 por idéntico periodo de tiempo y

por un precio de 5.960,40 € mensuales incluyendo como accesorio un cazo de 5 metros cúbicos LAI-40526. El acusado recibió la maquinaria referida y estuvo pagando la renta hasta el mes de enero de 2007, y posteriormente, con ánimo de adueñarse de las máquinas que había recibido en concepto de alquiler, las trasladó hasta una nave de su propiedad sita en la Avenida de la Estación de Pozo Cañada y allí las escondió entre unas pacas de maíz, denunciando el día 6 de marzo de 2007 en las dependencias de la Guardia Civil la sustracción de las referidas máquinas por personas desconocidas. Las máquinas sustraídas fueron recuperadas por efectivos de la Guardia Civil el día 12 de julio de 2007 en el almacén propiedad del acusado y escondidas en el lugar en que el mismo las había dejado y fueron entregadas a sus titulares. El valor de las maquinas asciende, según tasación efectuada, a 440.485,00 €.

Sobre las 17,00 horas del día 14 de junio de 2007 el acusado, con ánimo de adueñarse de la maquinaria, encargó a un trabajador suyo, Juan, que se desplazara con un tractor que el propio acusado le proporcionó a las instalaciones de la feria Expovicaman, sita en la carretera de Madrid de Albacete, y una vez allí le dijo que se llevara unos aperos marca Lemken, que Paulino tenía en la feria para su exposición, enganchando Juan dicha maquinaria, en la creencia de que era propiedad del acusado, y llevándola hasta el lugar que éste le dijo en el paraje Vallejo Hondo, sito en la localidad de Pozo Cañada, donde existe una planta de elaboración de estiércol, abonos y basuras utilizada por el acusado. El día 18 de julio fue encontrada por la Guardia Civil la máquina sustraída escondida debajo de un montón de pacas de paja en descomposición y entregada a su titular. Los aperos sustraídos tienen un valor de 40.080 € y eran propiedad de la mercantil M.A. Molleda S.L. y Paulino , dueño de la empresa Repuestos Manolo de Albacete, S.L., los tenía en depósito asumiendo todos los riesgos que pudieran sufrir.

Como consecuencia de los hechos los aperos sufrieron daños por importe de 2.114,98 €.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLO: Debemos condenar y condenamos a Juan Carlos:

A) Como autor de un delito de apropiación indebida de los arts. 252, 249 y 250, 6º del Código Penal, a la pena de 3 años y 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 9 meses con cuota diaria de 10 € y 135 días de arresto sustitutorio en caso de impago, y a que indemnice a "LAI, S.A." en la cantidad de 50.612,60 €.

B) Como autor de un delito de hurto del art. 234 del Código Penal, a la pena de once meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a que indemnice a "Cerrajería Culebras S.L." en la cantidad de 9.338 €.

C) Como autor de un delito de hurto de los arts. 234 y 235,3 del Código Penal, a la pena de trece meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a que indemnice a "M.A. Molleda, S.L." (o, en su caso, a "Repuestos Manolo de Albacete, S.L.") en la cantidad de 2.114,98 € por la reparación de los aperos "Lemken", a "Repuestos Manolo de Albacete S.L." en 100 € por los gastos de recuperación de los mismos, y a "M.A. Molleda, S.L." en 802 € por la depreciación del referido objeto.

D) Como autor de un delito intentado de simulación de delito, a la pena de multa de cuatro meses, con cuota diaria de 10 €.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La tesis que sostiene el recurrente es que había arrendado las tres máquinas palas-cargadoras, en fechas 19 y 16 de abril y 1 de agosto de 2006, a la empresa Coinmaq y no había razón para devolverlas a la empresa arrendadora, toda vez que los contratos se hallaban en vigor, pues había estipulado el alquiler de las distintas máquinas por un periodo de cinco años. Era, pues, un legítimo poseedor de las palas y la reclamación de la empresa -dice el acusado- habría de dilucidarse, en su caso, en un procedimiento civil.

El análisis del material probatorio que figura en la causa constata que el argumento del recurrente carece de toda consistencia, pues al razonar sobre los hechos y

la prueba omite datos sustanciales de los que se colige que, en un momento determinado, lo que era una posesión lícita de la maquinaria arrendada lo convirtió en una apropiación ilícita con ánimo de lucro.

En efecto, el acusado estuvo pagando el precio del alquiler de las tres máquinas hasta enero del año 2007, pero al llegar este mes dejó de abonar el alquiler y trasladó las palas cargadoras hasta una nave de su propiedad ubicada en la Avenida de la Estación, de Pozo Cañada (Albacete), donde escondió las palas descargadoras entre unas pacas de maíz. En ese lugar fueron halladas por la Guardia Civil el día 12 de julio de 2007.

El hecho de que las tres máquinas estuvieran escondidas, según explicó la Guardia Civil, y con telarañas y otros signos evidenciadores de que en los últimos tiempos no habían sido utilizadas, unido al dato relevante de que hacía seis meses que había dejado de abonar el alquiler, son indicios claros y concluyentes de que el acusado las había depositado en la nave de su propiedad con la intención de apropiárselas.

Y siendo tales indicios inequívocos, unívocos, concordantes y decisivos, todavía se cuenta con otro a mayores. Y es que el acusado, en el mes de marzo de 2007, es decir, dos meses después de dejar de pagar, denunció ante la Guardia Civil que las tres palas cargadoras le habían sido sustraídas. Tal denuncia sólo puede interpretarse como una coartada -algo burda, ciertamente- para legitimar o justificar ante la entidad arrendadora la ficticia desaparición de la maquinaria y el impago de los alquileres.

En virtud de lo expuesto, resulta palmario que ha quedado holgadamente enervada la presunción de inocencia. Y como no se alega ningún argumento relativo a la infracción de ley que opere autónomamente con respecto a la presunción de inocencia y que constata un error de subsunción con base en los hechos declarados probados, el primer motivo interpuesto debe ser por tanto rechazado.

Las razones del recurrente se centran en este caso en cuestionar también la entidad de la prueba de cargo, alegando que tanto los dos remolques mezcladores como los aperos de labranza los había comprado, por lo que no serían ciertas las sustracciones que se le atribuyen.

Sus alegaciones quedan sin embargo desvirtuadas con la importante prueba de cargo que figura en la causa. Y así, los dos remolques mezcladores de pienso equipados con cinta de descarga, modelos MT13-Alfa y MCP-1300, fueron recuperados en el paraje de la Sierrecica, de Pozo Cañada (Albacete), escondidos también, como en el caso de las palas descargadoras, entre unas pacas de maíz, según explicaron los agentes de la Guardia Civil que los recuperaron. Si a ello se le añade que habían desaparecido de la feria en que se hallaban expuestos a finales de mayo de 2006, sólo cabe concluir que el acusado fue el autor de la sustracción, ya la ejecutara él personalmente o con ayuda de alguna otra persona.

Frente a una prueba de cargo de tan rico contenido incriminatorio, se limita a alegar el recurrente que los remolques los había comprado. Y para avalar su versión presenta un escrito acompañado de dos facturas y de dos pagarés cuando ya se había dictado y notificado la sentencia que ahora recurre. La sentencia de instancia se dictó el 9 de febrero de 2010 y el escrito lo presentó el 15 de abril siguiente, esto es, más de dos meses después del juicio y de la resolución. Nada hay pues que decir ni argumentar sobre este escrito y la documentación que lo acompaña.

Y otro tanto debe razonarse con respecto a la sustracción de los aperos de labranza marca Lemkem, pues también en este caso fueron recuperados por la Guardia Civil escondidos bajo unas pacas de paja y cubiertos de basura en el paraje Vallejo Hondo, sito en la localidad de Pozo Cañada (Albacete), donde existe una planta de elaboración de estiércol, abonos y basuras que utiliza el acusado. También los agentes describieron el lugar y el estado en que fueron recuperados los aperos.

En este caso la solidez probatoria se refuerza todavía más con la declaración del testigo que se llevó de la feria los aperos, Juan, un trabajador del acusado, al que éste encargó que recogiera con un tractor los aperos y los trasladara al citado lugar. La Audiencia remarca como prueba de cargo el testimonio de ese testigo, que declara que fue el acusado quien le encargó el transporte de los aperos, ignorando el transportista que no le pertenecieran al ahora recurrente.

Ante un acervo probatorio de una densidad incriminatoria indiscutible por su entidad y consistencia, alega el impugnante que los aperos eran de su propiedad y presenta un escrito un mes y medio más tarde de la sentencia, el 23 de marzo de 2010, al que adjunta la copia de dos pagarés, escrito con el que pretende desvirtuar la prueba de cargo fuera del marco del juicio y del debate previo a la sentencia. Es clara por tanto la ineficacia de la prueba documental de descargo, por lo que debe estimarse enervada de forma ostensible también en este supuesto la presunción de inocencia.

A tenor de lo que antecede, y no exponiéndose por el recurrente argumento alguno con respecto a errores de subsunción, el motivo debe ser rechazado.

7-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE MAYO DE 2009

Se declara probado que la acusada, Fátima, mayor de edad y sin antecedentes penales, sobre las 23 horas del día 27-1-2003 y las 11 horas del día 31-1-2003, acudió al domicilio de Matilde, sito en la Avda. 350 de Castelldefels para realizar su trabajo de asistenta y con intención de obtener un beneficio económico, aprovechó esta circunstancia para apoderarse de un cheque al portador por la cantidad de 448,47 euros y dinero en efectivo que estaba guardado en un sobre consistente en 4.210 euros.

En fecha no determinada, entre los días 27-1-2003, la citada cobró el cheque en la sucursal de la C/ Madrid sita en la Avda. de la Constitución de Castelldefels y se apropió de su importe.

Días después, antes de iniciarse las actuaciones contra ella, la acusada acudió a las dependencias de la Policía Local de Castelldefels para poner en conocimiento de las autoridades que ella se había apoderado del cheque y lo había cobrado. La Sra. Matilde ha fallecido en fecha 31-7-2007.

La causa ha permanecido paralizada desde agosto de 2004 hasta febrero de 2005, desde septiembre de 2006 a mayo del 2007 y desde junio del 2007 a febrero del 2008.

La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva: FALLAMOS. Que debemos condenar y condenamos a Fátima como autora responsable de un delito de hurto concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas y la agravante de abuso de confianza.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Condenada Fátima por un delito de estafa, y también por un delito de hurto, éste respecto a la sustracción de 4.210 euros, guardados en un sobre, denuncia su representación, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y del 852 LECr., la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, respecto al delito de hurto.

En cuanto a la enjundia de la prueba indiciaria ha sido probado directamente que Fátima sustrajo el cheque y estaba de servicio en el turno dentro del que desapareció el dinero, pero consta documentalmente que, en el mismo turno, trabajó otra asistente, y, por el contrario, no consta, en modo alguno, que el cheque y el dinero en efectivo se encontraran en el mismo lugar o en sitios próximos.

Todo ello encierra una alternativa tan sólida, desde las pautas de la experiencia general, como la de que Fátima sustrajo el dinero en efectivo: la de que no lo hiciera. Y, ante esa duda razonable, el Tribunal a quo debió aplicar en su evaluación probatoria el criterio "in dubio pro reo".

No debió entenderse desvirtuada la presunción de inocencia respecto a la intervención de la acusada en la sustracción del dinero en metálico.

8-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE OCTUBRE DE 2000

Se considera probado y así se declara, que sobre las 12 horas del día 13 de Septiembre de 1.998, las acusadas A.C.I., mayor de edad y ejecutoriamente condenada,

entre otras, por dos delitos de hurto y un delito de robo con violencia en sentencias firmes de 18-12-96, 26-5-97 y 10-2-98, e I.F.C., mayor de edad y ejecutoriamente condenada por cuatro delitos contra la salud pública, en sentencias firmes comprendidas entre 1.994 y 1.995, puestas previamente de acuerdo, con unidad de acción y propósito de ilícito beneficio, abordaron en el centro de Málaga, a los ciudadanos canadienses A. y J.N., para ofrecerles flores e intentar sustraerle algún efecto de valor que llevaran. Ante la inexistencia de ambas, J.N. abrió su cartera buscando una monedas para entregárseles a fin de que dejaran de molestarla, momento que aprovechó A.C.I. para coger del monedero 6 billetes de 100 dólares americanos y huir a continuación, siendo perseguida, alcanzada y sujeta por A., del que se zafó dándole un mordisco en el antebrazo izquierdo, causándole hematomas y erosiones que curaron en 8 días, con una sola primera asistencia facultativa.- Requeridos unos agentes del Cuerpo Nacional de policía, acudieron al lugar, y se hicieron cargo de I.F.C. que había sido retenida por el Sr. J.N. y detuvieron a A.C.I., no recuperando el dinero sustraído, ya que esta se había desprendido del mismo.

La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLAMOS: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a las acusadas A.C.I. E I.F.C., como autoras criminalmente responsables de un delito de robo con violencia, e igualmente a la primera como autora de una falta de lesiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 28 y por falta de aplicación del artículo 29, ambos del Código Penal.

Se niega la presencia de los elementos que caracterizan la coautoría y que, en su caso, los hechos debieron ser calificados como de complicidad.

Una de las teorías más aceptadas para conformar la autoría es la que la identifica con el dominio funcional del hecho. Serán, pues, coautores los que co-dominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica. Y ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo, integrado en la decisión conjunta al hecho. En esa decisión conjunta o común aparecen conectadas los distintos aportes o tareas en que se divide la realización del hecho.

Esa división de aportes o tareas también se presenta entre autores y cómplices o cooperadores. La jurisprudencia de esta Sala ya no considera que el acuerdo previo sin más sea suficiente para construir la coautoría. Constituye una condición, pero no la única, de la coautoría. Esta surge cuando a la decisión común acompaña una división de papeles o tareas que no importe subordinación de unos respecto de otro o de otros y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar.

En este caso la decisión común de ambas acusadas de sustraer el dinero que pudieran portar los dos súbditos extranjeros a los que abordaron surge, sin duda, del relato fáctico de la sentencia de instancia, contribuyendo ambas, con igual dominio al ataque contra el patrimonio ajeno, sin que se aprecie una participación de segundo grado por parte de la ahora recurrente que permitiera conformar la complicidad que se postula.

Cuestión bien distinta es si es comunicable a esta recurrente el acto de violencia física realizado por la otra acusada con respecto a una de las víctimas a la que mordió en un antebrazo para que la soltara.

El Ministerio Fiscal apoya el motivo en lo que concierne a la aplicación de un delito de robo con violencia respecto a esta recurrente, ya que no resulta de los hechos que se declaran probados que hubiese participado en la agresión que la otra acusada infligió a una de las víctimas para evitar ser retenida y como reacción evidentemente personal sin que pueda comunicarse esa violencia a la otra acusada, ahora recurrente, en cuanto de los hechos que se declaran probados no puede inferirse que pudiera preverse

tal reacción cuando se concertaron y actuaron para sustraer el dinero que pudieran portar los dos súbditos extranjeros a los que abordaron.

Eliminada la violencia respecto a esta acusada, los hechos serían constitutivos de un delito de hurto ya que la recurrente ha participado en la sustracción de moneda extranjera en cuantía que supera las cincuenta mil pesetas.

El motivo con este alcance debe ser estimado.

FALLO:

Debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley interpuesto por I.F.C., contra sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga.

9-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ENERO DE 2000

Se declara probado que el acusado P.P.A., mayor de edad y con múltiples antecedentes por delitos contra el patrimonio, siendo el último de fecha 29 de octubre de 1996 en que fue condenado a pena de arresto mayor por delito de robo, sobre las 14,15 horas del día 8 de diciembre de 1997 se ofreció al ciudadano alemán D. J.R. de tránsito en Barcelona para acompañarle hasta encontrar una pensión en la que alojarse. Así lo hizo, conduciéndole hasta una pensión sita en la calle AAAAAAAA en donde le arrebató moneda nacional y extranjera por valor total de 112.000 ptas., sin que conste la concreta forma utilizada para ello. La cantidad fue posteriormente recuperada y el acusado detenido cuando una dotación policial alertada por el ciudadano alemán le localizó en una casa de cambio de las Ramblas intentando el cambio de la moneda extranjera sustraída.

La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento FALLAMOS.- Que debemos condenar y condenamos al acusado P.P.A. como autor responsable de un

delito de hurto precedentemente definido, con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia.

El recurrente ampara su motivo en los números 1º y 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error de hecho padecido en la apreciación de la prueba de cargo (declaración del súbdito alemán) que sirve para sustentar la sentencia condenatoria, sin aplicación del principio de presunción de inocencia, añadiéndose que la referida sentencia se dictó sin considerar el principio *in dubio pro reo*.

Este enunciado que, además, carece realmente de desarrollo fundamentador debió ser causa de inadmisión a límite del recurso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 885.1º de la mentada Ley procesal.

En todo caso, la presunción de inocencia que se indica por el recurrente, queda desvirtuada por la propia denuncia de la víctima, súbdito alemán, por lo manifestado por el propio acusado en los correspondientes trámites de la causa, y por el hecho objetivo de que este fue sorprendido en una casa de cambio cuando intentaba sustraer las monedas extranjeras sustraídas, siendo también de destacar que el resto del dinero fue hallado poco después de cometida la acción en su poder. El hecho de que la referida víctima no compareciese al acto del juicio oral no desvirtúa lo anterior, dado que fue imposible citarle al haberse marchado a su país de origen.

De otro lado hay que subrayar que el principio *indubio pro reo* sólo tiene acceso a la casación en casos muy excepcionales y únicamente cuando la sentencia recurrida nos ofrezca suficientes dudas sobre la culpabilidad del encausado, cosa que no ocurre en el presente caso. Ello es así porque en esta instancia casacional no cabe hacer nueva valoración de la prueba según lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento que establece, basándose en el principio de inmediación, que tal valoración corresponde de modo exclusivo y excluyente a la Sala de instancia.

Se desestima el único motivo.

6. BIBLIOGRAFIA

- AFFARRONI, Raúl Eugenio; Derecho Penal, Parte General, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, 2 Edición, Valencia, 1996.
- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado De Derecho Penal, “Estudio programático de la parte general”. 2º Edición Lima- Perú. Editorial Jurídica Grijley E. I. R. L. 1995.
- ALBERTO DONNA EDGARDO. Derecho Penal Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.
- LUZON CUESTA JOSE MÁRÍA. Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial. Dykinson S.L. Mayo 2016.
- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., “La espiral del Mobbing”. Papeles del Psicólogo, 2003. N.º 84, págs. 55-61.
- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicologia. 2012.
- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral “Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)”. Departament de psicologia social. Facultat de Psicologia. Universitat de València. Servei de Publicacions. 2011.
- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. “La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco”. Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Págs. 14-15.

- GARCÍA CAVERO P. “Acerca de la Función de la Pena”. Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. <http://www.revistajuridicaonline.com>. 11,00 horas 06/04/2014.

- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, nº 1, Págs.51-56.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.

- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, págs.7-20.

- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º. 2 - Enero-Junio de 2010.

- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. www.acosolaboral.org.uy. 22,33 horas. 15/11/2013.

- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.

- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., “Diagnósticos para el acoso laboral”. 2003. www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm. 13,20 horas.12/11/2013. 96

- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral”. <http://www.preventionworld.com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic>. 23,50 horas. 14/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo? Dos estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Págs. 233-255.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010.Págs. 375-398.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Págs. 29-46.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español”. Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), págs. 91-125.

- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.

- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. “El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una empresa hortofrutícola”. Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Págs. 145 y ss.

- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.

- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.

- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), págs. 9-20.

- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.

- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.

- ONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).

- PÉREZ MACHIO ANA I., “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, núm. 06-06.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC.Barcelona, 2007.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestion 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.

- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.

- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.

- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones. <http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf>. 23,45 horas, 27/11/2013.

- SANCHEZ GARRIDO J. A. “La consideración penal del mobbing”, Diario La Ley, Nº 7612, Sección Tribuna, 15 Abr. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.

- SUAY CELIA. “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”. Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.

- TERRADILLOS BASOCO JUAN. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”. Revista Pena y Estado, n.º1, 1991. Ediciones P.P.U. Págs. 9-22.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Reforma Penal 2010: Analisis y comentarios. 2010. Aranzadi.

- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Derecho Penal Parte General. 2015. Tirant lo Blanch.

- SILVA SANCHEZ JESUS MARÍA. Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. 2011. Ateclier