

EL HURTO Y SU RELACIÓN CON EL IVA A EFECTOS DE DETERMINAR LA CUANTÍA DE LO HURTADO

ÁNGEL MUÑOZ MARÍN
Fiscal

Palabras clave: hurto, elementos del tipo, cuantía de lo hurtado, implicación del IVA, precio de venta al público.

ENUNCIADO

Sobre las 18:30 horas del día 29 de marzo de 2009 se encontraba Marco en compañía de Carlos en el interior del Centro Comercial «XXX», sito en la Calle «XXX» de la localidad de Madrid. Ambos se encontraban dando vueltas por las inmediaciones del departamento de imagen y sonido con la intención de observar diversas cámaras de fotos digitales. En un momento dado, Carlos observa cómo M.^a José adquiere una cámara de fotos que abona en la caja procediendo a seguirla al exterior del local y una vez allí mientras la misma procedía a esperar la llegada del autobús, Carlos, sin que M.^a José lo advirtiera, sustrajo del interior del bolso la referida máquina de fotos, apoderándose de ella. M.^a José había abonado por la referida máquina 430 euros. Mientras, Marco permanecía en el interior del centro comercial dirigiendo su atención casualmente a la misma cámara de fotos que había adquirido previamente M.^a José, por lo que tras hacer varias pasadas por el mostrador donde se encontraban depositadas, y aprovechando que el dependiente había dejado momentáneamente la vitrina, se apoderó de una cámara de fotos, abandonando posteriormente el centro comercial. El valor de venta al público de la cámara de fotos era de 430 euros, de los cuales el 16 por 100 era en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). La policía nacional detiene a Marco y Carlos en las inmediaciones del Parque «XXX» cuando los mismos se mostraban las cámaras sustraídas, sorprendiéndose de que ambos hubieran tenido la misma idea de sustraer idéntica cámara de fotos.

CUESTIONES PLANTEADAS:

Infracciones penales cometidas por Marco y por Carlos.

SOLUCIÓN

El caso planteado llama la atención a primera vista por la sencillez de su redacción, y aparentemente en su resolución. A pesar de ello, debemos avisar que en el mismo se plantea una de las cuestiones más espinosas que en la interpretación judicial encontramos hoy día. El **artículo 234.1 del Código Penal** establece que «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 6 a 18 meses, si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros». Por su parte, el **artículo 623 del Código Penal** establece que «Serán castigados con localización permanente de 4 a 12 días o multa de uno a dos meses: 1.º Los que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de 400 euros». Sabido es, pues, que la diferencia entre el delito y la falta radica en el valor de lo sustraído; todo ello sin perder de vista la enorme diferencia punitiva que existe entre ambas conductas delictivas.

Los elementos comunes que configuran tanto el delito como la falta de hurto son los siguientes:

- Tipo objetivo: acción que consiste en la aprehensión material de una cosa mueble ajena. La acción en sí viene definida con la palabra «tomar», que a diferencia de la de «apoderar» que se emplea para definir el delito de robo con violencia o intimidación o fuerza en las cosas, supone una ausencia de violencia en las personas o en las cosas. Tomar significa realizar un acto consistente en trasladar la cosa tomada del ámbito de poder del dueño o poseedor al ámbito del tomador. A mayor abundamiento, la acción de tomar debe ir inexcusablemente dirigida a una cosa mueble ajena, que en definitiva, viene a ser el objeto material del delito; siendo el concepto de bien mueble de mayor amplitud que el contemplado en el artículo 335 del Código Civil, ya que cabe tomar cosas semovientes, e incluso en algunos casos, determinados bienes calificados por el Código Civil como inmuebles. Por su parte, el concepto de ajenidad puede plantear no pocos problemas a la hora de determinar la titularidad del bien mueble, llegando incluso a dar lugar a una de las llamadas «cuestiones prejudiciales» (art. 6.º LECrim.). En este sentido, y respecto a la propiedad de la cosa mueble, el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar que lo ajeno es todo aquello que no sea de propia pertenencia, sin que sea necesario que conste quién es el dueño, o se desconozca esa circunstancia (STS de 11 de julio de 1984).
- Tipo subjetivo: que viene configurado por el ánimo que lleva al sujeto activo del delito a tomar la cosa mueble ajena, y que no es otro que el ánimo de lucro. En concreto, dicho ánimo de lucro no es otra cosa que el provecho, la ventaja o la utilidad que el sujeto activo del delito obtiene con el apoderamiento que realiza, ya sea para sí o para un tercero.

Finalmente, para completar la estructura de los tipos (arts. 234 y 623 CP) y lo que los diferencia, nos encontraremos con el valor de la cosa mueble ajena sustraída, según sea superior a 400 euros o igual o inferior a 400 euros.

Con base en lo anterior, y aplicándolo al supuesto de hecho que hemos planteado, no hay duda de que las acciones de Carlos y Marco se enmarcan en sendas infracciones contra la propiedad. En ambos casos se han tomado cosas muebles ajenas (en el caso de Carlos una cámara de fotos propiedad de M.^a José, y en el caso de Marco, la misma cámara de fotos pero propiedad del establecimiento comercial), en ambos casos a Carlos y Marco les ha guiado el ánimo de lucro o enriquecimiento, y finalmente, los objetos sustraídos superan los 400 euros (430 €), con lo cual parece claro que nos encontramos ante sendos delitos de hurto tipificados en el artículo 234 del Código Penal. Sin embargo, es a la hora de diferenciar entre el delito del artículo 234 y la falta del artículo 623 del Código Penal, donde va a surgir la polémica. Así, hay dos posiciones jurisprudenciales encontradas a la hora de determinar si cuando el Código Penal se está refiriendo a la cantidad de 400 euros, se refiere a la cantidad resultante de descontar el IVA o no. Todo ello y teniendo como punto central del debate lo establecido en el **párrafo segundo del artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.)** que recoge «La valoración de las mercancías sustraídas en establecimiento comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público».

Observemos que Carlos sustrae la cámara de fotos propiedad de M.^a José, recientemente adquirida en el centro comercial, de su bolso y sin que haya empleado violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, y por la que ha pagado un importe de 430 euros. En este caso, no sería de aplicación lo establecido en el artículo 365 de la LECrim. ya que la sustracción obviamente no se ha producido en establecimiento comercial. Por ello, y con la presentación del *ticket* de compra por parte de M.^a José, hay que concluir que el valor de la cámara de fotos supera los 400 euros, y por tanto, Carlos es autor de un delito de hurto del artículo 234 del Código Penal. En el caso de Marco, el mismo sustrae idéntica cámara de fotos (prácticamente en el mismo espacio temporal) de una vitrina abierta en el centro comercial. La cámara tiene establecido un precio de venta al público de 430 euros. En ambos casos, el beneficio que se obtiene por Carlos y por Marco, son los 430 euros, que es el precio que tendrían que haber pagado por la adquisición de la cámara de fotos; por tanto, la lógica marca un único camino, cual es que la acción llevada a cabo por Marco también tiene encuadre en el artículo 234 del Código Penal, y por tanto, ha cometido un delito de hurto. A mayor abundamiento, el artículo 365 es claro, ya que en los casos de sustracciones llevadas a cabo en establecimientos comerciales el valor de las mercancías se fijará atendiendo a su precio de venta al público, que no es otro en este caso que los 430 euros que pagó instantes antes M.^a José por el mismo modelo de cámara de fotos.

Sin embargo, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales a la hora de interpretar lo establecido en el artículo 365 de la LECrim. ha dado soluciones antagónicas. Desde mi punto de vista, y dejando al margen las consideraciones que haremos a continuación sobre ambas tesis, lo cierto es que criterios de justicia material harían inviable que Carlos fuera condenado como autor de un delito de hurto del artículo 234 del Código Penal, que lleva aparejada pena de prisión de 6 a 18 meses, y Marco con autor de una falta de hurto del artículo 623 del Código Penal, a la pena de localización permanente de 4 a 12 días o multa de uno a dos meses, habiendo sustraído el mismo objeto, prácticamente a la misma hora, por la sola circunstancias de que uno de ellos lo sustrae a la persona que previamente lo ha adquirido en el centro comercial y el otro la sustrae en el mismo centro comercial. Así, y concretando más la disfunción que podría producirse, en el caso de que

ambos tuvieran antecedentes penales, en cuanto a Carlos y por aplicación de la regla n.º 3 del artículo 66, se le podría imponer una pena de prisión de un año y un día, que al tener antecedentes penales supondría su ingreso en prisión. Por su parte, en el caso de Marco, y si siguiéramos la tesis que aboga por la deducción del IVA, estaríamos ante una falta del artículo 623 del Código Penal, que en aplicación de lo establecido en el artículo 638 del mismo cuerpo legal, no habría que acudir a las normas contempladas en el artículo 66, pudiendo imponérsele una pena de multa de un mes con una cuota diaria de 5 euros, lo que supondría un total de 150 euros. Un año de prisión contra una multa de 150 euros.

De cualquier forma, y al margen de las consideraciones que hemos hecho, lo cierto es que las tesis de las Audiencias que abogan por una interpretación estricta y literal de lo establecido en el artículo 365 de la LECrim., parece que cuentan con argumentos jurídicos de más peso. En este sentido, la **Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 4 de febrero de 2009** entiende que respecto al artículo 365 de la LECrim. solo cabe una interpretación, que es la auténtica, la realizada por el propio legislador; así reza la indicada sentencia «Porque, sobre cualquier otra consideración, estimamos que la redacción introducida por la Ley Orgánica 15/2003 en el artículo 365 de la Ley Rituaria Criminal, supone la aparición de una interpretación auténtica del propio legislador para zanjar la polémica surgida en torno a la respuesta punitiva que merezcan las acciones ilícitas contra el patrimonio cuando la víctima sea un establecimiento comercial y con un valor próximo al dintel de la cuantía mínima señalada en el tipo. Definición que, por otro lado, resulta lógica, porque este es el valor del incremento ilícito en el patrimonio del sujeto activo con el apoderamiento del bien ajeno. Porque se beneficia precisamente con el importe del precio que tendría que pagar si se llevara lícitamente la mercancía de ese comercio». Como colofón a esta afirmación, la citada sentencia señala que la existencia de una interpretación auténtica realizada por el mismo legislador es de aplicación imperativa que obliga a los tribunales en aras de la defensa de los principios de legalidad y de seguridad jurídica. En similares términos se pronuncia la **Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de enero de 2009** al señalar «También se ha afirmado que el artículo 365 comentado no debe ser objeto de una interpretación meramente literal. Se sostiene que el precepto utiliza la expresión «se fijará atendiendo a su precio de venta al público» y «atender» no es sino «tener en cuenta o en consideración algo» por lo que el valor de venta al público podría estimarse como valor de referencia que admite modulaciones y precisiones y en tal contexto cabe plantearse, por ejemplo, si debe incluirse o no el IVA del producto. A nuestro juicio, el tenor literal de la norma es claro y no admite matizaciones por lo que el valor ha de fijarse necesariamente tomando como referencia exclusiva el precio de venta». Por su parte, la **Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 16 de diciembre de 2008** señala que «El concepto «valor de venta al público» que utiliza la regulación legal se refiere al valor de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales, que no es otro que aquel por el que un bien se pone a la venta o puede adquirirse por un particular, es decir, el que incluye los correspondientes impuestos indirectos con independencia del grado de ejecución alcanzado».

Una de las críticas que se le han hecho a lo dispuesto en el artículo 365 de la LECrim. es que una ley ordinaria, cual es la LECrim., no puede configurar un elemento del tipo penal, por ser contrario al principio de legalidad. El razonamiento evidentemente es erróneo, ya que a lo largo del articulado del Código Penal existen las llamadas «normas penales en blanco» que han de ser forzosamente contempladas por otras normas extramuros del Código Penal, y que en la mayoría de los casos vienen a ser leyes ordinarias, reglamentos e incluso convenios colectivos. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado perfectamente constitucional tales normas penales en blanco. Tampoco tienen visos de prosperar las quejas que se vierten sobre la constitucionalidad del artículo 365 de la LECrim., ya que como apunta la ya citada sentencia de la **Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de enero de 2009**, «Finalmente y como no se puede desconocer, ni el Juzgado de lo Penal ni este tribunal tienen capacidad para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del artículo y desde el momento que no se ha declarado la misma por el Tribunal Constitucional al día de la fecha (el ATC de 5 de julio de 2005 inadmitió la cuestión de constitucionalidad planteada contra este precepto), el principio de legalidad obliga a acatar el precepto, acorde por lo que se ha señalado antes con el criterio jurisprudencial apuntado».

Finalmente, y tomando como base la sentencia que acabamos de citar de la **Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid**, parece que el Tribunal Supremo ya se pronunció sobre una cuestión en cierta medida similar a la que se nos está planteando, y así apunta «Por otra parte, el criterio de valoración recogido en el artículo 365.2 de la LECrim., preexistía y ya era manejado por el Tribunal Supremo con anterioridad a la reforma del precepto. Así, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2001**, revocando la sentencia de una Audiencia que en relación a unos zapatos que se intentaron estafar en un establecimiento comercial descontó del precio de venta al público el correspondiente margen comercial, estableció que «el criterio del Tribunal de instancia no puede compartirse. Identifica equivocadamente el valor económico patrimonial de las cosas con el valor de su coste, expresión económica fija y definitiva del esfuerzo invertido en el pasado para la producción o adquisición de la cosa. Criterio erróneo porque el valor relevante es el valor de cambio representado en cada momento por la cantidad de dinero que puede obtenerse por la cosa en un hipotético intercambio. El valor de las cosas no está en su costo sino en su precio, puesto que este refleja su equivalencia económica y por consiguiente, el verdadero valor patrimonial de la cosa en el momento de cometerse el delito. En este caso, lo dicho es aún más evidente tratándose de mercaderías que no tenían más fin que el de ser vendidas por un precio de 53.000 pesetas; de modo que siendo este su equivalente en el intercambio económico, y por ello su verdadero valor patrimonial en el momento de la acción –cualquiera que hubiese sido en su día el valor de coste–, es obvio que la estafa intentada superaba el límite del valor de las 50.000 pesetas establecido por el Código Penal EDL1995/16398 para diferenciar el delito de la falta, por lo que procede estimar el motivo»».

En definitiva y desde nuestro punto de vista, la aplicación e interpretación del artículo 365 de la LECrim. es clara y es la que debe aplicarse a las sustracciones que se produzcan es establecimientos comerciales, incluyéndose como precio de venta al público el valor del IVA.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 365.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 66, 234, 623 y 638.
- SSAP de Madrid, Secc. 16.^a, de 16 de diciembre de 2008 y Secc. 1.^a, de 2 de enero de 2009 y de Barcelona, Secc. 8.^a, de 4 de febrero de 2009.