

Consumación en el hurto, y otros problemas penales

JUAN DEL ROSAL

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad
de Valladolid. Abogado de los I. Colegios de Valladolid,
Burgos, Zamora y Madrid

SUMARIO: 1.º Supuesto de hecho.—2.º Calificación del Tribunal “a quo”.—3.º Fundamento de la impugnación de la sentencia.—4.º Exposición del fallo de la Sala Segunda.

1.º Supuesto de hecho (S. 23 mayo 1949)

Los “hechos probados” rezan así: “Que el procesado, L. R. A. S. T., que como auxiliar de Farmacia prestaba sus servicios en la F. de I. R., en la calle R., sustrajo de ella, con ánimo de lucro, prevaleciéndose de la facilidad que le deparaba el ejercicio de dicho cargo, dos gramos de digitalina y 25 gramos de cafeína, el 1 de agosto de 1944, que en el mismo día vendió sin receta ni orden facultativa alguna, y careciendo de la autorización de su principal para expender tales productos en esa forma a S. S. G.—el cual con antelación había quedado en suministrárselos—, juntamente con seis kilogramos de glicerina que había comprado a A. M., todo ello por 800 pesetas; previamente advertida la Guardia Civil por S. S., se incautó de los productos y de las 800 pesetas inmediatamente después de consumada la venta, habiéndose depositado éstas provisionalmente en S. S. y entregado aquéllas al Juzgado; la digitalina y la cafeína han sido valoradas en 400 pesetas y 35 pesetas, respectivamente, y el procesado, de mala conducta, ha sido ejecutivamente condenado por el delito de estafa en cuantía de 380 pesetas por esta Audiencia en 9 de mayo de 1934, a la pena de cuatro meses y un día de arresto mayor.”

2.º Calificación del Tribunal “a quo”

La Audiencia provincial estimó en su día que los hechos, anteriormente narrados, eran constitutivos de un delito de hurto, previsto en el artículo 514, número 1.º, y sancionado en el número 3.º del 515, en relación

con el 516, número 2.º, cualificado por el grave abuso de confianza, estimando la Sala sentenciadora más favorables los preceptos del cuerpo penal vigente que los del derogado, en razón, sobre todo, al último artículo, que concede al juzgador una mayor libertad en cuanto a la medición de la pena (1). También se le considera autor de otro delito de salud pública, descrito en el artículo 348 en relación con el 349 del Código penal de 1932, toda vez que el artículo 19 de las Ordenanzas de Farmacia de 18 de abril de 1860 requiere receta de facultativo, legalmente autorizado, para el despacho de medicamentos de uso no común, como son la digitalina y la cafeína, y ese requisito reglamentario fué omitido (2). Que además en la realización del primero de los delitos concurre la circunstancia agravante número 15 del artículo 10 del vigente Código; mas, no obstante, el Tribunal estima justo hacer uso de la facultad que le confiere el último párrafo del artículo 516 para imponer la pena en el grado que estime conveniente, no siendo de apreciar circunstancias modificativas en la comisión del delito contra la salud pública.

3.º Fundamento de la impugnación de la sentencia

El esquema fundamental de impugnación de la susodicha sentencia abarca tres extremos: A) se alega la inaplicación del artículo 71 (3), en

(1) 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.

Art. 515. Los reos de hurto serán castigados: 3.º Con la pena de arresto mayor, si no excediere de 5.000 pesetas y pasará de 250.

Art. 516. El hurto se castigará con las penas inmediatamente superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores: 2.º Si fuere doméstico o interviniere abuso de confianza.

(2) "Los farmacéuticos que despacharen medicamentos deteriorados o sustituyeren unos por otros, o los despacharen sin cumplir con las formalidades prescritas en las Leyes y Reglamentos, serán castigados con las penas de arresto mayor en su grado medio a prisión menor en su grado mínimo y multa de 250 a 2.500 pesetas.

Si por efecto del despacho del medicamento hubiera resultado la muerte de una persona, se impondrá al culpable la pena de prisión menor en su grado medio y máximo y la multa de 500 a 5.000 pesetas" (art. 348).

"Las disposiciones de los dos artículos anteriores son aplicables a los que trafiquen en las substancias o productos expresados en ellos, y a los dependientes de los farmacéuticos cuando fueren los culpables" (art. 349).

"Los farmacéuticos no despacharán sin receta de facultativo legalmente autorizado sino aquellos medicamentos que son de uso común en la Medicina doméstica, los que suelen prescribir verbalmente los mismos facultativos, médicos, cirujanos o veterinarios" (art. 19 de las Ordenanzas de Farmacia de 18 de abril de 1860)

(3) Art. 71. Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro.

En estos casos se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse, penando separadamente los delitos.

Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán los delitos por separado.

razón a que se condena por dos delitos: hurto cualificado por el abuso de confianza, y otro contra la salud pública, siendo así que la conducta intencional era indivisible. Se trata, por consiguiente, de un clásico ejemplo de inseparabilidad jurídica, ya que los "hechos probados"—argumenta la parte recurrente—nos demuestran que el hurto de las sustancias citadas apareja a la vez la ejecución del delito contra la salud pública.

Así, pues, parece que se está a presencia del llamado *concurso ideal o formal*, en que con una sola acción infringen dos o más preceptos. Sólo que interesa, todavía más que la comprobación de esta *especie* del sistema penal, ver de cerca si efectivamente o no la pena experimenta una disminución en virtud de la estimación del citado concurso. Aparte de que esta es la razón justificativa de la posición jurídica del recurrente, se invoca, de otra parte, la misma finalidad del precepto mencionado (artículo 71 del C. p. e. p.), puesto que no es otra cosa, sino fiel reflejo del viejo aforismo *indubio pro reo*, en cuanto exista en el comportamiento delictivo una unidad de intención, que actúe a manera de abrazadera de las distintas infracciones delictivas.

B) Como segundo "motivo de casación" se aduce por la oportuna parte la infracción por el Tribunal de instancia del artículo 19 de las Ordenanzas de Farmacia de 18 de abril de 1860, en relación, por supuesto, con los artículos 348 y 349 del Código penal últimamente derogado.

En resumen, viene a decirse que *técnicamente* el artículo 348 es una "norma penal en blanco", esto es, un precepto que está determinada la sanción, en tanto que la descripción legal deberá ser puesta por un Reglamento o por una Orden de autoridad (4). En este artículo 348 aparece con toda nitidez la característica de la norma penal "en blanco", ya que el legislador nos remite expresamente a otras disposiciones ("leyes y reglamentos") para saber cuándo y cómo el presunto culpable ha infringido las formalidades prescritas en aquélla. Por tanto, los intérpretes judicial y científico habrán de colmar esta *indicación* del precepto con el correspondiente de la Ley o Reglamento que venga en aplicación en el caso en cuestión.

Ahora bien; la mencionada sentencia completa la norma penal del 348 trayendo a colación el también citado artículo 19 de las Ordenanzas. Pero surge en seguida una dificultad técnica en punto a la realización de esta disposición de las Ordenanzas, puesto que es un precepto de los llamados en la terminología penal de "destinatarios fijos", esto es, dirigido taxativamente a un sector de personas investidas de especiales condiciones o aptitudes profesionales, dentro de una determinada comunidad política. Las propias palabras del artículo 19 son de suyo bien elocuentes: "*Los farmacéuticos no despacharán...*"

Luego esto quiere decir que este precepto es sólo aplicable a los sujetos que se encuentren en posesión del título de "farmacéutico", so pena de incidir en el error de hacer una interpretación extensiva, contraviniendo, con ello, las directrices de la hermenéutica penal en cuanto a este sin-

(4) V. J. DEL ROSAL: *Principios de Derecho penal español*. Tomo II, vol. I. Valladolid. Librería Lara, 1948, pág. 17 y sigs.

gular caso. Los destinatarios están claramente determinados; por fuera de ellos el precepto carece de eficacia jurídica. El legislador, pues, ha acotado, por decirlo así, el ámbito de aplicación de la disposición a un reducido número de personas.

C) Y últimamente se aducía como tercero y fundamental "motivo de casación", ya que figuraba de principal, y los otros dos hasta ahora citados eran subsidiarios, la falta de consumación del hurto. Esto es, que no existían elementos suficientemente "probados" para sostener la tesis de haberse verificado el *momento consumativo* del hurto, cuestión ésta por demás preñada de interés, ya que de prosperar la alegación del recurrente la sanción penal experimentaría una sensible disminución (5). La única y parva base en que apoyar esta argumentación había de hallarse en las expresiones siguientes: "previamente advertida la Guardia Civil, por S. S., se incautó de los productos y de las 800 pesetas, *inmediatamente después de consumada la venta...*"

A este respecto bueno será tener presente que la determinación del instante consumativo ofrece innumerables dificultades, hasta el extremo que en ocasiones el legislador termina por precisar *cuándo* se considera consumado tal o cual delito. Así, por ejemplo, constituye un verdadero problema lo de saber *cuándo efectivamente* se encuentra consumado el delito configurado en el artículo 512 del C. p. vigente (6). La doctrina jurisprudencial ha tomado parte en el debatido problema de la consumación en el hurto, como tendremos ocasión de exponer más adelante.

4.º Exposición del fallo de la Sala Segunda

La sentencia objeto de este breve y rápido comentario adopta, en cuanto a los tres extremos anteriores, las decisiones siguientes: A) Entiende el fallo aludido que no existe el llamado concurso ideal, "porque en el mismo se contemplan dos actos distintos, independientes, perfectamente dibujados y separables generadores de responsabilidades y sanciones diferentes. B) Por lo que respecta a la segunda cuestión debatida, el fallo jurisprudencial establece que comete el delito contra la salud pública el

(5) Art. 51. A los autores de un delito frustrado se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la Ley para el delito consumado.

Art. 56. Para graduar las penas, que en conformidad a lo dispuesto en los artículos 51 y siguientes, hasta el 54, inclusive, corresponde imponer a los autores de delito frustrado y de tentativa, y a los cómplices de delito frustrado y de tentativa y a los cómplices y encubridores, se observarán las reglas siguientes:

1.ª La pena inferior será la que siga en número en la escala gradual respectiva a la impuesta al delito o a la menor de las impuestas al delito, siempre que lo sean en toda su extensión.

2.ª Cuando la pena impuesta a la menor de las impuestas al delito no lo sean en toda su extensión, la inferior se compondrá de tres grados, que se tomarán de los que sigan al mínimo de la propia penal parcialmente impuesta y de la pena que siga en número en la escala gradual respectiva.

(6) Art. 512. Los delitos comprendidos en este capítulo quedan consumados cuando se produzca el resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas, aunque no se hayan perfeccionado los actos contra la propiedad propuestos por el culpable.

procesado, porque, aun "cuando es auxiliar de Farmacia, sin formalidad de receta u orden de facultativo, ni autorización de ninguna clase, ni siquiera conocimiento, de su principal, vende medicamentos distintos de los comprendidos en la clasificación de uso común o medicina doméstica, entre los cuales no figura la digitalina, que es sustancia altamente venenosa, y cafeína, que es estimulante de acción cardíaca, máxime al hacerlo en proporciones excesivas que denuncia fines ilícitos y aumenta los riesgos de graves peligros". C) Y en cuanto al último problema, que en realidad interesa más de cerca, entre otras razones, porque entraña especial dificultad interpretativa, la competente Sala Segunda del Tribunal Supremo reafirma en verdad la conocida orientación jurisprudencial respecto al momento consumativo (7) en el hurto, ya que "exige que el culpable, además de apoderamiento, con ánimo de lucro, de la cosa mueble ajena, sin la voluntad de su propietario, *la tenga a su disposición algún tiempo, aunque sea breve o momentáneo, durante el cual el dueño está privado de sus derechos dominicales...*" (8).

Ahora bien; precisamente la cuestión discutible y que en efecto constituye el punto básico del escrito del recurrente estriba en saber si realmente el procesado tuvo la cosa mueble ajena a su "disposición" o, antes al contrario, no salió de la esfera de dominio del dueño. Veámoslo con un poco de detención.

Dando de lado a las diferentes teorías acerca de la consumación en el hurto como a las varias interpretaciones sobre el particular, y fijándonos exclusivamente en la legislación y jurisprudencia españolas, se llega a la conclusión que el texto legal no se adscribe ni al grupo de doctrinas que perfilan en amplio margen el instante consumativo, pero ni tampoco al lado de las teorías que restringen el hecho de la consumación en el hurto. Ocupa, sin más, una posición intermedia: correcta al igual que la orientación jurisprudencial. Es decir, que el hurto no se consuma por el mero toque de la cosa, ni tampoco por no haberse aprovechado de la cosa, ya que el aprovechamiento es un acto posterior e independiente de la consumación.

La posición de la Sala Segunda del Alto Tribunal de Justicia aparece reflejada de modo transparente en numerosas sentencias: el hurto se considera consumado en cuanto el culpable toma la cosa mueble ajena, sin necesidad de que se aproveche de ésta. O, en otros términos: una vez que la persona ha realizado la *apropiación*, en el sentido riguroso de la palabra.

En resumidas cuentas, el *momento consumativo* en el hurto va referido exactamente a la ejecución en la conducta del culpable del verbo *apropiarse*. Así, verbigracia, está confirmado por innumerables decisiones de la mentada Sala (9) La Jurisprudencia reitera con frecuencia que sólo

(7) Véase para este problema la obra de JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*. Inst. Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1946, pág. 207 y sigs.

(8) Hemos subrayado.

(9) Véanse a este respecto las SS. de 5-XII-1892 y 28-IV-1890, las cuales sostienen que inexcusablemente habrá de darse el requisito del llamado "elemento económico", consistente en situar la cosa de forma que pueda perder el titular de la misma su señorío jurídico.

es concluida la *apropiación* por el agente en cuanto éste puede disponer de la cosa sustraída. Disponibilidad fáctica—se dice—de la cosa, que es bien distinto del aprovechamiento de aquélla. De suerte, que en caso de no situar la cosa en trance de disponer de ella, y, por tanto, de alejarla de la esfera de dominio de su titular, el hurto se conceptúa *frustrado* (10).

A la vista de cuanto hemos expuesto, y teniendo en cuenta la narración de los “hechos probados”—“previamente advertida la Guardia Civil por S. S., se incautó de los productos y de las 800 pesetas, *inmediatamente después de consumada la venta*”—dijérase que la determinación del *momento consumativo* no aparece de modo claro, ya que la última frase—“*inmediatamente después de consumada la venta*”—(11) deja traslucir que efectivamente no ha existido la *posibilidad de disposición* de la cosa sustraída (12), al menos en la forma real en que son entendidos por aquellos vocablos *posibilidad de disposición*.

Así es que la posición del recurrente se concreta en los términos siguientes: parece que se está en presencia de un delito frustrado de hurto, puesto que fueron incautados los productos de la sustracción “*inmediatamente después de consumada la venta*”, sin que, por tanto, salieran fuera de la esfera del dueño, pues no consta en los “hechos probados” que pudiera disponer ni por un solo instante de las cosas sustraídas.

Por el contrario, la doctrina sentada por la actual sentencia de la Sala Segunda confirma la decisión del Tribunal de hecho, fundándola en estos extremos: “por lo que conteniendo los hechos declarados probados, formulando manera inequívoca y concluyente las tres afirmaciones de que el procesado “sustraído” de la farmacia los productos que se expresan, que en el mismo día a la persona que se indica, esto es, *transcurrido cierto lapso de tiempo, seguramente de horas, dadas las expresiones que se adoptan, con posibilidad de disponer*, y, finalmente, que la *incautación se verificó inmediatamente después de consumada la venta*, o sea, la entrega de la cosa y recibo del precio, que constituye el ejercicio de una de las facultades principales del dominio, es indudable que aquél se realizó plenamente por haber practicado el reo la totalidad de los actos de ejecución y producido el resultado, aunque posteriormente no pudiera aprovechar los efectos del delito, que es circunstancia distinta y no afecta a su esencia, todos los elementos subjetivos y objetivos que definen, integran y perfeccionan la infracción sancionada.” (13).

(10) Entre otras sentencias, véanse las de 19-X-912, 8-I-872, 31-III-922 y 9-IV-924.

(11) No se ovide que con objeto de alejar la cuestión de la frustración, el Tribunal de instancia emplea la palabra *consumada*, que refuerza e inutiliza en buena parte la argumentación contraria.

(12) Véanse las SS. 8-I-872, 12-V-920, 5-XII-892, 28-IV-895, 16-XII-926 y otras más.

(13) Expresamente hemos subrayado los pasajes fundamentales.