

ALGUNAS CONSIDERACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES ACERCA
DE LA INCORPORACIÓN DEL VALOR DEL IVA EN EL TIPO OBJETIVO DEL
DELITO-FALTA DE HURTO

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Punto de partida: el artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, II. El bien jurídico protegido en el delito de hurto, III. Referencia al objeto material en el delito de hurto, IV. Tesis a favor de la inclusión del IVA, V. Tesis en contra de la inclusión del IVA, VI. Cuestión de prueba, solicitud de diligencia y derecho a la presunción de inocencia.

PALABRAS CLAVE: Hurto, valor de lo sustraído, Impuesto al Valor Agregado, Tipo Objetivo.

El presente artículo pretende abordar la problemática suscitada respecto a si debe formar parte, el importe del IVA, en la determinación del valor de la cosa o cosas, a los efectos del tipo objetivo del delito de hurto previsto en el artículo 234 del Código Penal.

I. PUNTO DE PARTIDA: EL ARTÍCULO 365 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

El apartado segundo del artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal expresa, “*La valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público*¹”.

Antes de nada, debemos atender a lo siguiente:

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE HURTO

La doctrina científica y jurisprudencial difiere a la hora de afirmar cuál es el concreto bien o bienes jurídicos que se protegen en el delito/falta de hurto. Si atendemos a la rúbrica del “De los hurtos” del capítulo primero del Título XIII del

¹ Criterio e interpretaciones bien divididas como veremos a lo largo de este trabajo. La Audiencia Provincial de Madrid se planteó en la Junta para la Unificación de Criterios celebrada en fecha 16 de junio de 2011, la adopción de acuerdo para poder llegar a un consenso acerca de la inclusión o no del IVA en el concepto de precio de venta al público a los efectos del artículo 365 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No obstante, no se logró al obtener el mismo número de votos cada una de las propuestas que fueron objeto de debate y deliberación.

Libro II del vigente Código Penal, comprobamos que se refiere a los “...(delitos) contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”. Esto ha llevado a que parte de la doctrina se incline por afirmar ser el patrimonio el bien jurídico tutelado².

A continuación realizaremos una breve referencia doctrinal y jurisprudencial al respecto.

1. La propiedad

Nuestra Constitución española reconoce, en el apartado primero del artículo 33³, “*el derecho a la propiedad privada...*”, añadiéndose (en su tercer apartado), que “*nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes*”.

Al adentrarnos en estudio doctrinal acerca de cuál/es son los bienes jurídicos que se protege en el tipo de hurto encontramos a quienes, como González Rus⁴,

² Vid., Sentencia de AP de Madrid (Sección 17ª) de 10.04.2013, N° 451/2013, Fundamento Jurídico Tercero, donde refiere este aspecto cuando afirma: “*La equivocidad del epígrafe, invocando dos significantes distintos enlazadas por un nexo conjuntivo ha generado una discusión aún inconclusa en la bibliografía especializada acerca de cuál sea el bien jurídico protegido a lo largo del articulado del título. Parece existir un considerable grado de conformidad en que la referencia al patrimonio remite a derechos o intereses individualizados de las personas (físicas o jurídicas), mientras que el orden socioeconómico tiene relación con las bases de la organización económica de la sociedad, cuyas líneas directrices se encuentran en el capítulo III del Título I de la vigente Constitución Española que establece «... los principios rectores de la política social y económica...». El contenido del patrimonio personal es heterogéneo. Desde el punto de vista fiscal,...art. primero de la ley N° 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, incorpora una concepción amplia integrada por un activo, que comprende el conjunto de bienes y derechos de contenido económico de que sea titular la persona, y de un pasivo formado por las cargas y gravámenes que disminuyan el valor del activo, y que, deducidas de él, dan como resultado el concepto tributario de patrimonio neto. Cuando el Código Penal se refiere a los delitos contra el patrimonio, utiliza una acepción restringida del significante, muy generalizada en la bibliografía yusprivatista, que sólo incluye el activo bruto, o lo que es lo mismo, el « conjunto de los bienes propios adquiridos por cualquier título (se sobreentiende de naturaleza económica, susceptibles de negociación en el mercado)», segunda acepción de la palabra en el Diccionario de la Real Academia Española. El patrimonio tutelado por las normas penales (a menos que se adjetive para dar un nuevo significado) se refiere pues al conjunto de bienes y derechos de contenido económico de que sea titular la persona. Entre los penalistas no faltan quienes critican la utilización de este concepto porque, en realidad, cada tipo delictivo remite a concretas categorías de los bienes que componen el activo.*”

³ Constitución Española, 1978, Publicado en BOE N° 311 de 29 de diciembre de 1978, Sección Segunda, “*De los derechos y deberes de los ciudadanos*”, Capítulo II, “*Derechos y libertades*”, Título Primero, “*De los Derechos y Deberes Fundamentales*”.

⁴ GONZÁLEZ RUS, Juan, en CABO DEL ROSAL, Manuel (coordinador), Derecho Penal Español, Parte Especial (Madrid, 2004), pp. 434 y ss. Este autor afirma que la propiedad de las cosas muebles es el bien jurídico inmediatamente protegido y, mediatamente la posesión.

afirman que es la propiedad. En el mismo sentido se muestran partidarios Quintano Ripollés⁵ y Bajo Fernández⁶. Este último autor afirma que el bien jurídico protegido (de manera inmediata) lo es la propiedad, siendo (mediatamente) protegida la posesión como consecuencia de salvaguarda de aquella. Este autor interpreta la protección de la propiedad, “...no como derecho subjetivo, sino como valor que el derecho quiere proteger”, por lo que se protege “la completa relación de señorío de la persona sobre determinada cosa”⁷.

Vives Antón Y Gonzalez Cussac, justifican que es el patrimonio el bien jurídico protegido debido a dos razones. La primera, deriva de la configuración típica de este delito, en tanto que “el propietario es el sujeto pasivo en este delito”, por lo que el consentimiento del propietario excluye la antijuridicidad de la conducta y la sustracción efectuada por el dueño se califica en el supuesto del artículo 236 de hurto y no en el robo. Y, la segunda, es la falta de relación que posee el valor de lo sustraído, el daño y el enriquecimiento producido respecto al atentado realizado contra la posesión⁸.

Un criterio válido para justificar que es la propiedad el bien jurídico protegido en el delito/falta de hurto es el hecho de que en esta figura delictiva sea de persecución jurídico pública-privada; es decir, una vez que el sujeto pasivo del delito y sujeto activo procesal interponga la oportuna denuncia, el Ministerio Fiscal, (independientemente de que el ofendido y/o víctima, retire su denuncia y renuncie a perseguir dicho ilícito), mantendrá la acusación bajo el denominado interés general o en valor de la Ley⁹.

⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, Compendio de Derecho Penal, (Madrid, 1958), tomo II, pp. 327 y ss.

⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, De los Hurtos (artículos 514-516), en BARJA DE QUIROGA, Jacobo y RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (coordinadores), Código Penal Comentado, (Madrid, 1990), pp. 978 y ss.

Vid., en el mismo sentido, PÉREZ MANZANO, Mercedes, Hurto, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (director), Compendio de Derecho Penal, Volumen II, (Madrid, 1998), pp. 344 y ss.

⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel., De los Hurtos, ob. cit., pp. 978 y ss.

⁸ *Vid.*, VIVES ANTÓN, Salvador Y GONZALEZ CUSSAC, Luis, Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, en VIVES ANTÓN, Salvador (coordinador), Comentarios al Código Penal de 1995, (Valencia, 1996), pp. 1.115 y ss.

⁹ *Vid.*, el artículo 33.3 de la Constitución española cuando establece: “Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”. Asimismo, ver la ley N° 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, donde en su artículo primero establece: “El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”.

Por su parte, la jurisprudencia (STS de 24 diciembre 1990) expresa que el delito de hurto es un delito contra la propiedad.

“En consecuencia, no es sólo la privación del valor de la cosa lo que constituye la lesión del bien jurídico, sino también la privación de la sustancia misma de la cosa que corporiza un determinado valor. Por lo tanto, aunque el valor representado por el cheque se hubiera hecho efectivo, la desapropiación del titular del mismo lo priva de un instrumento necesario para el ejercicio de su derecho de crédito y con ello se lesiona su propiedad de una manera típica en relación al artículo 514 del Código Penal¹⁰”. En un sentido parecido se manifiesta la misma Sala en la ST de 22 de enero de 1988, cuando en su F.Jº Primero afirma que, “el bien jurídico protegido viene representado por la propiedad o por la pacífica posesión de la cosa mueble¹¹”.

2. La posesión

Otro sector de la doctrina, entre los que se encuentra Muñoz Conde¹², afirma que es la posesión el bien jurídico inmediatamente protegido en el tipo de hurto, siendo mediatamente lesionado el derecho de propiedad ajeno.

Una de las bases para fundamentar que el bien jurídico protegido en el delito de hurto es la posesión, se basa en la latente situación de titularidad en la que se encuentra el dominus sobre el bien mueble (objeto material); es decir, el titular o dueño de la cosa puede ejercitar las acciones (civiles y penales) oportunas para recuperar la cosa, luego en ningún momento (el dueño de la cosa) pierde la titularidad del bien, sino la posesión de la cosa¹³.

Asimismo, podría decirse que al titular del bien hurtado se le ha privado, temporal o definitivamente de misma; privación que hace referencia a la limitación de

¹⁰ Sentencia de TS de 24.05.2002, Nº 955/2002, Fundamento Jurídico Segundo, asume dicho criterio.

¹¹ En el mismo sentido se muestran partidarias la Sentencia de TS de 26.09.1986, Fundamento Jurídico Primero; y del 13.06.1986, Fundamento Jurídico Primero. Asimismo, ver la Sentencia de la AP de Islas Baleares (Sección 1ª) de abril de 1994, Nº 26, Fundamento Jurídico Segundo, cuando afirma: “...el delito de hurto precisa que la dinámica comisiva se halle teleológicamente dirigida a incorporar al patrimonio del sujeto activo, el objeto mueble material ajeno sobre el que se proyecta el acto de aprehensión, de suerte que, cuando lo que ilícitamente se expropia es la «facultas utendi» reconociendo en el sujeto pasivo la titularidad dominical del objeto temporalmente detraído, habrá que acudir en su caso a otras figuras típicas distintas a la presente, que no supongan en puridad un atentado al derecho de propiedad, que es el bien jurídico que el delito de hurto tutela penalmente”.

¹² MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal, Parte Especial, (Valencia, 2004), pp. 376 y ss.

¹³ SEGRELLES DE ARENAZA, Iñigo.

la facultad de uso del bien; afirmándose, (por ende) que lo que se está lesionando, (asimismo), es su derecho al disfrute de la propiedad de dicho bien.

Otra vía válida para justificar que es la posesión o, el patrimonio el bien jurídico protegido en el tipo de hurto es, *el análisis de la conducta y su relación con el iter criminis en este delito*. La diferencia entre la tentativa (figura semiplena o frustrada, según la antigua denominación utilizada por el legislador), y la consumación (o figura plena), se basa en la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo. De ahí que se acuda, (para establecer si nos encontramos ante una tentativa o ante la consumación del delito), al estudio-verificación de si el sujeto activo (cuando procedió a realizar el comportamiento de aprensión del bien) se encontraba o no fuera de la esfera del control y disposición (aunque haya sido de modo breve o momentáneo) de su legítimo titular o de aquellas personas que (eventualmente) persigan al ladrón¹⁴. De tal suerte que, si lo que se tiene en cuenta para estimar la forma inacabada o acabada del comportamiento es la disponibilidad o disposición, el bien jurídico parece encontrarse más relacionado con el patrimonio y la posesión que con la propiedad.

3. *El patrimonio*

Ya viene afirmándose jurisprudencialmente desde 1986¹⁵, que el bien jurídico protegido “viene representado por la propiedad o por la pacífica posesión de la cosa mueble”.

¹⁴ Sentencia de TS de 26.05.1998, Sala Segunda, 737/1998, RJ 1998\5563núm:

“Reflexionando sobre los delitos de robo y hurto, cuando de deslindarconsumación y la.... tentativa....se ha optado por la racional postura de la «illatio», que centra la línea delimitadora o fronteriza no en la mera aprehensión de la cosa –«contrectatio»–, ni en el hecho de la separación de la posesión material del ofendido –«ablatio»–, sino en el de la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo, siquiera sea potencialmente, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material. Y ello en base a que los verbos «apoderar» y «tomar», requisito formal y núcleo o esencia de la definición ofrecida por los artículos 234 y 237, implica la apropiación de la cosa ajena, que pasa a estar fuera de la esfera del control y disposición de su legítimo titular, para entrar en otra en la que impera la iniciativa y autonomía decisoria del aprehensor, a expensas de la voluntad del agente. Precisándose por la doctrina legal, con fuerza aleccionadora y de síntesis, haberse alcanzado el momento consumativo cuando el infractor ha tenido la libre disponibilidad –facultad propia y característica del dominio que se trata de adquirir– de la cosa mueble, siquiera sea de modo momentáneo, fugaz o de breveduración”.

Vid., respecto a la consumación y la tentativa la clara exposición en, QUINTANO RIPO-LLÉS, ob. cit., pp. 328 y ss.

¹⁵ Sentencia de TS de 26.09.1986, Sala 2ª. En el mismo sentido se muestra la Sentencia de AP de Madrid (Sección 17ª) de 30.11.2012, N° 1563/2012, Fundamento Jurídico Tercero, que afirma “parece existir un considerable grado de conformidad en que la referencia al patrimonio remite a derechos e intereses individualizados de las personas (físicas o jurídicas) mientras que el orden socioeconómico tiene relación con las bases de la organización económica de la sociedad, cuyas

Según algunos autores, como Serrano Gómez y Serrano Maíllo, afirman que es el patrimonio el bien jurídico protegido en el delito/falta de hurto¹⁶.

Cuando se afirma que es el patrimonio el bien jurídico protegido, hay quienes realizan una diferenciación en atención a la noción concreta que representa, existiendo quienes defienden la noción *jurídica* de patrimonio, la visión *económica*, o la visión *mixta*)¹⁷.

La concepción jurídica del patrimonio “vincula al sujeto con la cosa”. En esta concepción, *“el sujeto pasivo del delito sólo puede serlo el titular del derecho patrimonial lesionado”*. El perjuicio se interpreta como pérdida jurídica, sin tener en cuenta la *“trascendencia económica”*¹⁸.

La concepción económica del patrimonio se basa, por el contrario, en *“el valor económico de la cosa”*. La importancia estriba (a diferencia de la concepción jurídica anteriormente expuesta) en *“el conjunto de bienes que se encuentren bajo el poder fáctico de una persona”*, aquí las expectativas (como las *“posiciones económicas antijurídicas”*) forman parte del patrimonio¹⁹.

Y, por último, *la concepción mixta*, resultante de la conjunción de las dos primeras expuestas, que aunaría (respecto a la *económica*) las cosas que tengan valor económico *intra-commercium* y de *res licita* (siempre que se encuentren los bienes en poder del sujeto en virtud de una relación jurídica)²⁰.

Asimismo, existe algún planteamiento (seguido por la Sección 2ª de la AP de Barcelona) que afirma que es el patrimonio el bien jurídico protegido; diferenciándose, a su vez, un sentido parcial o instrumental y, por otro, en sentido normativo²¹. Respecto al primero,

“la acción típica incide en un o unos elementos concretos del patrimonio ajeno (“cosa mueble”) y no en su globalidad como acaece, en cambio en los denominados delitos de enriquecimiento del que es paradigma la estafa, de manera que la persona que se ve desposeída por hurto o robo de un bien mueble ve menoscabado su patrimonio parcialmente y resulta atacada en una de las facultades del dominio, la

líneas directrices se encuentran en el capítulo III del Título I de la vigente Constitución española, que establece “...los principios rectores de la política social y económica...”.

¹⁶ SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, Derecho Penal. Parte Especial, (Madrid, 2006), p. 350.

¹⁷ GONZÁLEZ RUS, *ob. cit.*, pp. 429 y ss.

¹⁸ *Ibidem*, págs. 429 y ss.

¹⁹ Sentencia de AP de Barcelona (Sección 2ª) de 03.09.2001, N° 611/2001, Fundamento Jurídico Segundo.

²⁰ *Ibidem*, págs. 429 y ss.

²¹ Sentencia de AP de Barcelona (Sección 2ª) de 03.09.2001, N° 611/2001. Fundamento Jurídico Segundo.

disponibilidad o posesión de la cosa sin que su derecho dominical sobre la misma se pierda o se vulnere en cuanto sigue siendo el propietario legítimo de la misma, en tanto en cuanto el ilícito tenedor no se beneficia del instituto de la prescripción hasta que no haya prescrito el delito o falta por el que obtuvo la ilícita tenencia de la cosa a tenor de lo dispuesto en el artículo 1965 del Código Civil²² .

Y, respecto al sentido normativo, “*un concepto jurídico de patrimonio que engloba todas –y exclusivamente– aquellos bienes de contenido económico que forman parte de la esfera de dominio de una persona física o jurídica bajo cobertura jurídica; de ello se desprende que, a diferencia de lo que sucede por ejemplo en el sistema penal alemán en el que se adopta un concepto puramente económico del patrimonio, la tenencia o posesión de hecho ilícita, esto es, sin cobertura jurídica de una cosa, por parte de una persona, no le hace acreedor de protección penal²³*” .

III. REFERENCIA AL OBJETO MATERIAL EN EL DELITO DE HURTO

Si acudimos a la lectura del comportamiento establecido en el artículo 234 del Código Penal, establece, que el objeto material ha de ser “*una cosa mueble ajena*”. Al respecto, y con ánimo de establecer una relación con el valor de la cosa, entraremos a valorar ciertos aspectos.

1. Relación o símil entre el precio de venta al público y el valor de la cosa sustraída cuando se trate de un establecimiento comercial

Dicha relación, según algún sector jurisprudencial (jurisprudencia menor), no puede acogerse y, ello en base (según se afirma),

“podría conducir al absurdo cuando la sustracción se hubiera producido en un establecimiento comercial pero el sujeto pasivo del delito no fuera el propio establecimiento, sino, por ejemplo, un cliente que se encontrara en el mismo o algún dependiente a que quien se hurtara, por ejemplo, el reloj de su propiedad. En tal caso habría que concluir que la cosa sustraída carecía del valor, ya que al no estar en venta no tendría precio de venta al público, por lo que la conducta debiera quedar impune. Esta conclusión, como es obvio, resulta absurda²⁴” .

Asimismo, se ha afirmado que,

²² *Ibidem*, Fundamento Jurídico Segundo.

²³ *Ibidem*, Fundamento Jurídico Segundo.

²⁴ Sentencia de AP de Barcelona (Sección 5ª) de 13.01.2006, Nº 108/2006, y Sentencia de AP de Navarra (Sección 2ª) de 15.09.2014, Nº 163/2014, Fundamento Jurídico Segundo.

*“equiparar precio de venta al público con cuantía del valor de la cosa sustraída, lo que en realidad estaría haciendo, el párrafo segundo del artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sería modificar un precepto penal, puesto que estaría alterando un elemento esencial del tipo, a saber, el objeto material o el resultado típico...”*²⁵.

2. El valor de lo sustraído, ¿elemento esencial del tipo o condición objetiva de punibilidad?

Parte de la doctrina afirma que el valor de lo sustraído es un elemento del tipo, en tanto que se

*“...aprecia falta y no delito cuando no existe prueba de cargo suficiente que acredite el valor de la cosa sustraída”; es decir, no se precisa de dicha comprobación “si se tratara de una mera condición objetiva de punibilidad, al no precisar ser abarcada por el dolo del autor”*²⁶.

Criterio seguido por la Sección 3ª de la AP de Madrid,

*“En aquellos casos en que lo sustraído no es dinero resulta necesario su conversión o cuantificación en el medio de pago e instrumento de cambio admitido. Se trata de un problema común a aquellas figuras en las que por razón de la cuantía del objeto de la conducta (estafa, apropiación indebida, etc.) el legislador distingue entre delito o falta, o se requiere un determinado resultado cuantitativo como condición de punibilidad o como resultado”*²⁷.

IV. TESIS A FAVOR DE LA INCLUSIÓN DEL IVA

Existen diferentes resoluciones emanadas por las Audiencias Provinciales que avalan la inclusión del IVA en la valoración de las mercancías sustraídas.

Veremos, a continuación, los diversos criterios utilizados para su justificación.

1. Criterio de la “seguridad jurídica” o gramatical

La base del fundamento de esta interpretación descansa en la aplicación “ortodoxa” y estricta del art. 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este caso, se

²⁵ Sentencia de AP de Navarra (Sección 2ª) de 15.09.2014, N° 163/2014, Fundamento Jurídico Segundo.

²⁶ Sentencia de AP de Navarra (Sección 2ª) de 15.09.2014, N° 163/2014, Fundamento Jurídico Segundo.

²⁷ Sentencia de AP de Madrid (Sección 3ª) de 23.07.2014, N° 436/2014, Fundamento Jurídico Segundo.

otorga un sentido sesgado a la interpretación “*fixar atendiendo a su precio de venta al público*”. Dicha interpretación, como veremos en la sentencia que a continuación exponemos, resta (incluso) importancia a la valoración que (eventualmente) arroje el perito judicial sobre el avalúo de los bienes presuntamente hurtados. Este es el caso de la Sentencia emitida por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Lleida N° 377/2013 de 2 diciembre,

“...ante el tenor literal del art. 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme al cual el valor de las mercancías sustraídas en centros comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público, de lo que resulta la improcedencia de deducir de aquel precio los impuestos o el margen comercial, por lo que en estos casos la pericial, como antes se ha dicho, deviene además innecesaria. Por tanto, es inexacta la mención que contiene el recurso a una sentencia de esta Audiencia en sentido contrario”.

Otra resolución que justifica la inclusión del IVA por cuestión de seguridad jurídica es la Sección 6ª de la AP de Madrid, donde se afirmó que,

“...Su carácter absolutamente objetivo permite, por un lado, la previsibilidad del sujeto activo respecto de las eventuales consecuencias de su conducta, en tanto que le es posible conocer, incluso antes de actuar, la valoración que realizará el órgano judicial, y, por otro, propicia la eliminación de la eventual apreciación subjetiva que implicar remitir a un informe pericial la valoración de este elemento normativo, valoración que siempre sería ex post²⁸”.

Asimismo, la Sección Sexta de la AP de Madrid amparándose en la interpretación gramatical justifica la inclusión del IVA,

“En su significación gramatical, precio es el valor pecuniario en que se estima una cosa; venta es la acción o efecto de vender, es decir, la transmisión de la propiedad de una cosa a cambio de un precio; y público, en la acepción que ahora interesa, es la generalidad o conjunto de personas que concurren a un determinado lugar. En consecuencia, el precio de venta al público al que se refiere en citado art. 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es aquella cantidad dineraria por la que en el concreto establecimiento mercantil del que se sustrae la cosa se pone ésta en venta al público en general; y si en dicha cantidad aparece incluido el importe correspondiente al IVA, de forma que el comprador tuviera que hacer pago también de dicho importe para la adquisición de la cosa, el importe de tal impuesto debe ser también computado para la valoración de la cosa en los términos expresados en el citado artículo. Por lo que el motivo de apelación debe ser desestimado²⁹”.

²⁸ Sentencia de AP de Madrid (Sección 6ª) de 09.10.2014, N° 667/2014, Fundamento Jurídico Tercero.

²⁹ Sentencia de AP de Madrid (Sección 6ª) de 24.09.2014, N° 614/2014, Fundamento Jurídico Segundo.

2. Como consecuencia de la obligación legal-tributaria impuesta al vendedor

Alguna sentencia ha venido afirmando que la incorporación del IVA obedece a, “...una obligación legalmente impuesta al vendedor el recaudarlo mediante su repercusión al comprador e ingresarlo en las arcas públicas, y la ley lo contempla porque el hurto perjudica no sólo al establecimiento, sino también a la Hacienda Pública, al verse privada del IVA que hubiese generado la venta de la mercadería”³⁰.

3. Interpretación basada en los conceptos de “coste-gastos” y “seguridad jurídica”

Tal y como expresa la Sección 1ª de la AP de Madrid,

“El precio de venta al público incluye el impuesto de valor añadido (IVA), en opinión de esta Sala, porque si bien es cierto que en las entregas de bienes dicho impuesto se devenga cuando tiene lugar su puesta a disposición del adquirente (art. 75.1 de la Ley 37/1992, del 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido), lo que no acontecería en el hurto, no lo es menos que tampoco en este caso el empresario tampoco obtendría su margen comercial; figurando ambos conceptos y otros (coste y gastos) incluidos en el precio de venta al público de las mercaderías en los establecimientos comerciales, cuya suma representa lo que el consumidor debe pagar para obtener el producto, y que por su objetividad y facilidad de constatación para el sujeto activo del ilícito penal, tiene la virtualidad de permitirle conocer con carácter previo a los hechos cuál va a ser la calificación de su conducta y, por tanto, la consecuencia jurídica aplicable. De otra parte, dicho precepto no conculca el principio de igualdad, porque la valoración de la mercancía sustraída no requiere de un informe pericial, al ser el del venta al público, que es el que figura expuesto y por tanto conocido, sin que sea preciso contar con dicho informe para conocer cuál sería su valor sin IVA, al venir el mismo fijado por ley³¹”.

4. Inoperancia del valor de coste valor sino, al precio o valor de cambio

Otra corriente jurisprudencial (de carácter menor) afirma,

³⁰ Sentencia de AP de Madrid (Sección 15ª) de 12.10.2014, Nº 781/2014, Fundamento Jurídico Segundo.

³¹ Sentencia de AP de Madrid (Sección 1ª) de 06.06.2014, Nº 251/2014, Fundamento Jurídico Primero.

“como regla general, para determinar el valor de lo sustraído o defraudado no debe atenderse a su valor de coste sino a precio o valor de cambio, que naturalmente incluye los impuestos correspondientes³²”.

5. Art. 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como parte del tipo objetivo del tipo de hurto:

Otro sector jurisprudencial afirma que debe añadirse el IVA por ser el art. 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un “complemento” del tipo de hurto, “estableciendo un elemento normativo” al mismo.

“El artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es una norma de contenido eminentemente procesal en cuanto tiende a establecer un criterio rígido, en la valoración de la sustracción de mercancías en establecimientos comerciales y de ahí su ubicación sistemática en la ley procesal. Ciertamente la norma complementa también el tipo de hurto en un supuesto muy concreto, estableciendo un elemento normativo y, por tal razón, no es imprescindible que tenga el rango de ley orgánica. En efecto, y de igual modo en el propio delito de hurto se ha de acudir a normas extrapenales para caracterizar el concepto de bien mueble o de ajenidad del bien. Por tanto, el artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe entenderse como una norma complementaria del tipo, en un aspecto accesorio que regula la forma de valoración del bien en un supuesto muy concreto, esto es, la sustracción de bienes en establecimientos comerciales³³”.

En un sentido similar hace referencia la Sección 1ª de la AP de Madrid en un auto que afirma,

“...el artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe entenderse como una norma complementaria del tipo, en un aspecto accesorio que regula la forma de valoración del bien en un supuesto muy concreto, esto es, la sustracción de bienes en establecimientos comerciales. La norma extrapenal es precisa, fácilmente determinable y tiene como finalidad valorar la sustracción de acuerdo con el beneficio que hubiere obtenido el autor caso de lograr su propósito, simplificando el criterio de valoración y dotándolo de certeza³⁴”.

³² Sentencia de AP de Madrid (Sección 1ª) de 10.04.2014, Nº 170/2014, Fundamento Jurídico Segundo; en el mismo sentido se cita la Sentencia de TS de 23.12.2013, Nº 1015/2013, ha venido a señalar que “es notoria la doctrina de esta Sala” (Sentencia de TS de 27.04.2001, Nº 360/2001).

³³ Sentencia de AP de Sevilla (Sección 1ª) de 04.07.2014, Nº 418/2014, Fundamento Jurídico Primero.

³⁴ Auto de la AP de Madrid de 22.10.2009, Nº 730/2009, Fundamento Jurídico Primero.

6. Criterio del “precio” como sinónimo de equivalencia económica, es decir, como “valor patrimonial de la cosa en el momento de cometerse el delito”

Por su parte, la Sección 1ª de la AP de Vizcaya explica, (para afirmar la incorporación del IVA) la importancia (en su criterio) de interpretar correctamente el correcto sentido del “valor patrimonial”.

Según afirma esta Audiencia,

“Identifica equivocadamente (el Tribunal de Instancia), el valor económico patrimonial de las cosas con el valor de su coste, expresión económica fija y definitiva del esfuerzo invertido en el pasado para la producción o adquisición de la cosa. Criterio erróneo porque el valor relevante es el valor de cambio representado en cada momento por la cantidad de dinero que puede obtenerse por la cosa en un hipotético intercambio. El valor de las cosas no está en su costo sino en su precio, puesto que éste refleja su equivalencia económica y por consiguiente, el verdadero valor patrimonial de la cosa en el momento de cometerse el delito”. Lo importante, en definitiva, es el precio que se paga, y no es correcto desglosar y detraer del mismo conceptos impositivos u otros gastos³⁵”.

7. Por mandato imperativo del legislador

Existe alguna resolución que afirma la imposibilidad de interpretar el precepto (art. 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.) de forma que no se incorpore el IVA al precio del bien hurtado. Tal y como afirma la Sección 2ª de la AP de Barcelona,

“este precepto aparece redactado en términos imperativos y por lo tanto no es facultad del tribunal interpretarlo, pues se refiere a una realidad comercial de ámbito concreto”³⁶.

1.º. Pleno. Auto de Tribunal Constitucional N° 72/2008, de 26 de febrero de 2008 que aborda la cuestión de inconstitucionalidad respecto al párrafo segundo del artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Debemos hacer mención al ATC que inadmitió a trámite, por infundada, la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, en relación con el párrafo segundo del artículo 365 de la Ley de En-

³⁵ Sentencia de AP de Vizcaya (Sección 1ª) de 19.06.2014, N° 90195/2014, Fundamento Jurídico Segundo.

³⁶ Sentencia de AP de Barcelona (Sección 2ª) de 12.05.2014, N° 427/2014, Fundamento Jurídico Primero.

juiciamiento Criminal, añadido por la disposición primera de la L.O. 15/2003, de 24 de noviembre que rige la valoración penal de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales.

El Pleno del TC afirmó al respecto que, (Fundamento Jurídico 3º):

“...aun cuando no exista en la Exposición de Motivos de la L.O 15/2.003 ninguna referencia por parte del legislador a “a valoración del objeto material del delito de hurto, (el precio de coste, el precio de reposición, el precio de venta o de cualquier otro criterio imaginable) o incluso si esa valoración debe quedar dentro del margen de libertad probatoria y libre valoración de la prueba”, lo cierto es que, “su carácter absolutamente objetivo permite, por un lado, la previsibilidad de que el sujeto activo respecto de las eventuales consecuencias de su conducta, en tanto que le es posible conocer, incluso antes de actuar, la valoración que realizará el órgano judicial, y, por otro, propicia la eliminación de la eventual apreciación subjetiva que implica remitir a un informe pericial la valoración de este elemento normativo, valoración que siempre sería ex post...”.

Existe alguna resolución que zanja la justificación de esta cuestión, fundamentando la no inclusión del IVA con el simple enunciado realizado por el Tribunal Constitucional en el Pleno expuesto, afirmando,

“lo cierto es que el IVA está integrado en el valor de venta al público y por ello, no puede detraerse su importe por la sola voluntad del apelante que supone dejar sin efecto la previsión establecida por el mencionado precepto legal, cuya corrección ha sido ratificada por nuestro máximo intérprete constitucional³⁷”.

2º. Consulta 2/2009 de la Fiscalía General del Estado, acerca de si en la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales según lo previsto en el párrafo segundo del artículo 365 de la ley de enjuiciamiento criminal, debe excluirse el importe del IVA del valor total del precio de venta al público

Dicha Consulta trata la cuestión de si en la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales, según lo previsto en el párr. 2º del art. 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe excluirse el importe del IVA del valor total del precio de venta al público.

Tal y como afirma y reconoce la propia Consulta,

“para la mayoría de los Sres. Fiscales asistentes a la Junta, en la valoración de los efectos sustraídos en establecimientos comerciales efectuada conforme al criterio

³⁷ Sentencia de AP de Alicante (Sección 10ª) de 08.05.2014, Nº 237/2014, Fundamento Jurídico Tercero.

facilitado por el art. 365.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe detrarse el importe del IVA del montante del precio de venta al público, mientras el Fiscal Superior mantiene la tesis contraria, partidaria de comprender en el concepto de precio de venta al público tanto el margen comercial de beneficio como el importe del IVA correspondiente en cada caso. El texto de la consulta se contrae por tanto a la resolución de esta específica cuestión, planteada en los términos a que acabamos de referirnos”.

Las conclusiones que arroja la meditada consulta se aglutinan en cuatro puntos básicos, de los que (a los efectos que nos ocupa), tan solo son relevantes tres de ellos.

El primero, en el que se hace alusión al ATC del Pleno de 26 de febrero de 2008, por el que se recuerda la constitucionalidad de la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal planteadas por la Audiencia Provincial de Sevilla (aspecto ya tratado con anterioridad en este trabajo³⁸).

El tercer punto, donde se acuerda que,

“la valoración de las mercancías a que se refiere el párrafo segundo del artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los Sres. Fiscales interpretarán la locución precio de venta al público como la cantidad que el adquirente debe desembolsar para adquirir el producto, . . . y que comprende, sin desglosar, los costes de producción y distribución del bien, los márgenes de beneficio de los sucesivos intervinientes en la cadena productiva y los tributos y aranceles que lo hayan gravado directa o indirectamente, entre los que se incluye el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) en el territorio de aplicación del impuesto (Península y Baleares), y el Impuesto General Indirecto Canario (IGIC) y el Impuesto sobre la Producción, los Servicios y las Importaciones (IPSI), en las Islas Canarias y en las ciudades de Ceuta y Melilla, respectivamente³⁹”.

Y, un cuarto punto, donde se acuerda la observación y cumplimiento de que,

“se una al expediente la etiqueta o documento acreditativo del importe del precio de venta al público de la mercancía objeto de sustracción⁴⁰”.

³⁸ Tratado *ut supra* 4.1.

³⁹ Consulta 2/2009 de la Fiscalía General del Estado, acerca de si en la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales según lo previsto en el párrafo segundo del artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe excluirse el importe del IVA del valor total del precio de venta al público.

⁴⁰ Consulta 2/2009 de la Fiscalía General del Estado, acerca de si en la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales según lo previsto en el párrafo segundo del artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe excluirse el importe del IVA del valor total del precio de venta al público.

Dicha consulta (entre otras muchas), la trata, (recientemente) la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra⁴¹, donde se realiza una concreta síntesis de la misma.

En la referida consulta se exponen toda una serie de argumentos (compartidos por dicha Sección 5ª de la AP de Pontevedra), que exponen como válida la interpretación que justifica la inclusión del IVA. Dicha interpretación se basa en lo siguiente:

“ a) que la locución precio de venta al público constituye un concepto normativo del art. 365.2 L.E.Cr. que está legalmente definido, específicamente en el sector normativo que regula el consumo y en el territorio de aplicación del impuesto incluye en todo caso el importe del IVA y en tal sentido art. 2º apartado a) de la Directiva 98/6/CE...de protección de los consumidores el cual establece que a efectos de la propia Directiva se debía entender por precio de venta el precio final de una unidad del producto o de una cantidad determinada del producto, incluidos el IVA y todos los demás impuestos. También el art. 4º del Real Decreto N° 3.423/2000 de 15 de diciembre...por el que se regula la indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores y usuarios. b) Que en la realidad social criterio interpretativo de las normas jurídicas conforme al art. 3º CC...), cualquier consumidor sabe que el precio de venta o PVP habitualmente exhibido en las etiquetas de las mercancías ofertadas en los establecimientos comerciales, es el importe que debe abonar para adquirir el bien, y que un porcentaje del mismo corresponde al IVA, aún cuando su cuantía pueda no aparecer desglosada en ese PVP. c) Que la opción de deducir el IVA en la valoración de la mercancía sustraída en el establecimiento comercial, trasmutaría el criterio de la LECr. en un criterio complicado, atendidos los territorios de aplicación del impuesto (art. 2º ley Impuesto Valor Añadido) los diferentes tipos impositivos aplicables según la naturaleza del bien, el tipo impositivo vigente al momento de la comisión del hecho etc.. En definitiva, considera la Fiscalía que la interpretación que excluye el IVA “además de prescindir de la dicción literal del art. 78 de la Ley reguladora del Impuesto de Valor Añadido..., desoye el significado propio de la locución precio de venta, ignora la realidad social en la que ha de aplicarse la norma y contraviene el espíritu y finalidad simplificadora del precepto, por cuanto obliga a adquirir un amplio conocimiento de las variables de la tributación en cada caso y de la compleja normativa del impuesto...⁴²”.

⁴¹ Sentencia de AP Pontevedra de 28.07.2014, N° 381/2014, Fundamentos Jurídicos Primero y Quinto.

⁴² Sentencia de AP Pontevedra de 28.07.2014, N° 381/2014, Fundamentos Jurídicos Primero y Quinto.

3°. *Pleno Jurisdiccional de la AP de Barcelona, dictada en ST 16/7/2.012*

Por su parte, el Pleno Jurisdiccional de la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia dictada el día 16 de julio de 2012, declaró que,

“la consideración del precio de venta al público en orden a determinar el importe de 400 euros que delimita el delito y la falta de hurto, ha de hacerse computando el valor de la cosa incrementado con el correspondiente impuesto sobre el valor añadido⁴³”.

V. TESIS EN CONTRA DE LA INCLUSIÓN DEL IVA

Por otro lado existen otros criterios (más acertados en mi opinión, desde el punto de vista interpretativo) que afirman que al valor de dichos efectos debe excluirse el IVA del concepto *“precio de venta al público”* (art. 365 Ley de Enjuiciamiento Criminal), y ello en base a los siguientes argumentos que expondremos a continuación.

1. Importancia de la interpretación del “valor del precio de venta al público”: deducción del recargo del IVA

Al contrario de la tesis anteriormente expuesta, en este caso, la expresión *“precio de venta al público”* debe ser entendida de la siguiente forma,

“para realizar la necesaria valoración judicial de ese elemento esencial del tipo habrá que atender a su precio de venta” y, (por lo tanto), *se tome en consideración, (se tenga en cuenta) ese dato, pero no que ese sea el valor de la cosa objeto del delito”.*

Al respecto es muy ilustrativa la Sentencia de la Sección 29ª de la Audiencia Provincial de Madrid, N° 382/2013 de 28 noviembre donde expresa:

“...“Atender” según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua significa “tener en cuenta o en consideración algo”. Por lo tanto, lo único que el legislador ordena es que para establecer el valor de lo sustraído –en los delitos patrimoniales cuyo sujeto pasivo sea un establecimiento comercial– y no simplemente que se produzcan en un establecimiento comercial se tome en consideración, se tenga en cuenta ese dato, pero no que ese sea el valor de la cosa objeto del delito. Y para llegar a este valor, que no es otro que el valor del mercado habrá de partirse de ese precio venta al público para con posterioridad deducir de él todo lo que no pueda considerarse valor de la cosa. Ello supone a juicio de este Tribunal, que habrá de

⁴³ Sentencia de AP de Barcelona (Sección 8ª) de 13.05.2014, N° 350/2014, Fundamento Jurídico Quinto.

deducirse del precio el recargo del IVA puesto que no habiéndose producido el hecho imponible generador de la obligación de pagar dicho impuesto –la venta del bien o servicio– ninguna obligación tributaria nace para el vendedor de declararlo (AP Barcelona, sentencia de 13-1-2006). Pero, además el precio, según el Diccionario de la Lengua española, es el “valor pecuniario en que se estima una cosa”. Como dice la Sentencia de la sección 6ª Barcelona, de 9-11-2005, la expresión legal de “precio de venta al público” tiene un alcance menor del de “desembolso” que el comprador hace para la adquisición de un producto, limitándose a la contraprestación económica que habría de satisfacerse al propietario de la cosa a cambio de la transferencia del dominio del bien mueble. En este sentido, y ello sin perjuicio de que es esencialmente este montante económico el que constituye la base imponible considerada por el artículo 78 de la ley Nº 37/1992, de 28 de diciembre (Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido), para (en función del tipo impositivo aplicable en los casos de no exención) determinar la cuota que ha de satisfacerse por este tributo. Dicho de otro modo, precio es la contraprestación económica a satisfacer al propietario por un producto e IVA es el impuesto estatal que graba el hecho imponible de la entrega del bien (art. 4º de la ley Nº 37/92) y que solo debe abonar el consumidor, sin que esta dualidad de conceptos desaparezca por el hecho de que la repercusión del impuesto se haya de efectuar en la factura y pueda verse oscurecida –en las ocasiones en las que el Reglamento del IVA lo permite– por la no consignación separada de la base imponible y la cuota devengada (art. 88.2 de la ley Nº 37/92⁴⁴”.

En un sentido parecido se muestra la Sentencia 344/2013, de 12 de abril, razona de este modo:

“... [Se] yerra al incorporar al elemento del tipo penal el valor de la cosa mueble sustraída, un concepto completamente ajeno al referido elemento típico de valor o precio de venta al público, al que se refiere el art. 365 Ley de Enjuiciamiento Criminal... Cuál es el importe de la cuota repercutida del Impuesto del Valor Añadido, que es cosa distinta del precio, y que es exigible en todos los supuestos en los que se produzca el hecho imponible de tal impuesto, tal como está definido en los artículos 4 y siguientes de la Ley 37/1992 de 28 diciembre 1992...(Impuesto sobre el Valor Añadido IVA). El hecho típico de la sustracción o apoderamiento de la cosa mueble ajena con ánimo de rem sibi habendi definido en el art. 234 CP.. a través de la descripción típica de tomar las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, no constituye ninguno de los supuestos de entrega de bienes y prestaciones de servicios que causan la aplicación del Impuesto del Valor Añadido, pues el apoderamiento excluye toda transmisión inter vivos voluntaria. El impuesto se refiere a las transmisiones, esto

⁴⁴ Sentencia de AP de Madrid (Sección 29ª) de 28.11.2013, Nº 382/2013.

es, a los negocios inter vivos en que un tradens transfiere voluntariamente un bien mueble a un accipiens que lo recibe también voluntariamente. Por el contrario, en el supuesto típico del hurto, se realiza el apoderamiento sin contar con la voluntad del propietario, que por eso, no es transmitente. Tal razón excluye que el acto típico del hurto pueda ser considerado como “entrega de bienes” en los términos definidos en el art. 8º de la ley Nº 37/1992, de 28 de diciembre, como hecho imponible del IVA. El apoderamiento se ejecuta, en el hurto, contra la voluntad del propietario, y por eso, no existe transmisión voluntaria de la propiedad, como define la ley Nº 37/1992 al hecho imponible del IVA. No existe, tampoco, devengo del impuesto, en los términos definidos por el art. 75 de la citada ley Nº 37/1992 de 28 diciembre 1992 (Impuesto sobre el Valor Añadido IVA), por la misma razón de que en los supuestos de hurto definidos como tales en el Código Penal, no se realiza “...puesta a disposición del adquirente o, en su caso, cuando se efectúen conforme a la legislación que les sea aplicable...” de bienes muebles ajenos. Esa puesta a disposición exige para provocar el devengo del IVA, como ya hemos dicho, transmisión por negocio intervivos de carácter voluntario entre tradens y accipiens, siendo tal naturaleza voluntaria incompatible con el concepto de apoderamiento inherente en el hurto, por lo demás ilícito por expresa tipificación penal. Además, carece de apoyo legal para considerar una exacción fiscal como parte del precio de venta al público. La cuota del IVA no es precio, no es un elemento objetivo de un acto civil o mercantil de compraventa, sino “...tributo de naturaleza indirecta que recae sobre el consumo...”, como establece el artículo 1º de la ley Nº 37/1992 de 28 diciembre 1992 (Impuesto sobre el Valor Añadido IVA). Es una cuota que se añade al precio de venta por el empresario vendedor para su repercusión al consumidor final. El que no se distinga en el ticket de venta precio y cuota tributaria no permite colegir, como hace el Ministerio Público, que la cuota del IVA a pagar por el consumidor final sea parte del precio de venta a que se refiere el art. 365 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y de hecho, el art. 88 de la ley Nº 37/1992, al hablar de la repercusión del tributo al consumidor final, establece que deberá distinguirse en la documentación de la operación de venta a cuyo través se efectúa la justificación de la producción del hecho imponible y la realización de la repercusión (esto es, en la factura), entre la base imponible (precio de venta) y la cuota repercutida del IVA. La mala praxis mercantil de no separar en los tickets de venta precio y cuota repercutida no puede vincular a los operadores jurídicos al aplicar la norma penal....Por tanto, a la hora de establecer el elemento del tipo penal del hurto relativo al valor de lo sustraído no puede tomarse en consideración la cuota tributaria del IVA porque la sustracción ilícita no es hecho imponible de tal tributo, ni la naturaleza del tributo permite considerar su eventual cuota como parte del precio de venta al público de los bienes⁴⁵”.

⁴⁵ Sentencia de AP de Madrid (Sección 17ª) de 12.05.2014, Nº 605/2014, Fundamento Jurídico Undécimo.

2. Interpretación del significado del concepto “cuantía” del bien sustraído

Para indagar acerca de las posibles interpretaciones del concepto “cuantía” podemos acudir a la lectura de diferente legislación: por ejemplo, el artículo 2º, apartado a) de la Directiva 98/6/CE, de protección de los consumidores⁴⁶, y artículo 4.1 del Real Decreto N° 3.423/2000, de 15 de diciembre⁴⁷, que se corresponde el artículo 20 del Real Decreto Legislativo N° 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (modificado por ley N° 3/2014, de 27 de marzo⁴⁸).

Tal y como expresa una interesante sentencia,

“(...) Estas normas persiguen el objetivo de asegurar que el consumidor dispondrá de una información clara, precisa y detallada sobre el precio de venta, esto es, la cantidad que ha de pagar por la compra del producto en cuestión [el «precio de compra»], por lo que no es extrapolable a la protección penal del patrimonio de las personas y, más concretamente, frente a la sustracción de alguno de los elementos que integran su activo”⁴⁹.

3. Imposibilidad de incorporar el recargo del IVA a los objetos sustraídos por inexistencia de producción del hecho imponible generador de la obligación

La Sentencia de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid, N° 716/2006 de 18 de septiembre de 2006, afirma que,

⁴⁶ Diario Oficial N° L080 de 18/3/1998 pp. 27 a 31: expresa que “precio de venta” es: “el precio final de una unidad de producto o de una cantidad determinada del producto, incluidos el IVA y todos los demás productos”.

⁴⁷ B.O.E N° 311, de 28.12.2000, pp. 46319 a 46321, que establece, “el precio de venta y el precio por unidad deberán ser: a) inequívocos, fácilmente identificables y claramente legibles, situándose en el mismo campo visual. B) Visibles por el consumidor sin necesidad de que éste tenga que solicitar dicha información”.

⁴⁸ El artículo 20 de dicha disposición (B.O.E N° 287, de 30.11.2007), expresa: “Información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios”, “... [las] prácticas comerciales que, de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado, incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación, deberán contener, si no se desprende ya claramente del contexto, al menos la siguiente información:...El precio final completo, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario. ...”.

⁴⁹ Sentencia de AP de Madrid (Sección 17ª) de 20.10.2014, N° 946/2014, Fundamento Jurídico Séptimo.

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

4. Valor “efectivo” o “real” de venta al público

Por su parte, y acorde con el criterio de prescindir de la incorporación del IVA en los objetos sustraídos, es importante referirnos a la Sentencia de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de noviembre de 2005, N° 942/2.005, en donde se afirma que,

“...Sin embargo, el problema radica en la valoración que a efectos de la persecución penal se ha de dar a los objetos sustraídos por el acusado, estimando que debemos estar al valor efectivo o real, o sea de venta al público, que no es otro que el valor de mercado, del que debemos lógicamente restar el valor del IVA, siendo la cantidad obtenida, el valor que debe darse a los objetos a la hora de incardinar la conducta en un delito o una falta de hurto. Así, si a la suma total del precio de los objetos sustraídos 418,60 euros que declaró el denunciante ante la Policía le restamos el 16% de IVA, obtenemos un valor real de mercado que no alcanza los 400 euros que supone el límite entre delito y falta de hurto, debiendo, por tanto, desestimarse el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal....”.

a) Preservación del principio de legalidad y seguridad jurídica

Alguna resolución (una sentencia de la Sección 30 de la Audiencia Provincial de Madrid) hace referencia, como presupuesto para justificar la eliminación del IVA, la vulneración de los principios de legalidad penal y seguridad jurídica,

“...debe atenderse al valor real de las mercancías y no al puramente comercial porque los márgenes comerciales dependen de factores objetivos como pueden ser el territorio, la ciudad, los impuestos, los alquileres, las temporadas estacionales, etcétera, factores todos ellos que modifican el precio de algunos productos, que varían por tanto en función del momento de su venta o del lugar, lo cual tendría valores diferenciales que provocarían la aplicación del delito o la falta mermando así la seguridad jurídica, afectando al principio de legalidad⁵⁰”.

⁵⁰ Sentencia de AP de Madrid (Sección 17ª) de 20.10.2014, N° 946/2014, Fundamento Jurídico Séptimo.

b) Artículo 365.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal: equiparación mecánica entre el valor de la cosa y el precio venta al público. Inconstitucionalidad de la modificación de los preceptos relativos a los delitos patrimoniales. El elemento del tipo referente al objeto material o al resultado de la acción carece de la garantía formal derivada del principio de legalidad.

La Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya expuso que⁵¹,

“El párrafo segundo del precepto que fue añadido por Disposición Final 1ª segundo e) de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, (es decir, “la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijara atendiendo a su precio de venta al público”), no puede interpretarse en el sentido de que el valor de la cosa venga determinada por el precio de venta al público en el establecimiento. Y en alusión a los diversos motivos que impiden dotar de efecto automático al precio de venta al público como VALOR, sigue exponiendo la sentencia que reseñaos: En segundo lugar porque si aceptara la interpretación de que el legislador ha decidido equiparar precio de venta al público con cuantía del valor de la cosa sustraída, lo que en realidad estaría haciendo, el párrafo segundo del artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sería modificar un precepto penal, puesto que estaría alterando un elemento esencial del tipo, a saber, el objeto material o el resultado típico. Que el valor de lo sustraído es un elemento esencial del tipo y no una mera condición objetiva de punibilidad lo demuestra la invariable doctrina jurisprudencial) que aprecia falta y no delito cuando no ha existido prueba de cargo suficiente que acredite el valor de la cosa sustraída, comprobación que sería innecesaria si se tratara de una mera condición objetiva de punibilidad que no precisa ser abarcada por el dolo del autor. Ahora bien, la constatación de que, con independencia de su ubicación formal, nos hallamos ante un precepto de carácter sustantivo conduciría inmediatamente a la conclusión de que el mismo es inconstitucional, por contrario al principio de legalidad⁵²”.

⁵¹ Sentencia de AP de Vizcaya (Sección 6ª) de 15.04.2014, N° 90207/2014, Fundamento Jurídico Tercero.

⁵² Sentencia de AP de Vizcaya (Sección 6ª) de 15.04.2014, N° 90207/2014, Fundamento Jurídico Tercero. En relación con el efecto o materialización del principio indicado (continúa afirmando esta resolución, refiriéndose a la SAP de 28-II-2014) que, “...el Tribunal Constitucional viene considerando el derecho a la legalidad penal, como derecho fundamental de los ciudadanos, que incorpora en primer término una garantía de orden formal, consistente en la necesaria existencia de una norma de rango de ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden. Esta garantía formal como recordábamos en la STC 142/1999, de 22 de julio..., FJ 3, implica que solo el Parlamento está legitimado para definir los delitos y sus consecuencias jurídicas y vincula el principio de legalidad al Estado de Derecho, esto es, a la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad y el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la ley y sólo

5. Relación entre el art. 234 y 623 del Código Penal. “Cuantía de lo sustraído” y, “valor de lo hurtado”. “Valor de uso” y “valor de cambio”

Interesante análisis realiza la resolución emanada por la Sección 17ª de la AP de Madrid. En la misma se analiza el significado y alcance posible empleado por el legislador a la hora de regular el contenido del delito y falta de hurto. Dicha resolución afirma que ambos preceptos expresan lingüísticamente una idea distinta. Por su parte, el art. 234 del Código Penal se refiere a *«la cuantía de lo sustraído»*, mientras que el segundo lo hace a *«el valor de lo hurtado»*.

“En el uso vulgar del lenguaje –consultado, para ello, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua– «cuantía» significa, ante todo, «porción de una magnitud» o «cierto número de unidades», pero también «porción indeterminada de

la ejercita en la medida que está prevista en la ley. Y el propio Tribunal ha señalado que del artículo 25 de la Constitución Española...se deriva una reserva absoluta de Ley en el ámbito penal. Y que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.1 de la Constitución Española en relación con el artículo 17.1 de la misma, esa ley ha de ser orgánica respecto de aquellas normas penales que establezcan penas privativas de libertad. En palabras de la STC 118/1992, de 16 de septiembre ..., FJ 2 la remisión a la Ley que lleva a cabo el artículo 117.1 de la Constitución Española ha de entenderse como remisión a la Ley Orgánica, de manera que la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin ese carácter constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad y, por ello, una violación de ese derecho fundamental, SSTC 140/1986..., 160/1986... y 127/1990...”. (Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 24/2004 de 24 de febrero.... En consecuencia, la creación o modificación de toda norma penal que lleve aparejada pena privativa de libertad, como es el caso del artículo 234 del Código Penal..., debe hacer por ley que, además tenga el rango de Orgánica. Pero el precepto que introdujo el segundo párrafo del artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la letra e) del apartado segundo de la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica N° 15/2003, de 25 de noviembre, no tiene el rango de ley orgánica, como dispone expresamente la disposición final cuarta de dicha ley que afirma textualmente que: En esta ley orgánica tienen carácter de ley ordinaria los preceptos contenidos en el apartado segundo de la disposición final primera...”. En sentido contrario se muestra la AP de Madrid (Sección 1)ª cuando afirma que, “...la definición clásica de hurto contenida en el tipo penal del artículo 234 del Código Penal colma las exigencias propias del principio de legalidad y contiene los elementos básicos de la conducta punible al describir de forma estereotipada y general los elementos configuradores del delito tales como “apoderamiento (tomar) de cosa ajena sin la voluntad del dueño en cuantía superior a 400 euros”. El tipo no tiene que describir necesariamente cómo ha de hacerse esa valoración y desde siempre, sin que ello suponga lesión del principio de legalidad, ha sido la jurisprudencia la que ha determinado la forma de valoración. Piénsese, a título de ejemplo, en las discusiones doctrinales sobre si el valor debía ser el intrínseco de la cosa o el de afección o (en décimos de lotería) si el valor de los décimos debía ser el de compra o el correspondiente al premio que pudiera haberse obtenido. Ciertamente si una norma determina cómo ha de valorarse el bien en un supuesto concreto, estableciendo particularidades sobre el régimen ordinario de prueba, tal y como acontece en este caso, indirectamente está definiendo la conducta típica o está estableciendo una modalidad interpretativa que condiciona la apreciación del tipo. Ahora bien, ello no significa que necesariamente estas definiciones o elementos complementarios del tipo deban establecerse en el propio tipo o mediante ley orgánica”.

dinero». Sólo adquiere sentido cuando se pone en conexión con un objeto medido. La expresión utilizada por el precepto acaso revele que inconscientemente se tenía la imagen de la sustracción de una cantidad de dinero, pero hay que establecer un significado que sirva para otras posibles hipótesis de apoderamiento de cosas u objetos materiales diferentes de aquél. «Cuantía de lo sustraído» contiene una elipsis que hay que llenar de contenido. Puesto que la «cuantía» aludida en el artículo 234 se concreta en un número (cuatrocientos) de unidades monetarias (euros), interpretado intersistemáticamente este precepto en relación con el artículo 623, habrá que concluir que se trata del número de unidades monetarias (euros) que expresa su valor. Así se reconoce de algún modo en el Diccionario citado, cuando, en la acepción de «cuantía» en el uso jurídico del lenguaje, le atribuye el significado de «valor de la materia litigiosa»; lo que no termina de resolver el problema puesto que sobradamente sabido que existen muy variadas reglas en los diferentes subsistemas jurídicos (sustantivos y procesales) para concretar ese valor. Con ello no quedan resueltos los problemas, porque habrá que dotar de concreto significado al signifiante «valor». Combinando las dos primeras acepciones enunciadas en aquel Diccionario, se entenderá por tal el «grado de utilidad o aptitud de las cosas, para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar o deleite», «cualidad...en virtud de la cual se da por poseerlas cierta suma de dinero o equivalente...». La primera parte del concepto constituye lo que se denomina «valor en uso» y pone en relación a un objeto con una persona o un conjunto de ellas; la segunda, en cambio, es inseparable del contexto del «mercado» en que se intercambian bienes y servicios. La superación de la economía basada en el trueque o permuta se produce cuando interviene el dinero como unidad convencional de medida del valor de las cosas. El «valor en cambio» ya no expresa el que un bien o un servicio tiene para una persona determinada, sino el precio medio resultante del conjunto de intercambios concretos de cantidades diferentes de un bien homogéneo que se producen en el mercado. Dejando a un lado los sorprendentes hallazgos de la Psicología de las decisiones económicas, ese precio que traduce el valor en cambio de un bien o un servicio se forma objetivamente, por contraposición al antes llamado «valor de afición» (eminentemente emocional y por eso variable para cada persona) que actualmente el artículo 113 desplaza al distinto plano de la indemnización del perjuicio moral. Sobre ese precio opera (en una fase posterior) el Impuesto sobre el Valor Añadido de la operación, que cobra el vendedor repercutiéndolo sobre el comprador y que aquél habrá de ingresar luego puntualmente en el Tesoro Público. La cuantía de dinero en que se cifra el precio medio de una cosa (la sustraída), esto es la cantidad dineraria en que se estima su valor en cambio, y que recibe el vendedor en sustitución de la baja que en su patrimonio representa la transmisión dominical de la mercancía vendida es, por ello, lo que se ha de tener en cuenta para –partiendo de una «cifra de corte» (en este caso, cuatrocientos euros) legal-

mente establecida según criterios de política criminal— deslindar cuándo un hecho constituye delito y cuándo una falta⁵³”.

6. Aplicación de principios constitucionales

La Sentencia de la Sección 29ª de la Audiencia Provincial de Madrid, N° 382/2013 de 28 noviembre, asimismo, realiza un uso coherente de los principios de presunción de inocencia e interpretación favorable al reo cuando interpreta la expresión otorgada por el legislador: “*precio de venta al público*”; en dicha resolución se afirma,

“...debemos señalar que la vinculación de los derechos constitucionales del art. 24 de la CE, (incluidos los de presunción de inocencia e interpretación más favorable al reo) se produce materialmente en relación a la norma jurídica penal, en este caso los arts. 234 y 623.1 del CP, por exigencia manifiesta de los principios de legalidad penal, jerarquía normativa y especialidad. Se trata de tipos penales que no constituyen normas en blanco y que por tanto contienen en sí el criterio del legislador, que debe ser interpretado por los jueces con arreglo a los principios antedichos”.

En sentido parecido se muestran partidarios Serrano Gómez y Serrano Maíllo, cuando afirman que, interpretar integrado el IVA bajo la interpretación del artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal “*no es correcto*”, puesto que “*a veces hay diferencias notables en el precio según el establecimiento*”, y entre otras cosas, “*supone una gran inseguridad jurídica, e incluso conculca el principio de legalidad⁵⁴”.*

7. Principio de interpretación restrictiva e interpretación hermenéutica de la norma penal

Alguna Resolución ha afirmado que,

“...existiendo en la práctica judicial opiniones tan dispares, el principio de interpretación restrictiva de las normas penales inclinaría a optar por la menos perjudicial para el acusado, lo que sería conforme además con el de intervención mínima en función de canon hermenéutico⁵⁵”.

⁵³ Sentencia de AP de Madrid (Sección 17ª) de 12.05.2014, N° 605/2014, Fundamento Jurídico Cuarto.

⁵⁴ SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, *ob. cit.*, p. 354.

⁵⁵ Sentencia de AP Navarra (Sección 2ª) de 15.09.2014, N° 163/2014, Fundamento Jurídico Primero.

8. Interpretación del art. 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal elemento que forma parte de la estructura del tipo objetivo de la infracción penal

Alguna sentencia ha afirmado que,

“aunque los términos empleados sugieren subliminalmente la idea de «grandes almacenes» como entorno de aplicación del precepto, el significante «establecimientos comerciales», a falta de otra precisión, permite la asignación de un alcance semántico mucho más extenso. Se trata, por consiguiente, de una norma que se refiere, desde luego, a la prueba de un elemento que forma parte de la estructura del tipo objetivo de la infracción penal («... para la calificación del delito o de sus circunstancias ...») pero también para determinar «... el importe del perjuicio causado o que hubiera podido causarse ...». En suma, no se dispone (como se pudiera inferir de una lectura superficial del precepto comentado) que «la cuantía dineraria del valor de la cosa» sea necesariamente la de su «precio de venta al público», sino que éste servirá de punto de referencia para calcular pericialmente aquél”⁵⁶.

9. Inconstitucionalidad del art. 356 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y consiguiente reducción del importe del IVA

Parte de la jurisprudencia menor, (representada en Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de mayo de 2006), hace hincapié en la presunta inconstitucionalidad del artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sostiene dicha sentencia que dicho precepto altera elementos integrantes del tipo penal, siendo así que conforme señalan los artículos 25, 81 y 17 de la Constitución Española la fijación de los tipos penales se halla reservada a Ley Orgánica.

Dicho criterio, no obstante, ha sido rebatido en base a determinados argumentos expresados por la Sentencia de AP de Madrid (Sección 16^a);

“(...) dicho artículo 365 se llevó a cabo mediante Ley Orgánica, por lo que se cumple la exigencia del artículo 81 de la Constitución Española. En segundo lugar de considerarse inconstitucional tal precepto no puede el Juez o Tribunal por sí mismo dejar de aplicar la norma, si esta tiene rango de Ley como es el caso, sino que ha de acudir al mecanismo de la cuestión de inconstitucionalidad previsto en el artículo 35 de la LOTC, que exige suspender la decisión y plantear dicha cuestión al Tribunal Constitucional a fin de que decida. En tercer lugar multitud de tipos penales en nuestra legislación (los llamados tipos penales en blanco) se integran sobre la base de su remisión a otras leyes, en general de carácter administrativo,

⁵⁶ Sentencia de AP de Madrid (Sección 17^a) de 20.10.2014, N° 946/2014, Fundamento Jurídico Sexto.

que no tienen la consideración de leyes orgánicas y no por ello se vulneran principios constitucionales. Véanse Sentencias de esta misma sección de la Audiencia Provincial de fechas 11.11.04, 14.3.08,...⁵⁷”.

VI. CUESTIÓN DE PRUEBA, SOLICITUD DE DILIGENCIA Y DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La AP de La Rioja entra en el análisis referente a los supuestos en donde la sustracción no se haya producido en un establecimiento comercial y los bienes presuntamente sustraídos no se encuentran objetivamente valorados.

Aquí la Sala, con el objeto de determinar el valor de los objetos sustraídos interpreta que,

“no basta con la declaración del perjudicado o dueño de las cosas sustraídas, sino que es precisa una valoración pericial⁵⁸”.

El caso que trata la Audiencia recoge un supuesto de hecho en el que lo hurtado eran unas tarjetas y un pasaporte que la víctima no valoró y 350 euros en metálico y una cámara de fotos que le costó 300 euros.

La Audiencia afirma (con buen criterio en mi opinión) que,

“una cosa es considerar probado por medio de... (la) testifical que esos fueran los bienes que Doña Ángela llevaba en su bolso, y otra distinta considerar sin más probado que el valor de los mismos es superior a 400 euros. Para ello sería necesario que se hubiese probado que las tarjetas, el pasaporte y la cámara que llevaba Doña Ángela en su bolso además de los 350 euros, superasen en valor la suma de 50 euros (350+50= 400). Pero resulta que eso no se ha probado. Lo único que significó Doña Ángela, según declara la sentencia en el fundamento de derecho tercero (no en los hechos probados, donde ni se detallan los bienes sustraídos ni tampoco su valor) es que compró la máquina por 300 euros, pero eso no significa

⁵⁷ Sentencia de AP de Madrid (Sección 16ª) de 03.09.2014, N° 607/2014, Fundamento Jurídico Primero.

⁵⁸ La AP de La Rioja hace referencia a otras posibles interpretaciones, *“Es verdad que la Jurisprudencia (véase por ejemplo sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila sección 1ª de 6 de septiembre de 2012) ha matizado al respecto señalando que este dictamen pericial ha de ser dispuesto solo si resulta preciso para la conceptualización del delito o sus circunstancias, pero no es necesario en el caso de que no sea menester para ello debido a la notoriedad del valor de la sustracción (por ejemplo, si se sustrae una joya de notorio gran valor no es preciso peritarla para saber si estamos ante un delito o una falta de hurto). Sin embargo este no es el caso que nos ocupa, por lo que, so pena de entrar en el terreno de la conjetura, o de la especulación o de la inseguridad (lo cual no puede nunca redundar en perjuicio del reo), en nuestro caso sí que parecía imprescindible, que se hubiera procedido a esa valoración.”*

que ese fuera su valor en el momento de la sustracción, Piénsese que en ese momento la referida cámara era un objeto usado, cuya antigüedad, modelo, marca, etcétera, se ignoran por completo”.

Por lo que la Audiencia, continúa argumentando que,

“conjeturar, sin practicar pericial alguna, que el valor de la cámara, el de las tarjetas y el pasaporte, unidos a los 350 euros, exceden del límite de los 400 euros que separan el delito y la falta, constituye una presunción en contra del reo que no podemos compartir. Precisamente, si el artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que hemos dejado transcrito establece la práctica de una pericial después de oír al perjudicado, es porque el legislador es consciente de que solo con la declaración del perjudicado no basta para entender probada la valoración de los bienes. Es cierto que en el proceso penal rige el principio de libre valoración de la prueba, pero también es verdad que la prueba tenida en cuenta a los fines de declarar probados los elementos del tipo de una infracción penal (y eso es en este caso la cuantía superior a 400 euros) ha de ser objetivamente apta a los fines de probar ese elemento; y en este caso, la simple declaración de Doña Ángela diciendo que la máquina le costó 300 euros no es objetivamente suficiente para entender probado que el valor de esa máquina en el momento de la sustracción, en unión a lo demás sustraído, supera los 400 euros”⁵⁹.

1. Imposibilidad e inexistencia de tasación pericial y derecho a la presunción de inocencia e indubio pro reo

Tal y como establece la Sección 3ª de la AP de Murcia,

“...en cuanto a la falta de tasación pericial de los efectos sustraídos, como se expone reiteradamente por la doctrina constitucional, por todas la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, 196/2007, de 11 de septiembre...,”el derecho a la presunción de inocencia se configura,..., como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos”. Doctrina constitucional que la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 108/2009, de 11 de mayo... precisa en los siguientes extremos: “También hemos declarado constantemente que la prueba de cargo ha de estar referida a los elementos esenciales del delito objeto de condena, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva”. Considerada la anterior

⁵⁹ Sentencia de AP de La Rioja (Sección 1ª) de 17.07.2014, Nº 124/2014, Fundamento Jurídico Primero.

doctrina jurisprudencial y comprobada la ausencia de tasación pericial de los efectos sustraídos, el recurso debe ser estimado por este motivo pues la ausencia de una tasación pericial del valor de los efectos sustraídos, nunca debe ser interpretada en perjuicio del reo, a tenor del art. 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que dice que: “Cuando para la calificación del delito o de sus circunstancias fuere necesario estimar el valor de la cosa que hubiere sido su objeto o el importe del perjuicio causado o que hubiera podido causarse, el Juez oirá sobre ello al dueño o perjudicado, y acordará después el reconocimiento pericial en la forma determinada en el Capítulo VII de este mismo Título. El Secretario Judicial facilitará a los peritos nombrados las cosas y elementos directos de apreciación sobre que hubiere de recaer el informe. Si tales efectos no estuvieren a disposición del órgano judicial, el Secretario Judicial les suministrará los datos oportunos que se pudieren reunir, a fin de que, en tal caso, hagan la tasación y regulación de perjuicios de un modo prudente, con arreglos a los datos suministrados”. (Con su correlativo 778.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En el presente caso, nos encontramos con unos efectos sustraídos a un particular, respecto del cual, lo que se dice un cordón de oro, no obra en autos principio de prueba alguno que acredite su características, peso, posible deterioro por el uso...., por lo que no debió prescindirse en fase de instrucción de la práctica de la prueba de tasación pericial del efecto sustraído. Consecuentemente con lo anterior, y ante la duda del valor de los efectos sustraídos existentes, carente la causa de tasación pericial, en una interpretación conforme al “principio in dubio pro reo” cabe concluir que el valor de tales efectos no es superior a 400 euros, lo que repercute inmediatamente en la calificación jurídica de los hechos, debiendo, pues, el Sr. Avelino ser absuelto de delito de hurto y condenado por la falta correlativa del art. 623.1 del Código Penal...⁶⁰”.

BIBLIOGRAFÍA

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, De los Hurtos (artículo 514-516), en BARJA DE QUIROGA, Jacobo y RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (coordinadores), Código Penal Comentado (Madrid, 1990).
- GONZÁLEZ RUS, Juan, en CABO DEL ROSAL, Manuel (coordinador), Derecho Penal Español, Parte Especial (Madrid, 2004).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal, Parte Especial (Valencia, 2004).
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, Compendio de Derecho Penal (Madrid, 1958), tomo II.

⁶⁰ Sentencia de AP de Murcia (Sección 3ª) de 03.06.2014, Nº 260/2014, Fundamento Jurídico Segundo.

PÉREZ MANZANO, Mercedes, Hurto, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (director), Compendio de Derecho Penal, Volumen II (Madrid, 1998).

SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, Derecho Penal. Parte Especial (Madrid, 2006).

VIVES ANTÓN, Salvador y GONZÁLEZ CUSSAC, Luis, Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, en VIVES ANTÓN, Salvador (coordinador), Comentarios al Código Penal de 1995 (Valencia, 1996).