

Roj: STS 2497/2017 - **ECLI:**ES:TS:2017:2497

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 991

Nº de Recurso: 2264/2016

Nº de Resolución: 481/2017

Fecha de Resolución: 28/06/2017

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO

Tipo de Resolución: Sentencia

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal PLENO

Sentencia núm. 481/2017

Fecha de sentencia: 28/06/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Número del procedimiento: 2264/2016

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 27/04/2017

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, SECCIÓN SEXTA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: HPP Nota:

Resumen

- Interpretación restrictiva del art. 235.1.7º del C. Penal: la multirreincidencia como sustrato del subtipo hiperagravado de hurto en el C. Penal cuando los antecedentes penales son por delitos leves.

- El concepto de reincidencia que se acoge en la parte general del C. Penal (arts. 22.8ª y 66) ha de operar también cuando se trata de aplicar la multirreincidencia como supuesto específico de agravación en los subtipos de la parte especial, a no ser que el texto legal la excluya de forma expresa y específica.

RECURSO CASACION núm.: 2264/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal PLENO

Sentencia núm. 481/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Carlos Granados Pérez

D. Perfecto Andrés Ibáñez

D. Juan Saavedra Ruiz

D. Joaquín Giménez García

En Madrid, a 28 de junio de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2264/2016, interpuesto por el

Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, de fecha 11 de octubre de 2016. Ha sido parte recurrida D. Valentín representado por el procurador D. Miguel Zamora Bausa bajo la dirección letrada de D^a Carlota Lantarón Martín.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal 16 de Barcelona dictó en el procedimiento Abreviado 171/2016 seguido contra Valentín por delito de hurto sentencia de 20 de mayo de 2016 que fue apelada y lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Sexta en el rollo apelación penales rápido num. 118/2016 dictó sentencia en fecha 11 de octubre de 2016 con los siguientes antecedentes de hecho y hechos probados:

«Primero.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

"Fallo: Condenar a Valentín como autor criminalmente responsable de un delito de Hurto en grado de tentativa del art. 235.1.7 sin la concurrencia de circunstancia modificativa de responsabilidad penal a la pena de 8 meses de prisión con las accesorias legales."

Segundo.- Contra la anterior Sentencia se interpuso por la representación del condenado Recurso de Apelación que fue admitido a trámite, dándose traslado a las demás partes y siendo elevado a esta Sección de la Audiencia Provincial para su resolución.

El Ministerio Fiscal ha presentado el escrito que antecede oponiéndose al recurso.

Tercero.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las formalidades legales exigidas al efecto.

Hechos Probados

Se acepta la declaración de hechos probados contenida en la sentencia apelada, cuyo texto se reproduce a continuación, con el añadido que se resalta en negrita:

"Único. Se declara probado que Valentín, nacido en Bélgica el NUM000 de 1984 con tarjeta de identidad n^o NUM001 y con varios antecedentes penales por delitos de hurto como los siguientes:

sentencia firme de 14 de septiembre de 2013 dictada por el Juzgado de Instrucción n^o 4 de Barcelona (DU 94/2013) condenado a la pena de 37 días de prisión, pena que le fue suspendida por plazo de 2 años a contar desde el 21 de febrero de 2015 (ejecutoria n^o 2261/2013 del Juzgado de lo penal n^o 24 de Barcelona) sentencia firme de 2 de diciembre de 2015 dictada por Juzgado de Instrucción n^o 30 de Barcelona en causa n^o 1512/2015 (delito leve ordinario) condenado a la pena de 3 meses de multa sentencia firme de 15 de diciembre de 2015 dictada por el Juzgado de Instrucción n^o 16 de Barcelona (delito leve inmediato n^o 1375/2015) condenado a la pena de 29 días de multa sentencia firme de 15 de diciembre de 2015 dictada por el Juzgado de

Instrucción nº 16 de Barcelona (delito leve inmediato nº 1375/2015) condenado a 20 días de multa sentencia firme de 29 de diciembre de 2015 dictada por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Barcelona (delito leve ordinario nº 808/2015) condenado al apena de 20 días de multa sentencia firme de 17 de marzo de 2016 dictada por el Juzgado de Instrucción nº 24 de Barcelona (delito leve ordinario nº 1261/2015) condenado a la pena de 15 días de multa.

Sobre las 4:15 horas del día 26 de abril de 2016, acompañado por otro individuo menor de edad, se aproximó al turista danés Domingo que se encontraba caminando por Las Ramblas de Barcelona y animado por el propósito de beneficiarse ilícitamente con lo ajeno puesto de común acuerdo con el individuo menor comenzó a hablar al turista para distraer su atención mientras el menor aprovechando el descuido se hacía con el teléfono móvil de aquel que portaba en el bolsillo derecho del pantalón modelo Iphone 6 no logrando su propósito al percatarse la víctima de la maniobra y personarse en el lugar una dotación de la guardia urbana que estaba observando los hechos.

El teléfono móvil fue recuperado y entregado a su propietaria, sin que haya resultado probado que el valor del mismo, descontado el demérito por el uso, fuera superior a los 400 euros».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «Fallamos Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Valentín contra la Sentencia de fecha 20 de mayo de 2016 del Juzgado de lo Penal nº 16 de los de Barcelona, de que dimana el presente rollo, debemos revocar dicha resolución, condenando al acusado como autor de un delito intentado de hurto a la pena de tres meses de prisión en lugar de la de 8 meses allí impuesta, manteniendo la condena en costas de la sentencia de instancia y declarando de oficio las causadas en esta alzada, Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno. Devuélvase los Autos originales al Juzgado de su procedencia».

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal basa su recurso de casación en el motivo PRIMERO Y ÚNICO.- Por infracción de ley al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la indebida inaplicación del artículo 235.1 7º del Código Penal y correlativa indebida aplicación del artículo 234.1 del Código Penal.

QUINTO.- Instruidas las partes el Procurador Sr. Zamora Bausa en nombre y representación de Valentín impugnó el recurso del Ministerio Fiscal; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo -tras la celebración del referido Pleno Jurisdiccional el 27 de abril- bajo la Presidencia del primero de los magistrados reseñados. Las deliberaciones se prolongaron hasta el 15 de junio. Redactó la sentencia el magistrado ponente, Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR . El Juzgado de lo Penal nº 16 de Barcelona dictó en el procedimiento Abreviado 171/2016, seguido contra Valentín por delito leve de hurto, sentencia de 20 de mayo de 2016, en la que lo condenó como autor criminalmente responsable de un delito de hurto en grado de tentativa, del art. 235.1.7º del C. Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de 8 meses de prisión, con las accesorias legales.

La sentencia fue apelada, conociendo del recurso de apelación la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección Sexta dictó sentencia el 11 de octubre de 2016, en la que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Valentín, revocó la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 16 de Barcelona, y condenó al acusado como autor de un delito intentado de hurto a la pena de tres meses de prisión en lugar de la de 8 meses allí impuesta, manteniendo la condena en costas de la sentencia de instancia y declarando de oficio las causadas en esta alzada.

Esta sentencia fue recurrida a su vez en casación por el Ministerio Fiscal, recurso que es el objeto de esta sentencia, y al que se opuso la defensa del acusado.

PRIMERO. 1. En el único motivo que formula el Ministerio Fiscal invoca, con sustento procesal al amparo de lo establecido en el nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la indebida inaplicación del artículo 235.1 7º del Código Penal y correlativa indebida aplicación del artículo 234.1 del Código Penal.

Alega el Ministerio Fiscal que la sentencia 129/2016, de 20 de mayo, dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Penal núm. 16 de Barcelona, condenó a Valentín como autor de un delito de hurto en grado de tentativa previsto y penado en los artículos 234, 235.1.7º, 16 y 62 del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 8 meses de prisión, con las accesorias legales.

Interpuesto recurso de apelación contra dicha sentencia por la representación procesal del condenado, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia el 11 de octubre de 2016, que estimó parcialmente dicho recurso de apelación, y en la que, tras añadir a los hechos probados que el objeto sustraído "fue recuperado y entregado a sus propietarios, sin que haya resultado probado que el valor del mismo, descontado el demérito por el uso, fuera superior a los 400 euros", condenó a Valentín como autor de delito de hurto en grado de tentativa del artículo 234.1 del Código Penal, dejando por tanto sin aplicar la salvedad prevista en el artículo 234.2 y la agravación recogida en el artículo 235.1.7º del Código Penal, en virtud de una fundamentación que se opone tanto a la interpretación literal de dichos artículos como a su interpretación sociológica y teleológica, y aplicó indebidamente el artículo 234.1 del Código Penal.

Señala el Ministerio Fiscal que el objeto del presente motivo es impugnar por "error iuris" la referida revocación, al entender que, dados los hechos declarados probados en la sentencia de segunda instancia, que se respetan de forma absoluta en el recurso dada la vía casacional elegida del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede mantener la condena por delito de hurto en grado de tentativa, en la modalidad agravada del artículo 235.1 7º del Código Penal, dictada por el Juzgado de lo Penal. Y ello por cuanto el artículo 235.1 7º del Código Penal no distingue entre delito y delito leve cuando prevé una agravación de la pena para el

supuesto en que "al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este título".

Refiere la parte recurrente que en la sentencia del Juzgado de lo Penal se declaró probado que Valentín, nacido en Bélgica el NUM000de 1984, con tarjeta de identidad nº NUM001, y tiene varios antecedentes penales por delitos de hurto, reseñando en concreto los siguientes:

Sentencia firme de 14 de septiembre de 2013, dictada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Barcelona(DU 94/2013), en la que fue condenado a la pena de 37 días de prisión, pena que le fue suspendida por plazo de 2 años a contar desde el 21 de febrero de 2015 (ejecutoria nº 2261/2013 del Juzgado de lo penal nº 24 de Barcelona).Sentencia firme de 2 de diciembre de 2015 dictada por Juzgado de Instrucción nº 30 de Barcelona, en causa nº 1512/2015 (delito leve ordinario), en la que fue condenado a la pena de 3 meses de multa.Sentencia firme de 15 de diciembre de 2015 dictada por el Juzgado de Instrucción nº 16 de Barcelona(delito leve inmediato nº 1375/2015), en la que fue condenado a la pena de 29 días de multa.Sentencia firme de 15 de diciembre d 2015 dictada por el Juzgado de Instrucción nº 16 de Barcelona(delito leve inmediato nº 1375/2015), en la que fue condenado a la pena de 20 días de multa.Sentencia firme de 29 de diciembre de 2015 dictada por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Barcelona(delito leve ordinario nº 808/2015), en la que fue condenado a la pena de 20 días de multa.Sentencia firme de 17 de marzo de 2016 dictada por el Juzgado de Instrucción nº 24 de Barcelona(delito leve ordinario nº 1261/2015), en la que fue condenado a la pena de 15 días de multa.

En lo que respecta al "factum" de la sentencia recurrida, se afirma en él que, sobre las 4:15 horas del día 26 de abril de 2016, acompañado por otro individuo menor de edad, se aproximó al turista danés Domingo, que se encontraba caminando por Las Ramblas de Barcelona, y animado por el propósito de beneficiarse ilícitamente con lo ajeno, puesto de común acuerdo con el individuo menor comenzó a hablar al turista para distraer su atención, mientras el menor aprovechando el descuido se hacía con el teléfono móvil de aquél que portaba en el bolsillo derecho del pantalón modelo Iphone 6, no logrando

su propósito al percatarse la víctima de la maniobra y personarse en el lugar una dotación de la guardia urbana que estaba observando los hechos.

El teléfono móvil fue recuperado y entregado a su propietaria, sin que haya resultado probado que el valor del mismo, descontado el demérito por el uso, fuera superior a los 400 euros.

2. Argumenta el Ministerio Fiscal que no es admisible la condena por delito intentado del tipo básico del artículo 234.1 del Código Penal en tanto en cuanto la conducta del acusado declarada probada en la segunda instancia es subsumible en la modalidad agravada de hurto prevista y penada en el artículo 235.1.7º, por los siguientes fundamentos:

1º. En primer lugar, porque la propia dicción del artículo 235.1.7º del Código Penal, redactado por el número ciento quince del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1994, de 23 de noviembre del Código Penal, es clara al respecto, cuando establece, textualmente, que "El hurto será castigado con pena de prisión de uno a tres años (...): cuando al delinquir el culpable hubiera sido ejecutoriamente condenado al menos por tres delitos comprendidos en este Título. No

se tendrán en cuenta antecedentes penales cancelados o que debieran serlo".

Señala la acusación pública que la redacción del citado artículo no distingue entre delito de hurto previsto en el artículo 234.1 del Código Penal y delito leve de hurto previsto en el artículo 234.2 del Código Penal. Repárese en que el encabezamiento del artículo señala que "el hurto será castigado (...)", esto es, con abstracción de si el delito de hurto cometido fuera sobre objeto cuyo valor supera o no los 400 euros.

2º. Tampoco realiza dicha distinción al establecer el requisito de esa agravación, exigiendo que sean al menos "tres delitos comprendidos en éste Título", en el cual están incluidos tanto el delito de hurto del artículo 234.1 (delito menos grave) como el delito de hurto previsto en el artículo 234.2 (delito leve).

3º. El propio artículo 234.2 del Código Penal obliga a la aplicación del artículo 235.1.7º al establecer que "se impondrá una pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediere de 400 euros, salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235".

La redacción de los preceptos señalados no admite, según el Ministerio Fiscal, confusión alguna, de forma que basta la mera interpretación gramatical de los mismos para concluir que la modalidad agravada contenida en el artículo 235.1.7º del Código Penal se aplica tanto cuando el valor del objeto sustraído supera los 400 euros como cuando, como en el caso de autos, su valor es inferior a dicha suma. El valor del objeto sustraído es indiferente: cuando estemos ante la circunstancia de multirreincidencia descrita en el artículo 235.1.7º se aplicará la pena prevista en dicha disposición.

4º. A mayor abundamiento, aun cuando la interpretación gramatical es clara al respecto, cualquier duda que pudiera albergarse sobre los citados artículos, queda disipada con la lectura del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En su apartado XIV, el legislador expresa claramente cuál es su voluntad al introducir la modalidad agravada del hurto, ofreciendo la interpretación sociológica y teleológica de dicho precepto, esto es, el contexto social y el fin perseguido con la introducción de dicho artículo.

Sobre el particular, se recoge en el Preámbulo lo siguiente: « *La revisión de la regulación de los delitos contra la propiedad y el patrimonio tiene como objetivo esencial ofrecer respuesta a los problemas que plantea la multirreincidencia y la criminalidad grave. Con esta finalidad se suprime la falta de hurto, y se introduce un supuesto agravado aplicable a la delincuencia habitual. Los supuestos de menor gravedad, que anteriormente se sancionaban como falta, se regulan ahora como delitos leves; pero se excluye la consideración como leves de todos aquellos delitos en los que concurra alguna circunstancia de agravación -en particular, la comisión reiterada de delitos contra la propiedad y el patrimonio-. De este modo, se solucionan los problemas que planteaba la multirreincidencia: los delincuentes habituales anteriormente eran condenados por meras faltas, pero con esta modificación podrán ser condenados como autores de un tipo agravado castigado con penas de uno a tres años de prisión. En cualquier caso, por razones de seguridad Jurídica y de mayor precisión posible en la descripción penal, se mantiene el límite cuantitativo para una clara delimitación entre el nuevo delito leve de hurto y el tipo básico.* »

Por último, aduce el Ministerio Fiscal que, aun en el improbable caso de que se entendiera que dicha agravación no se aplica cuando el delito cometido es un delito

leve de hurto, los artículos 234 y 235 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, no permiten en ningún caso la interpretación ofrecida por el Tribunal de Apelación, según la cual, los hechos por sí mismos serían constitutivos de un delito leve de hurto que, sin embargo, deben penarse, dice el Tribunal, como un delito menos grave de hurto, previsto y penado en el artículo 234.1 del Código Penal.

En concreto, cuestiona como insostenible el argumento nuclear de la sentencia recurrida, en el que se dice que «a la hora de determinar la pena, la concurrencia de la agravante específica del art. 235.1.7º CP impide la imposición de la prevista (la pena) para el delito leve en el art. 234.2, debiendo acudir a la del tipo básico del apartado 1º, pero sin que pueda operar en este caso la mencionada agravante específica pues de lo contrario se produciría un evidente supuesto de "bis in idem inadmisibile", razón por la que impone una pena dentro de los límites de la mitad inferior de la prevista en el artículo 234.1 para el delito menos grave de hurto».

SEGUNDO . 1. Planteado en esos términos el recurso del Ministerio Fiscal, le asiste en parte la razón en lo que atañe a lo expuesto en los dos últimos párrafos del fundamento anterior. Sin embargo, como se verá, no puede asumirse el concepto de multirreincidencia que se utiliza en el recurso dado que la norma admite otras interpretaciones mucho más acordes con conceptos básicos y muy relevantes en el ámbito de nuestro sistema penal.

En el art. 234 del nuevo texto legal se admiten tres modalidades de hurto:

1) El tipo básico, previsto en el art. 234.1: « *El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excediese de 400 euros* ».

2) El tipo atenuado o delito leve, recogido en el art. 234.2: « *Se impondrá una pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediese de 400 euros, salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235* ».

3) Y el tipo agravado de hurto, regulado en el art. 234.3: « *Las penas establecidas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando en la comisión del hecho se hubieran neutralizado, eliminado o inutilizado, por cualquier medio, los dispositivos de alarma o seguridad instalados en las cosas sustraídas* ».

Al margen de las tres modalidades precedentes, se tipifican también en el art. 235 nueve modalidades de hurtos hiperagravados.

Pues bien, cuando la Sala de instancia afirma en el fundamento cuarto que «a la hora de determinar la pena, la concurrencia de la agravante específica del art. 235.1.7ª del CP impide la imposición de la prevista para el delito leve en el art. 234.2, debiendo acudir a la del tipo básico del apartado 1, pero sin que pueda operar en este caso la mencionada agravante específica pues de lo contrario se produciría un evidente supuesto de *bis in idem* inadmisibile», está operando con un argumento y con un concepto de principio del "non bis in ídem" que realmente se ignora, debido al laconismo con que concluye la frase y a la carencia de toda clase de explicación referente a la imposición de un doble castigo sin fundamento para ello.

2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional requiere para que concurra un

supuesto de *bis in ídem* en el plano sustantivo que sea castigado un sujeto dos veces por unos mismos hechos. Y a la hora de interpretar la expresión "unos mismos hechos", considera que se da este supuesto en los casos que concurre la identidad de sujeto, hecho y fundamento (SSTC 2/1981,154/1990,204/1996,177/1999,2/2003,180/2004,1/2009y77/2010).

En el caso enjuiciado es palmario que concurre un mismo sujeto activo del delito y también un mismo fundamento de condena, ya que en las sentencias en liza se condena por delitos leves de hurto, coincidiendo así la tutela de un mismo bien jurídico: el derecho de propiedad de las víctimas. Sin embargo, no puede decirse lo mismo con respecto a que se trate de una condena por los mismos hechos, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En efecto, en la conocida sentencia del TC 150/1991, de 4 de julio, en la que se examina la constitucionalidad de la agravante de reincidencia, argumenta el supremo intérprete de la norma constitucional que «del propio significado del " *non bis in ídem* " se desprende que la agravante de reincidencia del art. 10.15ª CP no conculca dicho principio constitucional. En efecto, la apreciación de la agravante de reincidencia

supone, como al principio se expuso, la obligatoriedad de tomarla en consideración, como cualquier otra agravante, para aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en el propio Código (art. 58 CP), y, más concretamente, para determinar el grado de aplicación de la pena prevista para el delito y, dentro de los límites de cada grado, fijar -discrecionalmente- la extensión de la pena. Es claro, en consecuencia, que con la apreciación agravante de reincidencia, ya se entienda que afecta al núcleo del delito o sólo a la modificación de la pena, no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores, por lo demás ya ejecutoriamente juzgados -art. 10.15ª CP- y con efectos de cosa juzgada (efectos que no se ven, pues, alterados), sino única y exclusivamente el hecho posterior».

Y prosigue diciendo que «En este sentido, es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que *han sido tenidos en cuenta* por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de reincidencia, por tanto, queda fuera de círculo propio de principio *non bis in ídem* ».

Ciertamente, esta doctrina ha sido muy cuestionada por importantes sectores doctrinales al entender que no es fácil compatibilizar la advertencia de que los hechos de las condenas precedentes "no vuelven a castigarse" con la afirmación de que "tan sólo han sido tenidos en cuenta". Sin embargo, lo cierto e incuestionable es que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional se ha consolidado en precedentes posteriores, quedando así excluida la tesis de que el hecho de que se tengan en cuenta las sentencias anteriores en la sentencia que aplica la reincidencia suponga una infracción del principio *non bis in ídem* .

Así pues, la mera aplicación de la agravante de reincidencia no implica de por sí incurrir en un *bis in ídem* . Con lo cual, si era esa la razón de la inaplicación del art.

235.1.7º del Tribunal de instancia -cuestión que tampoco ha quedado esclarecida-, no puede considerarse suficiente para inaplicar ese precepto y acudir a la aplicación del art. 234.1, subsunción que tampoco se explica en la sentencia recurrida.

3. Por lo tanto, a tenor de la jurisprudencia del TC, el legislador lo que hace realmente no es castigar dos veces por un mismo hecho, sino que agrava la pena por el nuevo hurto que se está juzgando y acude a imponer un tipo hiperagravado acudiendo sólo a los antecedentes penales del acusado. Es decir, el legislador opera en el tipo con un cuarto delito de hurto, con su correspondiente hecho, y para aplicar el tipo hiperagravado atiende al dato de tres condenas previas relativas a otros tantos delitos de hurto comprendidos dentro del mismo título.

Así se confirma con la lectura del nuevo art. 235.1.7º, que preceptúa lo siguiente: « *Cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo* ».

Pudiera ser que el Tribunal de instancia -hablando ahora en hipótesis, ya que nada dice- estuviera utilizando el argumento de que los hechos ya enjuiciados y condenados en procesos anteriores no pueden constituir la base de un tipo hiperagravado de hurto. Aunque ello pudiera ser una razón de peso para formular una crítica jurídica sobre el tipo penal, no parece factible inaplicar el tipo superagravado sin hacer una interpretación del principio *non bis in ídem* aplicable al caso, a tenor de los precedentes jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la agravante de reincidencia, agravante que consideró compatible con el texto constitucional. Visto lo cual, sólo cabía o plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la norma o exponer una interpretación del texto legal compatible con el principio de proporcionalidad punitiva y con el de " *non bis in ídem*" que se cita en la sentencia.

Sea como fuere, lo que resulta claro -y aquí sí tiene razón el Ministerio Fiscal- es que carece de una justificación razonable la opción seguida por la Audiencia de abandonar la aplicación del tipo atenuado de hurto leve (art. 234.2) y operar con el hurto básico del art. 234.1 por el hecho de que el acusado tuviera varios antecedentes penales por delito leve de hurto. No hay una explicación razonada que legitime esa nueva subsunción, a no ser el criterio pragmático de imponer con arreglo a una mera pauta de equidad una pena intermedia que no alcanzara la cuantía de la correspondiente a la extrema del tipo hiperagravado.

El hecho de saltar del tipo atenuado de hurto leve (art. 234.2 del C. Penal) al tipo básico de hurto menos grave (art. 234.1) carece de un sustento legal. Porque si la razón de esa agravación es la existencia de unos antecedentes penales que habrían de operar en el caso, la forma de hacerlo ya viene prevista en la ley. Lo que no cabe es aplicar un tipo intermedio en lugar del hiperagravado en virtud de una pauta equidad que elabora la Sala de instancia, acudiendo a otros tipos con el fin de evitar y solventar lo que se considera un problema generado por un posible *bis in ídem* .

Lo que sí resulta diáfano, al margen de que la postura adoptada carece de una legitimidad o justificación de base, es que el argumento que utiliza la Sala de instancia -«un evidente supuesto de *bis in ídem* inadmisibles»- se muestra muy expresivo y espontáneo, por cuanto viene a decirnos en unos términos rotundos y concluyentes que en el caso de aplicar el tipo hiperagravado por unos antecedentes penales relativos a delitos de hurto leves -antiguas faltas- estaríamos imponiendo una pena llamativamente desproporcionada.

TERCERO . 1. El hecho de que por tres condenas anteriores por delitos leves de hurto se pueda aplicar un tipo hiperagravado que permita convertir una multa máxima de tres meses en una pena de prisión que puede alcanzar hasta los tres años, con un suelo de un año, resulta sustancialmente desproporcionado. De ahí que no sorprenda la expresiva respuesta de la Audiencia tratando de huir del tipo hiperagravado para acabar asentándose en el tipo básico de hurto menos grave. Pues el legislador no transforma punitivamente el tipo atenuado (art. 234.2) en un tipo básico de hurto (art. 234.1), sino que se salta este escalón intermedio y nos ubica directamente en las modalidades hiperagravadas (art. 235).

Podrían aportarse algunos ejemplos sobre las consecuencias que ello entraña en la práctica jurisdiccional, sin embargo, una de ellas puede resultar muy ilustrativa. Con ese sistema de punición tendrían asignado un mismo marco punitivo un hurto de un cuadro de un pintor clásico del máximo valor que la sustracción de cuatro carteras que no contuvieran más que, por ejemplo, 50 euros cada una.

Sin embargo, lo más controvertido y distorsionador del nuevo sistema de penas previsto para esta clase de delitos es que utiliza la reincidencia como único soporte para configurar un tipo hiperagravado, al no contar con un nuevo supuesto conductual que legitime la agravación cualificada. Si nos fijamos en los restantes tipos agravados del art. 235 del C. Penal, se puede apreciar que todos ellos, en mayor o menor medida, contienen nuevos hechos que constituyen la base típica de la hiperagravación. No así en cambio el nº 7, toda vez que éste se estructura sobre la única base de hechos anteriores que ya han sido penados, pese a lo cual, una vez reconvertidos en antecedentes penales, operan de nuevo para integrar el supuesto específico del subtipo que dispara la pena de multa correspondiente a un delito leve de hurto,

llevándola a una pena de prisión que puede alcanzar un techo de tres años (art. 235.1.7º).

A este respecto, es útil ponderar que cuando la LO 11/2003 estableció que la comisión de cuatro faltas de hurto en un mismo año por un importe de superior en total a los 400 euros (a partir del año 2010 se redujo el número de faltas a tres) se castigaría como un delito de hurto, se consideró que ello suponía un salto cualitativo que poco tenía que ver con el *bis in idem* que se atribuía a la agravante de reincidencia. Y ello a pesar de que no se trataba de tres faltas que habían sido objeto de condena, sino de acciones punibles como faltas que todavía no habían sido condenadas.

Pues bien, ahora los tres delitos leves previos son objeto cada uno de una condena anterior y a mayores se vuelven a computar para integrar un subtipo hiperagravado que poco tiene que ver con la aplicación de la pena en la mitad superior propia de la reincidencia. Sino que se establece un subtipo hiperagravado cuya base fáctica aparece integrada sólo por hechos que ya han sido objeto de condena. Es decir, que la esencia y el núcleo del subtipo son los antecedentes penales relativos a hechos ya castigados.

La doctrina ha remarcado en reiteradas ocasiones que el hecho en sí por el que es condenado el reincidente no presenta un mayor contenido de injusto que el hecho del no reincidente. A partir de esta premisa, se ha desplazado la justificación de la pena impuesta al reincidente al ámbito de la culpabilidad. Sin embargo, no es fácil vincular en estos casos la mayor culpabilidad con el injusto del hecho, sino más bien

con la culpabilidad de la forma de vida evidenciada con sus conductas anteriores ya penalizadas. Se traslada así el ámbito de la culpabilidad fuera del injusto concreto perpetrado por el autor y se retrotrae a conductas punibles anteriores, merced a las cuales se acaba incrementando la pena del reincidente más bien por razones relacionadas con su personalidad peligrosa que por la reprochabilidad atribuible al grado de ilicitud que se reflejó en la conducta concreta enjuiciada en el caso.

Situados en el terreno propio de la peligrosidad del autor más que en el de la culpabilidad por el hecho concreto cometido, la doctrina, tanto con anterioridad a la reforma del Código Penal de 2015 como con posterioridad a ésta, ha cuestionado la exasperación punitiva con base en la multirreincidencia, incidiendo en que la habitualidad/profesionalidad plasmada en la comisión de delitos y la peligrosidad criminal que tales conductas revelan, han de solventarse con medidas de seguridad y de terapia social orientadas a la rehabilitación y reinserción del delincuente habitual, en lugar de acudir a la severidad punitiva.

2. Es conocida la **jurisprudencia de esta Sala** que en los años noventa cuestionó la agravación de la pena por el mero hecho de que concurriera un supuesto de reincidencia sin tener en consideración que la nueva pena no rebasara la culpabilidad por el hecho cometido. En esa línea llegó a afirmar esta Sala de casación de forma reiterada que los tribunales no pueden superar en la determinación de la pena en ningún caso el límite de la que resulte adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho cometido (SSTS 6 de junio de 1990, 5 de julio de 1991 y 5 de febrero de 1993, sin olvidar otras en la misma línea: 15-10-1990, 5 y 26-12-1990, 18-1 y 30-4-1991). Con cuya advertencia a la culpabilidad por el hecho se pretendía amortiguar los efectos excesivos de la agravante de reincidencia al individualizar la pena en los casos en que el hecho punible no alcanzaba un grado de ilicitud que legitimara la exacerbación punitiva, evitando así operar en el caso concreto con un sistema de aplicación automática de la agravante.

El Tribunal Constitucional, en la ya citada sentencia 150/1991, de 4 de julio, advirtió que "la Constitución Española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal", y añadió a continuación que "no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos". Aunque lo cierto es que no excluyó ni objetó en su sentencia la aplicación de la agravante de reincidencia en nuestro sistema constitucional, sino que afirmó que la agravante de reincidencia no es contraria a los arts. 9.3, 25.1 y 2, 14, 15.1 de la Constitución, considerándola así compatible con la norma constitucional. De hecho, esta Sala la ha seguido aplicando con habitualidad y el legislador ha seguido operando con ella en las últimas reformas legislativas, hasta el punto, como se ha visto, de llegar a establecer tipos hiperagravados que no describen nuevos hechos sino sólo una pluralidad de antecedentes penales.

Con respecto a las cuestiones que suscita el derecho penal de autor en relación con la agravante de reincidencia, es conveniente traer a colación la controversia surgida con motivo del debate parlamentario previo a la reforma que ahora se examina, al introducir en los textos prelegislativos la agravante de "profesionalidad" en lugar de la agravación mediante la multirreincidencia. El debate se zanjó acudiendo a una enmienda transaccional mediante la que se excluyó el concepto y el término "profesionalidad", al estimarse que su aplicación sería contraria a un derecho penal basado en el concepto de culpabilidad que opera en los sistemas de nuestro ámbito cultural.

Se trata de un dato muy significativo por cuanto acredita que los proyectos que se esbozaron en los trabajos prelegislativos tuvieron que hurgar para conseguir sus objetivos en los puntos más frágiles y sensibles de los principios básicos del sistema penal. Y ello a pesar de que en las sentencias del TC 59/2008 y 185/2014 se volvió a incidir en que la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal, vinculándolo con arts. 10, 24 y 25 de la norma suprema.

Todo ello no pone en absoluto en cuestión que el juicio de proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general en relación a un hecho punible, es competencia del legislador, en función de los objetivos de política criminal que adopte dentro del respeto a los derechos fundamentales de la persona en un Estado social y democrático de Derecho, como el que la Constitución consagra en su art. 1.1.

Así lo ha establecido de forma clara el Tribunal Constitucional, entre otras, en la sentencia ya reseñada 150/1991, de 4 de julio. En ella especificó que *« el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella (STC 65/1986 , antes citada); lo que no cabe extraer, en todo caso y necesariamente, de la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia, ya que ésta ha de ser tomada en cuenta por los Tribunales únicamente dentro de unos límites fijados por cada tipo penal concreto y su respectiva sanción: es decir, para determinar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena. Por tanto, no cabe apreciar, desde esta perspectiva, la inconstitucionalidad del art. 10.15 CP ».*

Sin embargo, esto no debe entrañar que los tribunales, en el ejercicio de su labor de interpretación en la aplicación de un precepto, en aquellos supuestos en que una norma en una de sus interpretaciones aboque a un significado que nos sitúe al borde de los límites de la proporcionalidad punitiva, dejen de optar por una interpretación plausible que propicie un entendimiento del precepto más acorde con el principio de proporcionalidad.

Esa opción de carácter hermenéutico es la que, a fin de cuentas, propugnan algunas sentencias del Tribunal Constitucional cuando sugieren a los jueces que plantean cuestiones de inconstitucionalidad que lo correcto en el caso es acudir a dictar sentencias interpretativas acordes con los valores y principios constitucionales, siempre, claro está, que la norma permita interpretaciones que, aun no siendo las más conformes a los términos gramaticales de un precepto, si resultan factibles dentro de su campo semántico.

Y como muestra de ello pueden citarse las sentencias del TC 185/2014, 203/2014, 205/2014, 206/2014, 3 y 4/2015, en las que con motivo del planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad relativas precisamente a un precepto que contemplaba un supuesto de multirreincidencia, si bien desde una perspectiva diferente a la que ahora se trata, indicó al magistrado que planteó la cuestión que la resolviera por la vía de una sentencia interpretativa que permitiera solventar las deficiencias gramaticales de la norma sin necesidad de acudir a la

solución drástica de anular un precepto por razones de inconstitucionalidad (en concreto elart. 623.1 del C. Penal, según la redacción de LO 5/2010).

En esas sentencias el Tribunal Constitucional, conforme a una doctrina reiterada que resume laSTC 189/2013, de 7 de noviembre, subraya que «siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme con ella, debe admitirse la primera con arreglo a un criterio hermenéutico reiteradas veces aplicado por este Tribunal». Este criterio, que constituye ya doctrina consolidada, se desarrolla igualmente en laSTC 93/1984, cuyo F. 5 señala que «es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan sólo la derogación de aquéllos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación». No obstante, la salvaguarda del principio de conservación de la norma encuentra su límite en las interpretaciones respetuosas tanto de la literalidad de la norma cuestionada como del contenido del mandato incorporado en la norma examinada. Como también se apunta en laSTC 189/2013, se erige en parámetro hermenéutico el que la interpretación conforme se pueda deducir "de modo natural y no forzado" del tenor literal del precepto, sin afectación de la seguridad jurídica (por todas, SSTC 176/1999, de 30 de septiembre; 74/2000, de 16 de marzo; o 56/2004, de 21 de septiembre).

Y también establece el Tribunal Constitucional en las referidas sentencias que la interpretación literal es un mero punto de partida, imprescindible, sí, pero necesitado de la colaboración de otros criterios hermenéuticos que vengan a corroborar o corregir los resultados de un puro entendimiento literal de las normas según el sentido propio de sus palabras (por todas, STC 84/2014, de 29 de mayo). Esas pautas vienen dadas por los criterios interpretativos al uso en la comunidad científica y por los principios limitadores del ejercicio del *ius puniendi* (pautas que, conforme a nuestra jurisprudencia, han de presidir la interpretación conforme a la Constitución de toda norma penal; por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio; 189/1998, de 28 de septiembre; 42/1999, de 22 de marzo; 170/2002, de 30 de septiembre; 13/2003, de 28 de enero; y 24/2004, de 24 de febrero).

CUARTO . 1. Partiendo de las orientaciones y parámetros que se han expuesto en los fundamentos precedentes, y centrados ya en la interpretación de los arts. 234y235 del C. Penal, conviene comenzar diciendo que el Ministerio Fiscal plantea su recurso obviando el tratamiento sistemático de la multirreincidencia en el Código Penal después de la última reforma. De modo que centra sus criterios interpretativos únicamente en los arts. 234y235 del C. Penal sin ponerlos en relación con el concepto de reincidencia que acoge en la agravante del art. 22.8º del C. Penal, ni tampoco con las reglas de medición de la pena que prevé el art. 66 del texto legal.

El art. 22.8º establece que « *Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código , siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves* ».

Pues bien, si éste es el concepto de reincidencia y en él se excluye el cómputo de los delitos leves para apreciarla, no parece razonable hablar de multirreincidencia excluyendo el concepto básico de la parte general del Código de lo que debe entenderse por reincidencia.

Si el legislador parte del principio general previo de que la escasa entidad de

ilicitud que albergan los delitos leves impide que operen para incrementar las condenas del resto de los delitos, no parece coherente abandonar esa delimitación del concepto de reincidencia que se formula en la parte general del Código para exasperar la pena de un delito leve hasta el punto de convertirlo en un tipo penal hiperagravado (art. 235.1.7º), saltándose incluso el tipo penal intermedio o básico previsto en el art. 234.1 del C. Penal.

Esa interpretación conduce a considerar que lo que ni siquiera opera en delitos graves como mera agravante sí opera en delitos nimios de forma hiperagravada, exacerbando la pena de multa hasta una posible privación de libertad de tres años de prisión.

Es cierto que en el art. 66.1.5ª del C. Penal también se prevé una agravante de multirreincidencia de forma genérica, al disponer el precepto que « *Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo* ».

Sin embargo, esta norma presenta un grado de discrecionalidad en su aplicación muy importante, y además la exacerbación de la pena no tiene nada que ver con el salto cualitativo que se produce en el art. 234 si se interpreta en el sentido que postula el recurso de la acusación pública.

Y en segundo lugar, el apartado 2 del art. 66 excluye de la aplicación de la norma los delitos leves.

2. Así las cosas, para interpretar los arts. 234 y 235 del C. Penal en un sentido que resulte congruente el **concepto de multirreincidencia** con el concepto básico de reincidencia y que se respete al mismo tiempo el principio de proporcionalidad de la pena, ha de entenderse que cuando el texto legal se refiere a tres condenas anteriores éstas han de ser por delitos menos graves o graves, y no por delitos leves. Y ello porque ése es el criterio coherente y acorde con el concepto básico de reincidencia que recoge el Código Penal en su parte general, y porque, además, en ningún momento se afirma de forma específica en los arts. 234 y 235 que las condenas anteriores comprendan las correspondientes a los delitos leves.

Frente a ello se puede contraponer que en el art. 235.1.7º se afirma que la multirreincidencia está referida a delitos " *comprendidos en este título* ", sin hacer ninguna distinción sobre delitos leves y menos graves. Sin embargo, esa forma genérica de expresarse el legislador, unida a la interpretación literal de la misma que se hace en el recurso, genera, al margen de otros efectos, una notable desigualdad al asignar un mismo marco punitivo al acusado que comete un delito leve que al

que comete un delito menos grave cuando ambos tienen antecedentes por tres delitos leves.

Además, ese giro lingüístico que se literaliza al máximo en el escrito de recurso también es utilizado en la superagravante genérica del art. 66.1.5ª del C. Penal ("comprendidos en el mismo título"), que fue establecida en la reforma legal de

29 de septiembre de 2003. Sin embargo, no operan en esos casos las condenas por delitos leves de la misma naturaleza para activar la aplicación de esa agravante de multirreincidencia, al quedar excluidos en el apartado 2 del precepto de las reglas prescritas en el apartado 1 cuando se trata delitos leves, y dado que ha de ponerse en relación el art. 66 con el art. 22.8ª del mismo texto legal.

A mayores, también pueden traerse a colación las exorbitantes consecuencias punitivas de esa interpretación en otros delitos contra el patrimonio a los que se le aplica el mismo sistema de crear un tipo hiperagravado de multirreincidencia específica. Por ejemplo, el caso de los delitos leves de estafa, cuando la cuantía defraudada no rebasa los 400 euros, supuesto en que el Código impone una pena de multa máxima de tres meses (art. 249 del C. Penal). Sin embargo, en el caso de que concurren tres condenas precedentes por tres delitos leves de estafa (las antiguas faltas), la pena máxima de tres meses de multa podría convertirse, siguiendo la opción hermenéutica del recurso, en el caso de cometer un cuarto delito leve en una pena con un techo de hasta 6 años de prisión, además de una pena de multa. Es decir, una pena máxima de multa de tres meses se transformaría en un nuevo marco penal que tendría un techo de nada menos que 6 años de prisión y una multa de hasta doce meses.

Ante un salto punitivo de tal calibre todavía se muestra más necesaria y razonable una interpretación como la anteriormente referida, centrada en que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 22.8ª del C.

Penal, sólo operen los antecedentes penales relativos a condenas cuando menos por delitos menos graves.

A todo ello podría añadirse como argumento complementario y secundario, de una entidad menor y más tangencial por su singularidad, que si siempre las faltas - actualmente reconvertidas en delitos leves- ocuparon por razones de grado de ilicitud un libro aparte dentro del C. Penal hasta la última reforma de 2015, el hecho de que ahora hayan pasado a integrarse dentro de un mismo libro, título y capítulo no permite obviar que el grado de ilicitud carezca de toda relevancia a la hora de poder igualarlas cuando el legislador no lo dice de forma específica y expresa en la parte especial. Es más, el apartado 2 del art. 66 del C. Penal otorga unas connotaciones de especial naturaleza a los delitos leves al excluirlos, junto con los delitos imprudentes, de las normas generales de aplicación de las penas.

Por consiguiente, ha de entenderse que la interpretación de los arts 234y235 del C. Penal que permite acoger un sentido de la norma que resulte más restrictiva y acorde con el concepto legal de reincidencia y con las consecuencias punitivas que conlleva la multirreincidencia es el de que, hasta que no se diga de forma específica y expresa en las referidas normas, no pueden operar en la multirreincidencia los antecedentes penales por delitos leves.

Es cierto que el Tribunal Constitucional ha acogido en sus sentencias la constitucionalidad de la reincidencia, si bien con alguna cautela cuando se trata de principios constitucionales relacionados con el elemento de la culpabilidad, sobre todo al tratar de los principios de proporcionalidad y del *non bis in idem* . Ahora bien, es importante no olvidar que esa jurisprudencia estaba referida siempre a la agravante genérica de reincidencia y no a la configuración de subtipos penales hiperagravados, en los que se produce un salto punitivo de tal entidad que se permitiría al juzgador convertir una condena de pena de multa en otra de pena privativa de libertad que tiene un techo de tres años y en otros casos de hasta de seis años de prisión.

Es evidente, como ya se anticipó, que corresponde al legislador establecer la cuantía de las penas en cada uno de los tipos delictivos al ostentar la legitimidad de base para fijar las pautas de la política criminal en nuestro país. Y también es razonable y elogiable su preocupación por ciertos delitos que, no alcanzando un alto grado de ilicitud al contemplarlos desde una perspectiva individualizada, sí acaban afectando por su reiteración a la ciudadanía y generando cierta alarma social.

Ahora bien, dentro del marco punitivo que establece el legislador, los tribunales, atendiendo a la redacción de la norma y a los principios constitucionales que han de guiar de forma primordial el significado de los preceptos penales, han de acudir cuando concurren interpretaciones en conflicto a seleccionar la que concilie en mayor medida los principios y valores constitucionales con las descripciones y connotaciones que se desprenden del texto legal, tanto desde una dimensión de cada precepto como del conjunto sistemático del Código. Especialmente cuando afloran contradicciones internas tanto de índole textual como sobre todo axiológicas, tal como se ha venido exponiendo en los fundamentos precedentes.

Resumiendo, pues, los razonamientos expuestos en los fundamentos precedentes, puede afirmarse que al reconocer el propio legislador el escaso grado de ilicitud del delito leve de hurto dada la pena de multa que le asigna, su agravación hipercualificada sobre el único soporte de otros delitos leves ya condenados nos sitúa en un terreno muy próximo a la infracción del principio de proporcionalidad de las penas e incluso cercano a la vulneración del principio *non bis in ídem*. A ello ha de sumarse la unilaterización en que puede incurrirse en orden a la operatividad de los fines de la pena, al centrarse la nueva pena hiperagravada en el fin de la prevención general positiva (aminorar la alarma social y generar la confianza en la vigencia de la norma), vaciando prácticamente de contenido el fin de la prevención especial, al mismo tiempo que se debilita sustancialmente la eficacia del principio de culpabilidad como freno a los excesos punitivos cuando se pone en relación con la ilicitud concreta del hecho que se juzga.

Los referidos argumentos y otros que se exponen en el curso de la sentencia son los que nos llevan a respetar el concepto de reincidencia que se prevé en la parte general del C. Penal, y que no resulta excluido de forma específica y singularizada en los arts. 234 y 235 del C. Penal. Tal opción no excluye tampoco la aplicación de la multirreincidencia del art. 235.1.7ª del C. Penal en los supuestos en que los antecedentes penales sean por delitos menos graves de hurto, resultando así una interpretación de la norma que resulta más restringida y acorde con los principios constitucionales que se han ido citando en el cuerpo de esta resolución.

QUINTO . En consonancia con lo argumentado, procede estimar el recurso de casación, aplicando el principio de legalidad penal, y condenar al acusado como autor de un delito leve de hurto en grado de tentativa, en los términos que se expondrán en la segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 LECr.).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley interpuesto por

el **Ministerio Fiscal** contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, de 11 de octubre de 2016, que estimó parcialmente el recurso de Valentín contra la sentencia dictada por la Magistrada del Juzgado de lo Penal nº 16 de Barcelona, el 20 de mayo de 2016, y modificó la condena del recurrente como autor de un delito agravado de hurto y lo condenó como autor de un delito de hurto menos grave en grado de tentativa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, sentencia que queda así anulada.

Se declaran de oficio las costas de esta instancia.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar

José Ramón Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

Francisco Monterde Ferrer Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral García

Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde

Carlos Granados Pérez Perfecto Andrés Ibáñez

Juan Saavedra Ruiz Joaquín Giménez García

Encabezamiento

RECURSO CASACION núm.: 2264/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal PLENO

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar
D. José Ramón Soriano Soriano
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Luciano Varela Castro
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Antonio del Moral García
D. Andrés Palomo Del Arco
D^a. Ana María Ferrer García
D. Pablo Llarena Conde
D. Carlos Granados Pérez
D. Perfecto Andrés Ibáñez
D. Juan Saavedra Ruiz
D. Joaquín Giménez García

En Madrid, a 28 de junio de 2017.

Esta sala ha visto el Recurso de Casación 2264/2016 interpuesto contra la sentencia dictada en el Rollo de Apelación 118/2016 por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta en fecha 11 de octubre de 2016, dimanante del Juzgado de lo Penal num. 16 de Barcelona que dictó sentencia en el Procedimiento Abreviado 171/2016 de fecha 20 de mayo de 2016 condenando a Valentín, nacido en Bélgica, el NUM000de 1984, hijo de Juan Luis y Remedios, con tarjeta de identidad nº NUM001 que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A tenor de lo expuesto en la sentencia de casación, se reduce la condena impuesta al acusado por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, y se le condena como autor de un delito leve de hurto en grado de tentativa, a la pena de 29 días de multa, con una cuota diaria de 6 euros, y una

responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas que dejare de satisfacer.

Se acoge así formalmente el recurso de casación del Ministerio Fiscal, no así materialmente, toda vez que con arreglo al principio de legalidad penal el tipo imponible es el de hurto leve (art. 234.2 del C. Penal, en relación con los arts. 16.1 y 62), tal como se explica en la primera sentencia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Modificar la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona en el sentido de condenar al **acusado Valentín como autor de un delito leve de hurto en grado de tentativa**, a la pena de 29 días de multa, con una cuota diaria de 6 euros, y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas que dejare de satisfacer.

Mantener el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar

José Ramón Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Francisco Monterde Ferrer Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral García

Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde

Carlos Granados Pérez Perfecto Andrés Ibáñez

Juan Saavedra Ruiz Joaquín Giménez García

Voto particular

QUE FORMULA EL MAGISTRADO, EXCMO. SR. **D. Pablo Llarena Conde, EN LA SENTENCIA QUE RESUELVE EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 2264/2016, AL QUE SE ADHIEREN LOS EXCMOS. SRES. MAGISTRADOS D. Julián Sánchez Melgar, D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, D. Antonio del Moral García, D. Carlos Granados Pérez y D. Juan Saavedra Ruiz.**

PRIMERO.- Con el mayor respeto para los Magistrados que con su voto mayoritario han dado lugar a la Sentencia dictada en este recurso de casación, y haciendo uso del derecho establecido en el art. 260.1 de la LOPJ, expreso en este voto particular mi disentimiento de la misma, tal como expuse en su deliberación, dando así

publicidad a la posición personal que articulé sin éxito en aquel momento.

No puedo sino compartir con la Sala la conclusión de que la proscripción del *bis in ídem* no permite aplicar el artículo 234.1 del Código Penal al caso enjuiciado, en la forma en que lo ha hecho la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona. Precisamente porque ejercía la jurisdicción en ese Tribunal cuando fui promovido al órgano de casación en el que ahora desempeño, conozco el ejemplar rigor jurídico de sus integrantes y la sutil inquietud por lo justo que conduce cada una de sus decisiones, lo que no impide que entienda que la complejidad de la cuestión debatida se ha saldado (seguramente por la pauta de equidad que expresa la Sala en la parte final del FJ 2º de esta Sentencia), con un abandono de la aplicación del tipo atenuado de hurto leve del artículo 242.2 del Código Penal, ante la reiteración delictiva, así como con una indebida inaplicación del tipo agravado del artículo 235.1.7 del mismo texto legal, ante la exasperación de pena que comporta la preexistencia de los antecedentes penales que presenta el acusado, y buscando sancionar la conducta desde una posición intermedia, esto es, como un hurto básico del artículo 234.1 del Código Penal, que exigiría, sin embargo, que la acción recayera sobre bienes muebles que tuvieran un valor superior a los 400 euros, así como que se ejecutara por quienes no cuentan con los antecedentes penales que presenta el acusado.

Esta Sala de casación reconoce en su Sentencia que la regulación que se ha dado al delito de hurto con ocasión de la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, expresa con claridad las modalidades delictivas que hoy se contemplan. El segundo de sus *fundamentos jurídicos* recuerda que el legislador ha previsto: a) Un tipo básico de hurto, cuando se tomen cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño y la cuantía de los sustraídos exceda de 400 euros (art. 234.1 del CP); b) Un tipo atenuado, que tiene la consideración de delito leve, cuando esta misma acción se proyecte sobre bienes muebles cuyo valor no sobrepase los 400 euros (art. 234.2 del CP); c) Una agravación específica para ambas conductas, cuando en la comisión del hecho se hubieren neutralizado, eliminado o inutilizado, los dispositivos de alarma o seguridad instalados en las cosas sustraídas (art. 234.3 del Código Penal) y d) Nueve modalidades agravadas (hiperagravadas a la denominación de la sentencia del Pleno), descritas en el artículo 235.1 CP.

Y esta claridad normativa se aprecia también en la cuestión que analizamos. Entre las modalidades agravadas que se contemplan en el artículo 235 del Código Penal, para las que se prevé una pena de prisión por tiempo de uno a tres años, se encuentra la que hace referencia a que "*al delinquir, el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza*" (art. 235.1.7º). La previsión normativa es transparente en su significación, pese a lo cual, el legislador ha subrayado su alcance al expresar, en el punto XIV de la exposición de motivos de la Ley de reforma, que los hurtos de menor gravedad [los de cuantía de hasta 400 euros], "*...que anteriormente se sancionaban como falta, se regulan ahora como delitos leves; pero se excluye la consideración como leves de todos aquellos delitos en los que concurra alguna circunstancia de agravación -en particular, la comisión reiterada de delitos contra la propiedad y el patrimonio-. De este modo, se solucionan los problemas que planteaba la multirreincidencia: los delincuentes habituales anteriormente eran condenados por meras faltas, pero con esta modificación podrán ser condenados como autores de un tipo agravado castigado con penas de uno a tres años de prisión*".

Pese a la claridad de la tipificación (que, a mi juicio, se aplicó acertadamente por la Juez de lo Penal que conoció del asunto en primera instancia), la sentencia

casacional aborda una interpretación del artículo 235.1.7 del Código Penal, atribuyendo finalmente a la norma, un alcance bien diferente del que recoge y explica el legislador.

Obviamente, la labor interpretativa desplegada por la Sala, no descansa en la oscuridad de la norma o en la difusa expresión de su ámbito de aplicación material. Ni siquiera se invoca que la lectura del precepto que realiza la exposición de motivos, o la que realiza la sentencia de instancia, puedan ser contrarias a la constitución. Lo que impulsa la interpretación del precepto (y expresamente se dice en el fundamento jurídico tercero de esta Sentencia) es que el método de corrección punitiva establecido por el legislador para estas conductas, es *desproporcionado, controvertido y distorsionador*.

De este modo, la función interpretativa desplegada por la Sala, más que adecuar la norma a los principios constitucionales, es abrogante de una parte de su contenido; y lo hace sin otro respaldo que la misma pauta de equidad con la que se tacha la argumentación de la Audiencia de Barcelona, pero sin recurrir al instrumento que el legislador ofrece al Tribunal en el artículo 4.3 del Código Penal.

Tras centrar el objeto del recurso en el fundamento primero y expresar después los motivos por los que se desautoriza la solución jurídica plasmada en la sentencia de apelación, la Sala arranca su *fundamento tercero* proclamando sin ambages que " *El hecho de que por tres condenas anteriores por delitos leves de hurto, se pueda aplicar un tipo hiperagravado que permita convertir una multa máxima de tres meses, en una pena de prisión que puede alcanzar hasta los tres años, con un suelo de un año, resulta sustancialmente desproporcionado. De ahí que no sorprenda la expresiva respuesta de la Audiencia tratando de huir del tipo hiperagravado para acabar asentándose en el tipo básico de hurto menos grave. Pues el legislador no transforma punitivamente el tipo atenuado (art. 234.2) en un tipo de hurto (art. 234.1), sino que se salta este escalón intermedio y nos ubica directamente en las modalidades hiperagravadas (art. 235).*

SEGUNDO.- Son diversos los fundamentos de los que la Sala extrae la conveniencia de una interpretación *correctora* 1. En primer término, expresa el enfrentamiento de la norma con el principio de culpabilidad, pues afirma que el tipo agravado descansa en la peligrosidad del autor y no en la culpabilidad por el hecho concreto cometido.

La objeción no sólo se puede proclamar de quienes han sido condenados por varios hurtos leves, sino también de los que han reincidido en la comisión de cuatro hurtos menos graves, sin que se exprese ninguna razón por la que el principio de culpabilidad deba proyectar efectos en aquel supuesto y no en este.

En todo caso, debe traerse a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1991, de 4 de julio (en el mismo sentido la STC 152/1992, de 19 de octubre) que, refiriéndose a la repercusión que a través de la agravante de reincidencia, podía tener la comisión pasada de un delito, en la pena correspondiente a la comisión de una nueva infracción penal, indicó expresamente que la Constitución consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal " *de autor*" que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos (SSTC 65/1986 y 14/1988); si bien añadía que el principio de culpabilidad puede ser entendido de muy diversas formas, por lo que, en consecuencia, su constitucionalidad no viene influida por aquellas concepciones

dogmáticas que rechazan que la punición contemple la peligrosidad del reincidente. Lo expuesto por el Tribunal, muestra que es posible integrar en la culpabilidad que orienta la punición, además de la capacidad del sujeto activo de motivarse en sus comportamientos por los mandatos y prohibiciones normativas, el conocimiento que tenga de la antijuricidad del hecho cometido.

2. Se expresa también que la norma analizada compromete el principio de igualdad. La sentencia reprocha que se asigne un mismo marco punitivo al acusado que comete un delito leve de hurto, que al acusado que perpetra un delito menos grave, cuando ambos tengan antecedentes penales por tres delitos leves.

Es doctrina pacífica del Tribunal Constitucional, que el principio de igualdad, impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable y resulte desproporcionada en relación con dicha justificación (SSTC 22/1981,209/1987,117/1998o39/2002, entre muchas otras). También ha expresado, que la desigualdad por indiferenciación, no está protegida constitucionalmente, de manera que el artículo 14 de la CE, no proclama el derecho a la desigualdad de trato, ni existe en consecuencia un derecho a un trato normativo desigual (STC 183/2014, de 6 de noviembre;38/2014, de 11 de marzo 198/2012, de 6 de noviembre). Como expresaré, considero que el artículo 235.1.7 recoge una previsión punitiva semejante para ambos supuestos, precisamente por la simetría de las circunstancias que justifican la agravación para unos y otros. Y ello, sin perjuicio de que tampoco el trato que se dispensa es el mismo, pues por más que les sea aplicable el artículo 235.1.7, se atribuye a los jueces un amplio marco punitivo desde el que abordar la individualización de la pena al caso concreto y se han introducido nuevas normas reguladoras de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, que marcan una reacción penal diferente entre ambos supuestos.

3. Por último, considera la sentencia que una interpretación hermenéutica de la reincidencia y de la multirreincidencia, permite apreciar la desproporción con que se ha configurado el subtipo agravado del artículo 235.1.7 del Código Penal.

La Sentencia de la Sala destaca que la agravante de reincidencia del artículo 22.8 del CP, no es apreciable cuando el delito precedente sea leve (párrafo 2 del dicho número), y sostiene que la agravante de multirreincidencia (art. 66.5) tampoco es apreciable si los tres delitos previos no son todos ellos menos graves (una afirmación que no surge del tenor literal del precepto, que sólo reflejaría la exigencia de uno). Desde esta constatación, la Sala concluye que el tipo agravado que analizamos, sólo resulta aplicable si viene precedido por la comisión de tres delitos menos graves.

Aunque la sentencia no lo identifica abiertamente, su propia argumentación parece adelantar cuál sería el criterio jurisprudencial que complementaría el supuesto. En la eventualidad en que los tres delitos precedentes sí tuvieran la consideración de delitos menos graves, pero el delito sometido a enjuiciamiento fuera un delito leve, la argumentación de la Sala parece sustentar que tampoco resultaría de aplicación el artículo 235.1.7 del Código Penal.

De un lado porque, en la argumentación que maneja la sentencia, nos encontraríamos ante un supuesto que reflejaría de manera más marcada, la consideración de que la pena es una inaceptable expresión del derecho penal de autor. Siguiendo su ejemplificación, quien sustrajera un paquete de caramelos que costara

dos euros, habiendo sido ya condenado por tres delitos menos graves de hurto, merecería la misma pena que si hubiese sustraído esa obra de arte y, solo por su reiteración, vería que el legislador convierte su delito leve (art. 234.2), en un delito menos grave (art. 235.1.7).

De otro lado, por la propia interpretación hermenéutica que se maneja. Si la reincidencia y la multirreincidencia no condicionan normativamente la pena que debe imponerse a los delitos leves (art. 66.2 del CP), el tipo penal agravado no resultaría tampoco aplicable al hurto leve que se enjuicia, por más que fueran menos graves todos los delitos

que -sin poder ser cancelados- estén reflejados en la hoja histórico penal del acusado.

TERCERO.- Se sostiene así que el tipo agravado del artículo 235.1.7 del Código Penal, es únicamente aplicable a los hurtos menos graves del artículo 234.1 del Código Penal, y siempre que los tres antecedentes exigidos por el legislador, también deriven de la comisión de otros tantos delitos menos graves.

De este modo, el régimen de punición para los delitos de hurto de importe superior a 400 euros sería:

1. De 6 a 18 meses de prisión, cuando el autor carezca de antecedentes penales por delito menos grave (art. 234.2).

2. De 12 a 18 meses de prisión, si hubiere sido condenado por otro delito de similar naturaleza, que tenga la consideración de menos grave (art. 66.1.3ª).

3. Sujeto a la discrecionalidad judicial, podría sancionarse con 1 año y 6 meses de prisión, hasta 2 años y 3 meses de privación de libertad, cuando el autor hubiere sido condenado por tres infracciones de semejante naturaleza y al menos una de ellas (para atribuir la condición de reincidente) tuviera la consideración de menos grave (art. 66.1.5ª) y

4. Sería necesariamente sancionado con pena de 1 a 3 años de prisión, cuando el autor ya hubiere sido condenado por tres infracciones de semejante naturaleza y todas ellas, además de no poder ser canceladas, fueran constitutivas de un delito menos grave.

Emulando la ejemplificación que también esgrime la Sentencia de la Sala, no puedo compartir una interpretación hermenéutica que, abiertamente se desamorra del redactado de la ley y de la interpretación auténtica que el legislador incorpora en su exposición de motivos, para

dejar una realidad normativa incomprensible en términos de reproche penal. Mientras se admite que los hurtos que sobrepasan los 400 euros, verán graduadas sus penas entre los 6 meses y los 3 años de prisión, en función de las circunstancias concurrentes, se asume que si la actividad depredadora se limita a 400 euros, su autor sólo podrá ser sancionado con una multa máxima de 3 meses, por más que fueran superiores sus expectativas de enriquecimiento en cada uno de los hurtos perpetrados, o por más que reitere su conducta y acumule cantidades globales escandalosas, o pese a que se evidencie con cada condena, que la siempre idéntica pena que esta jurisprudencia le va a asignar, empíricamente carece de capacidad para reeducar al

autor (art. 25.2 CE).

CUARTO.- Creo que la interpretación ha sido indebidamente abordada y que son desacertadas las conclusiones a las que llega.

El principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo, cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales, de suerte que, en materia penal, el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos que la Constitución garantiza, puede producirse, bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal, o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito. En todo caso, el Tribunal Constitucional ha expresado que el juicio de proporcionalidad respecto a la cantidad y calidad de la pena, en relación con el tipo de comportamiento incriminado, es potestad exclusiva del legislador, al configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. Añade que esta potestad del legislador goza de un amplio margen de libertad, pues deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática.

Respecto de la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna, la doctrina constitucional refleja que será el fruto de un complejo juicio de oportunidad que ha de realizar el legislador, atendiendo, no sólo al directo ámbito de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puedan perseguirse con la pena y a las diversas formas en que la misma opera, como puede ser la intimidación, la eliminación de la venganza privada, la consolidación de las convicciones éticas generales, el refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento jurídico o la resocialización del delincuente, esto es, a todo aquello que se clasifica doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Efectos de la pena que dependen a su vez de factores que también pueden condicionar la respuesta del legislador, como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción o las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena (SSTC 55/1996, de 8 de marzo; 161/ 1997, de 2 de octubre; 136/1999, de 20 de julio; 161/1997, de 2 de octubre).

Así pues, siguiendo la síntesis expresada por el Tribunal Constitucional en su auto 233/2004, de 7 de junio, para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas, por introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar: 1) Si los fines inmediatos o mediatos de protección de la norma cuestionada, son suficientemente relevantes, pues no resulta aceptable que el sacrificio de la libertad que impone la norma, persiga la prevención de bienes o intereses proscritos o irrelevantes; 2) En segundo término, si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto cuestionado y 3) Si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena.

De este modo, sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como *innecesaria*, cuando «a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador. Y sólo cabrá catalogar

la norma penal o la sanción penal que incluye como *estrictamente desproporcionada* cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa» (SSTC 55/1996, FF JJ 8y9; 136/1999, F. 23).

Y conduciendo al caso que analizamos la valoración constitucional que se ha hecho sobre la severidad de las sanciones respecto de los comportamientos a los que se aplica, el Tribunal constitucional ha admitido que infracciones leves, puedan tener prevista una sanción menos grave (ATC 395/2004, de 19 de octubre). Ha confirmado también el instrumento de transformar conductas contempladas como faltas (hoy delitos leves), en delitos menos graves (ATC 233/2004, de 7 de junio). E, incluso, ha admitido la viabilidad de que infracciones de distinta naturaleza, pudieran tener previstas una misma consecuencia sancionadora. Así se ha dicho respecto de infracciones graves o muy graves (ATC 284/2006, de 19 de julio) o, inclusive, respecto de infracciones dolosas y culposas (ATC 145/2015, de 10 de septiembre). Todo ello siempre que -particularmente en materia penal-, se respeten los parámetros expresados de que: 1) La intensidad de la pena resulte necesaria para proteger bienes jurídicos esenciales, frente a conductas lesivas o peligrosas para los mismos (principio de lesividad o exigencia de antijuricidad material); 2) Que no existan otros instrumentos alternativos que, siendo menos gravosos respecto de los derechos de los individuos, resulten suficientes para obtener la finalidad deseada (principios de última ratio y de subsidiariedad) y 3) Que se aprecie una correspondencia racional y objetiva, entre la entidad del delito y la dimensión aflictiva de la pena (principio de proporcionalidad estricta).

QUINTO.- Por más que las opciones legislativas pudieran haber sido otras, y por más que pudiera mostrarme favorable a que, manteniéndose la regulación que ahora se tiene, el legislador hubiera recogido una mayor posibilidad de graduar la pena cuando de la reiteración de los delitos leves de hurto se trata, la decisión legislativa es la que contempla la literalidad del artículo 235.1.7 del Código Penal, que la sentencia de la Sala desactiva. Así se expresa claramente en el pasaje de la exposición de motivos al que he hecho referencia anteriormente, como se refleja también en la tramitación parlamentaria de esta reforma.

El Proyecto de reforma del Código Penal presentado en septiembre de 2013, recogía una agravación que descansaba en la *profesionalidad* en la dedicación al hurto, pues el artículo 235.1.7 hacía referencia a quien " *actúa con el ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional*". El texto fue objeto de crítica parlamentaria, plasmada en la Enmienda 681 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, que reclamó su supresión, tanto por entender que vulneraba el principio de responsabilidad por el hecho, como por entender que ocultaba un juicio de peligrosidad, al suponer un pronóstico sobre si el hecho realizado es uno más de una serie futura que el autor tenía el *ánimo* de realizar. Con ocasión del informe de la ponencia en el Congreso de los Diputados, se presentó una enmienda transaccional en la que se suprimía esta circunstancia y, en su lugar, en el dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso se introducía la agravante de multirreincidencia. En el Senado, el Grupo Parlamentario Popular presentó una enmienda, que fue aprobada en el Pleno, que refleja la redacción actual y que cambia el juicio de pronóstico previsto en el Proyecto de Ley, por una constatación de multirreincidencia que hace abstracción del importe de lo sustraído, tal y como la exposición de motivos proclama.

La tipificación responde así a una realidad criminal concreta. El delito de hurto

se configura por la transgresión de la propiedad ajena, desde una contemplación negativa de la acción apropiatoria, esto es, siempre que la apropiación no se sirva de la violencia, de la intimidación, del engaño o de un quebranto de la confianza depositada cuando se cedió la posesión interina de la cosa. En la realidad práctica, se abarcan en él supuestos de despojo de la propiedad, sirviéndose del descuido del tenedor de la cosa, de la habilidad del autor o de la rapidez con la que se ejecuta su acción. Y su graduación penológica se ha hecho depender de la cuantitativa intensidad con la que se lesiona el bien jurídico, estableciéndose la frontera diferenciadora en los 400 euros. Junto a la naturaleza de la acción, el importe del menoscabo al patrimonio marca el contenido antijurídico del tipo penal y la culpabilidad/responsabilidad de su autor.

No obstante ello, el legislador fija una serie de supuestos en los que el contenido antijurídico del comportamiento y la responsabilidad de su autor, vienen determinados por otros elementos que afectan al bien jurídico desde una dimensión distinta del importe monetario del menoscabo al patrimonio.

Son los hurtos agravados que recoge el artículo 235 del Código Penal, al hacer referencia a la sustracción de cosas de valor histórico, artístico, cultural o científico; o de objetos que afecten a las infraestructuras de los servicios de telecomunicaciones, suministro eléctrico o de hidrocarburos; o cuando se trata de los productos agrarios o ganaderos, siempre que estén en sus explotaciones y se cause un grave perjuicio a las mismas, o cuando en la perpetración del delito se utilice a menores de dieciséis años.

Y entre estos supuestos, el legislador ha salido al paso de hechos que lesionan el bien jurídico protegido de manera bien diferenciada a como lo hacen los que abordan un hurto episódico. Personas que hacen del delito de hurto un medio de vida, desplegando su actividad delictiva de forma constante. La realidad cotidiana de los tribunales, ofrece ejemplos de reiterada dedicación: carteristas que actúan en el metro u otros lugares de concentración humana; descuideros de bolsos, de teléfonos móviles o de otras pertenencias, que actúan en establecimientos de hostelería o en las terrazas de calles y plazas; personas que hacen de las recepciones de los hoteles, de las estaciones de tren o de los aeropuertos, el lugar adecuado para sustraer lo que cualquier viajero desatiende durante los instantes que conversan con otro, o mientras preguntan o miran un cartel; individuos que aprovechan los ciclos de los semáforos, para -agazapados y entre coches- abrir la puerta derecha de los vehículos que se detienen y sustraer el bolso o las pertenencias depositadas en el asiento colindante al del conductor; sin olvidar a quienes reiteradamente sustraen en comercios de electrónica, de cosmética, de alimentación o de confección, sirviéndose de instrumentos para eludir sistemáticamente los mecanismos electrónicos de alarma que están instalados. Delitos perpetrados por individuos que se distribuyen el espacio urbano en el que actúan, que desarrollan una técnica -muchas veces en coordinación con otros- que repiten en cada una de sus sustracciones y que la perfeccionan en búsqueda de un mayor rendimiento. Individuos que han hecho de la sustracción su actividad cotidiana, como constatan los camareros, los vigilantes, los dependientes, los porteros, o cualquier sujeto que esté obligado a ubicarse habitualmente en su campo de acción, y que, por ello, no es infrecuente que tengan que desalojar a los *sospechosos* de sus instalaciones o hayan de prevenir a las potenciales víctimas de las personas que saben que les están acechando.

En estos casos, evaluar el contenido antijurídico de la acción y de la propia culpabilidad del sujeto, desde cuál sea el importe de lo sustraído en cada uno de sus golpes, se enfrenta a la existencia de una unidad de propósito, inmutable y estable, a

la que el legislador pretende hacer frente con la norma que analizamos. En todos estos supuestos, carece de relevancia sustantiva el valor que alcance el objeto sustraído, pues, o bien es el resultado azaroso de un dolo que abarcaba cualquier cuantía, o bien es el resultado de un mecanismo desplegado por la intencionalidad del agente, que limita su actividad delictiva a valores inferiores a 400 euros, precisamente para estar sujeto a un menor rigor penal si es descubierto, pero aspirando a lograr -mediante la reiteración delictiva- la mayor acumulación patrimonial posible.

Es la lucha contra esta realidad delincuencial, la que lleva al legislador a diferenciar estas conductas de las contempladas en el artículo 234.2 del Código Penal, constituyéndose como un interés legítimo de la política criminal del Estado. Y es la irrelevancia que tiene el importe de lo sustraído en cada una de las diferentes acciones, cuando se contempla desde una unidad de propósito de aprovecharse del patrimonio de terceros, lo que hace que en el artículo 235.1.7 se contemple idéntica pena, para la reiteración de delitos del artículo 234.1 o del artículo 234.2 del Código Penal. A ello se añaden razones de pura prevención especial, pues la multa inicialmente prevista en el artículo 234.2 del Código Penal, se demuestra empíricamente ineficaz cuando un mismo individuo aborda estos comportamientos de manera tan frecuente, que -en el corto periodo de tiempo que discurre antes de que los antecedentes penales puedan estar cancelados- resulte condenado por los tres delitos de hurto que el tipo agravado exige y haya de enfrentarse de nuevo a la misma responsabilidad. Y no faltan tampoco motivos de Prevención General, en la medida en que existen importantes sectores sociales que depositan en la agravación de la respuesta penal, su confianza de que la norma penal pueda hacer frente a actuaciones delictivas no episódicas, sino pertinaces e inspiradas por una unidad de intención.

Cuando una cosa acontece una vez, resulta ser casual. Lo que acontece dos veces, cuando no es un suceso ordinario, es ya contemplado como algo accidental. Que se repita por tercera vez, permite constatar una tendencia. Pero que la misma actuación se reitere por cuarta vez, antes de que transcurra el plazo de seis meses en que quedan cancelados los antecedentes penales por un delito leve de hurto (art. 136 del CP), es demostrativo de una actitud ante el bien jurídico que se protege y ante la antijuricidad de su transgresión. Como expresaba uno de los magistrados que se adhiere a este voto particular, en utilización de un símil futbolístico, nos encontramos ante la tarjeta roja, por acumulación de tarjetas amarillas.

SEXO.- El legislador se enfrenta a esta realidad delictiva, desde la agravación del artículo 235.1.7 del CP, y estamos muy lejos de pensar que la punición venga marcada por la desproporción que se le atribuye.

Es indudable que el marco penológico previsto para el tipo penal (de 1 a 3 años de prisión), permite hacer una primera aproximación a la proporcionalidad de su pena. Pero no constituye la unidad de medida que se debe usar para evaluar la intensidad del reproche y su adecuada correspondencia con la intensidad del ataque al bien jurídico, pues esa función debe ser atribuida al umbral mínimo de la extensión de la pena, particularmente cuando -como en este supuesto- es difícilmente imaginable la posibilidad de que la pena llegue a ser condicionada por la aplicación de ninguna agravante genérica. En estos supuestos, es el umbral mínimo de la pena el que debe fijar el contraste, dado que cualquier otra extensión puede ser eludida por el juzgador, en atención a las circunstancias del caso.

Y por más que fuera deseable que el juzgador pudiera contar con la posibilidad de una mayor graduación de la pena, la duración prevista por el legislador para los

transgresores recalcitrantes del tipo penal, en modo alguno se descalifica por su rigor. Menos aún si se contempla que la perniciosa realidad delincriminal que se contempla, en la mayor parte de los supuestos en que es sometida a enjuiciamiento (así acontece con el que impulsa nuestra resolución), obligan al juzgador a rebajar la pena en uno o dos grados, por su ejecución incompleta (art. 16y62 del CP). Y menos aún si observamos que la reforma introducida en el artículo 80 del Código Penal por la LO 1/2015, posibilita que el juez pueda conceder el beneficio de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, aún para los delitos consumados, cuando estemos en el supuesto que esta Sala ha apreciado como de inaceptable rigor punitivo, esto es, cuando con anterioridad al delito que se enjuicia, no se hayan perpetrado al menos tres delitos de hurto, que tengan todos ellos la consideración de menos graves (art. 80.2.1ª, frente al artículo 80.3y94 del Código Penal).

SÉPTIMO.- No puede concluirse la discrepancia sin destacar que la sentencia de la mayoría supedita la prohibición de la *reformatio in peius* al principio de legalidad cuando opere *in favor rei*, eludiendo que los principios procesales estructurales básicos también forman parte de la legalidad. De encumbrarse la legalidad sustantiva *pro reo* hasta convertirla en un axioma ante el que debe supeditarse cualquier principio procesal (preclusión; impugnabilidad; seguridad jurídica que impone la firmeza en un determinado momento de toda decisión judicial; tutela judicial efectiva de las partes activas del proceso; principio de contradicción), se echarían al traste instituciones procesales imprescindibles para un ordenado régimen que salvaguarde la seguridad jurídica y el principio de contradicción, que también comportan exigencias respecto de las partes acusadoras. La sentencia, sin ni siquiera haber dado ocasión al Fiscal de argumentar frente a una exégesis no alegada ni sugerida por nadie (art. 897 LECRIM), incurre en la paradoja de, como consecuencia de la *sólo nominativa estimación* del recurso del Fiscal, dictar una segunda sentencia que dista de la pretensión reclamada todavía más que la sentencia que se impugna. Hay otras fórmulas de encauzar supuestos como éste (art. 902 LECrim), sin maltratar un principio procesal tan esencial como es la prohibición de la *reformatio in peius*. De ser coherentes con esa primacía absoluta e inmatizada del principio de legalidad, que no cuenta con precedentes, la interposición de un recurso por parte de cualquier acusación, no solo nos permitiría, sino que nos obligaría, a una fiscalización absoluta de la sentencia para indagar sobre posibles errores no alegados que, sin embargo, pudieran beneficiar a las partes pasivas para, estimando el recurso y sin posibilidad de contradicción por parte de la acusación, revisar la sentencia incluso en contra de los intereses del recurrente.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde

Carlos Granados Pérez Juan Saavedra Ruiz