

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

**LA AGRAVANTE DE MULTIRREINCIDENCIA
EN LOS DELITOS LEVES CONTRA EL PATRIMONIO¹**

**THE AGGRAVATING CIRCUMSTANCES OF MULTI-RECIDIVISM
IN MISDEMEANOR AGAINST PROPERTY**

Alfredo Liñán Lafuente

Prf. Contratado. Dr (int) Derecho Penal

Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

¹ Artículo realizado en el marco del proyecto «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales», concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España en la convocatoria 2018 de proyectos I+D+i «Retos investigación» para el período 2019-2021 (ref. RTI2018-095155-A-C22), perteneciente al proyecto coordinado «Aporofobia y Derecho penal» (ref. RTI2018-095155-B-C21).

RESUMEN:

La reforma del Código Penal, operada por la LO 1/2015, aborda al fenómeno de la delincuencia habitual de los delitos de bagatela contra la propiedad y el patrimonio con un aumento desproporcionado de las penas en caso de reiteración delictiva, tomando para ello como único parámetro la multirreincidencia en el delito. Esta técnica legislativa provoca disfunciones que han llevado a la Sala Segunda del Tribunal Supremo a reinterpretar dicha agravante específica en el delito de hurto y en el delito de estafa para evitar que se pueda considerar que su aplicación vulnera el principio de culpabilidad por el hecho propio y el de la prohibición del *bis in idem*. Con esta interpretación hermenéutica el Tribunal Supremo ha conseguido, de momento, evitar la aplicación de la hiperagravación a los delitos patrimoniales leves producida, únicamente, por la existencia de antecedentes penales previos.

ABSTRACT:

The reform of the Criminal Code by Act 1/2015, fight against the phenomenon of habitual misdemeanors against property, punishing with a disproportionate increase penalty in the case of repeated offences, taking as the only parameter multi-recidivism in the crime. Nevertheless, the legislative technique suffers certain defects, which have led the Second Chamber of the Supreme Court to reinterpret that specific aggravating circumstance the crime of theft and the crime of fraud in order to avoid its application being considered as a break the principle of guilt for one's own actions and the prohibition non bis in idem. With this hermeneutic interpretation, the Supreme Court has managed, for the time being, avoid the hyper-aggravation of property misdemeanors solely the existence of previous criminal records.

PALABRAS CLAVE:

Delito leve, hurto, estafa, multirreincidencia, *bis in idem*.

KEYWORDS:

Misdemeanour, theft, fraud, multi-recidivism, bis in idem.

SUMARIO:

1. Planteamiento de la cuestión; 2. La reincidencia y la multirreincidencia; 3. Delito leve de hurto y multirreincidencia; 4. Delito leve de estafa y la agravante por multirreincidencia; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de reforma del Código Penal, eliminó las faltas del texto legal por dos vías. La primera, fue suprimir la sanción penal de determinados comportamientos, fundamentando tal decisión en la Exposición de Motivos de la ley en la aplicación del principio de intervención mínima y para facilitar que asuntos de poca gravedad encontraran su respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles². La segunda fue reconvertir las conductas de las antiguas faltas en delitos leves, introduciéndolas por tanto en el régimen sancionador general del Código Penal, atenuando la pena debido a su escasa gravedad y la poca afectación al bien jurídico protegido. Estos tipos penales son identificados como delitos de bagatela por su insignificante afectación a los bienes jurídicos que, en ocasiones, ni siquiera comportan una lesividad que tenga relevancia a los fines de la tipicidad objetiva³.

Todas las faltas que castigaban conductas que atentaban contra la propiedad o el patrimonio se reconvirtieron en delitos leves, estableciéndose la frontera de los 400 € de perjuicio causado para elevar la categoría de leve a menos grave o grave. El problema surge porque si bien existe un límite máximo claro – más de 400 € - no existe un límite que concrete la lesividad mínima al bien jurídico protegido para que tal conducta pueda ser considerada delito, por lo que, en principio, cualquier apoderamiento de un bien mueble ajeno sin el consentimiento del titular que tenga un valor, aunque sea mínimo en el mercado (pensemos una manzana, un trozo de pan o un plátano), se podría calificar como una conducta típica de hurto. En la práctica, para intentar no castigar estos delitos de bagatela se acude al principio de oportunidad, siempre que pueda ser de aplicación el artículo 963. 1 LECr o a construcciones doctrinales tales como el principio de insignificancia.

No obstante, en este tipo de criminalidad patrimonial menor suelen ser habituales supuestos de multirreincidencia. Recientemente se ha planteado en la práctica la cuestión de si serían aplicables los fundamentos agravatorios generales para estos delitos leves. En muchas ocasiones los hurtos leves suelen estar asociado a un estado de pobreza en el que el autor encuentra la manera de subsistir por medio de este tipo de conductas. QUINTANO RIPOLLÉS⁴ ya advertía que : *En el aspecto estrictamente económico, la miseria provoca frecuentemente, como ya se dijo, hurtos o timos insignificantes, pero en poco o nada afecta a los robos a mano armada y grandes estafas, que más bien proliferan en climas de prosperidad y dispendio; flores del mal de las grandes ciudades tentaculares. El hambre, que incita a las raterías de escasa monta, rarísima vez lleva a sensacionales ataques contra la propiedad, cuyo motor es casi constantemente la apetencia al lujo.* BARBERO SANTOS acudía al concepto de estratificación social del delito en relación con acceso a los medios legítimos enunciándolo del modo siguiente⁵: *Los integrantes de estos grupos marginados están sometidos, pues, a presiones especialmente poderosas para utilizar medios ilegítimos – por no tener acceso a los legítimos- para conseguir el éxito que incita la sociedad de consumo: medios a los que en multitud de ocasiones se ha de acudir por razones de pura sobrevivencia.*

Así nos encontramos que la marginalidad social y la escasez de oportunidades para medrar sin infringir las normas provoca que la comisión de delitos contra la propiedad y el patrimonio, respecto de bienes de escaso valor, se convierta en un medio de vida para determinadas personas. Nos encontramos ante un proceso de “profesionalización” en el delito, ya que parte del trabajo diario de esas personas se cifra en conseguir bienes de suficiente valor para sobrevivir. Si a ello se le suma la realidad de que, en ocasiones, la marginalidad social ha llevado a la persona a ser adicto al consumo de drogas, la necesidad diaria de fondos se incrementa precisamente por la adicción que le aflige. La habitualidad en el delito tiene como consecuencia directa la multirreincidencia.

² Ley Orgánica 1/2015. Preámbulo I. Párrafo 3º.

³ ZAFFARONI, E. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires. Ediar, 2000, pp. 471 y ss.

⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la Parte especial del Derecho Penal*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1964.T.II.p.77

⁵ BARBERO SANTOS, M. “Los marginados ante la ley penal (la ley de peligrosidad y rehabilitación social de lege ferenda)”, en GIMBERNAT ORDEIG, E et al. (Dir). *Libro homenaje al Profesor José Antón Oneca*. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca. 1982.

En el presente artículo se analizará si las agravantes de reincidencia y multirreincidencia, ya como agravantes genéricas o como tipo penales agravados respecto de determinados delitos patrimoniales, son aplicables a los delitos leves según la regulación actual del Código Penal y las últimas sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

2. LA REINCIDENCIA Y MULTIRREINCIDENCIA

El fundamento agravatorio de la reincidencia como elemento que eleva la pena ha sido objeto de estudio y crítica por parte de la doctrina⁶. A principios de la década de los 90 del pasado siglo, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional se pronunciaron sobre la legalidad de la figura agravante, su constitucionalidad y su debida interpretación para que no vulnerase el principio de culpabilidad del hecho, y aunque parece que la polémica quedó zanjada – al menos jurisprudencialmente, que no doctrinalmente⁷ – la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015 ha provocado que su aplicación se vuelva a poner en duda respecto a los delitos leves contra el patrimonio.

En la STS de 6 de abril de 1990, al resolver un recurso de casación sobre la aplicación de la agravante de reincidencia, el Tribunal sale al paso de las críticas doctrinales que argumentaban que dicha agravante atentaba contra el principio de culpabilidad por el hecho propio planteando un modo de interpretarla sin vulnerar este principio. Así, establece que:

Los Tribunales sólo deberán agravar la pena por razón de la reincidencia hasta un límite que no supere la gravedad de la culpabilidad y sin atender al art. 61.2.º CP cuando la pena determinada por la reincidencia supere dicho límite.

[...] Dicho de otra manera: cuando la gravedad de la reprochabilidad por el hecho (establecida sin tomar en cuenta la conducta anterior del autor ni pronósticos de conducta desfavorables para el futuro) no alcance para justificar la aplicación del grado medio o máximo, el Tribunal no deberá agravar la pena fundándose en la reincidencia, por encima de la que resulte de la gravedad de dicha reprochabilidad.

Si se analiza pormenorizadamente esta sentencia, se puede apreciar que el tribunal plantea una interpretación restrictiva de la reincidencia para evitar que se aplique de manera automática el aumento de la penalidad, lo que en opinión de la Sala sí podría ser vulneradora del principio de culpabilidad⁸.

Básicamente lo que se propone en la citada sentencia es que la gravedad por la reprochabilidad del hecho se valore sin tener en cuenta los delitos previamente cometidos, ni el pronóstico de peligrosidad del sujeto en un futuro. El juzgador se habrá de fijar únicamente en el desvalor del hecho, y si este fuese lo suficientemente grave, se le podrá aplicar el aumento de la penalidad siempre dentro del marco punitivo abstracto del delito. Esta interpretación resulta obviamente acorde con el principio de culpabilidad del hecho, pero la pregunta que surge al analizarla es: si para aplicar la agravante de reincidencia no se han de tener en cuenta los hechos pasados, ¿Para qué sirve la misma? Si el juzgador puede decidir la imposición de la pena entre toda la extensión del marco penal abstracto y valorar la reprochabilidad del hecho de acuerdo a la gravedad de su culpabilidad, poco o nada aporta una circunstancia agravante que no pueda ser tenida en cuenta tal y como está redactada.

La citada STS de 6 de abril de 1990 se refiere únicamente a la agravante de reincidencia, no a la de multirreincidencia, ya que esta fue eliminada por la LO 8/1983, de 25 de junio⁹ y reincorporada al

⁶ Vid. entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Aspectos críticos de la elevación de penas en caso de multirreincidencia*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales. 1972; MIR PUIG, S. *La reincidencia en el Código Penal*. Barcelona. Bosch. 1974; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona. Reppertor. 1998. 5ª. ed. p.654.

⁷ Vid. AGUADO LÓPEZ, S. *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito*. Madrid. Iustel. 2008. Pp.63 y 107. Se exponen los criterios doctrinales que cuestionan la agravante respecto del principio de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, igualdad y presunción de inocencia.

⁸ Vid. aplicación de esta doctrina jurisprudencia en, STS de 5 de febrero de 1993 y 26 de diciembre de 1990.

⁹ Resulta interesante rescatar las razones expresadas en la Exposición de Motivos 8/1983 para eliminar la agravante de multirreincidencia: *Distintas son las razones que aconsejan esta importante reforma, pero se pueden condensar en las siguientes: La exasperación del castigo del delito futuro, de por sí contraria al principio non bis in idem, puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una sola ocasión, se ha mostrado además*

Código Penal por la Ley Orgánica 11/2003¹⁰. Ello implica que en ese momento el canon de aumento de la pena por aplicación de una agravante se cifraba en la mitad superior de la pena, por lo que el aumento se encontraba siempre dentro del marco penal abstracto. El problema se agudiza cuando se comprueba que por aplicación del artículo 66.1.5 CP, la multirreincidencia puede llevar a elevar la pena al grado superior del delito cometido¹¹.

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de la agravante de reincidencia en su Sentencia 150/1991, de 4 de julio, al responder a una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Instrucción de Daroca. En dicha sentencia el Tribunal deja clara la diferencia entre las posiciones doctrinales e interpretativas -ajenas a la *ratio decidendi* - de lo que se debe considerar la contradicción con la norma constitucional. En la sentencia se van descartando todas las contradicciones con la norma constitucional que había planteado el juez que elevó la cuestión de inconstitucionalidad, aunque el Tribunal no consigue construir una argumentación convincente del porqué la aplicación de la reincidencia no resulta contraria al principio de legalidad (art. 25 CE) en su variante de la prohibición del *ne bis in idem*. Afirma el TC que: *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 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 solo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos bien (según a perspectiva que se adopte) para valorar el contenido del injusto y su consiguiente, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de reincidencia, por tanto, queda fuera del círculo propio del principio non bis in idem.*

La pregunta que surge al analizar el transcrito Fundamento Jurídico Noveno es, ¿Cómo puede afirmarse que los hechos anteriores (delitos cometidos) han sido tenidos en cuenta por el legislador para fundamentar el aumento de la gravedad del hecho y al mismo tiempo decir que los hechos anteriores no se vuelven a castigar? Resulta obvio que si el parámetro de la agravación es la comisión pasada de delitos, un tanto del fundamento de la agravante radica en castigar por cometer un nuevo delito, habiendo cometido con anterioridad otro¹². A pesar de ello, esta doctrina constitucional se ha afianzado y se esgrime como salvaguarda de la constitucionalidad de la agravante de reincidencia¹³, sin tener en

como poco eficaz solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva; a ello se le une la intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal del castigo previsto para la concreta figura del delito, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho.

¹⁰ La Exposición de Motivos de la LO 11/2003 justifica la reintroducción de la circunstancia agravante en el Código Penal del modo siguiente: *Se introduce, por tanto, una nueva circunstancia agravante de reincidencia cuando se dé la cualificación de haber sido el imputado condenado ejecutoriamente por tres delitos, permitiéndose, en este caso, elevar la pena en grado. Dicha circunstancia de agravación es compatible con el principio de responsabilidad por el hecho, siendo el juzgador el que, ponderando la magnitud de pena impuesta en las condiciones precedentes y el número de éstas, así como la gravedad de la lesión o el peligro para el bien jurídico producido por el nuevo hecho, imponga, en su caso, la pena superior en grado.*

¹¹ Como advierte MELENDO PARDO, M, en GIL GIL, A/LACRUZ LÓPEZ, J.M/ MELENDO PARDOS, M/ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid. Dykinson. 2011.p.686. *Por otro lado, si bien sus efectos penológicos pueden ser aceptables en el caso normal, devienen en insoportables en el caso de la multirreincidencia. No deben admitirse agravantes que supongan la ruptura del límite superior del marco penal, y en este sentido que permitan la imposición de la pena superior en grado, en cuanto se está rompiendo con el principio de culpabilidad por el hecho, y por consiguiente con el de culpabilidad.*

¹² Sobre este particular y en el mismo sentido, Vid. AGUADO LÓPEZ, S. *La multirreincidencia...* op.cit. p. 76 y ss.

¹³ Tal y como recuerda la STS 481/2017 de 28 de junio al referirse a la comentada argumentación del non bis in idem de la Sentencia 150/1991: *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 incontestable 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 idem.*

cuenta que el razonamiento no sería aplicable a la multirreincidencia¹⁴, pues esta lleva aparejada una pena superior en grado a la prevista para el marco típico del delito, quebrando de este modo el principio de proporcionalidad valorado en la STC 150/1991.

3. DELITO LEVE DE HURTO Y MULTIRREINCIDENCIA

La Ley Orgánica 11/2003 incluyó, junto con la reincidencia, la conversión de faltas en delito cuando estas se hubiesen cometido de manera reiterada (4 o más faltas) durante un periodo de tiempo (un año). La Exposición de Motivos de la citada ley justificaba su inclusión como medio para luchar contra la habitualidad en el delito. En el hurto, el antiguo artículo 234 CP, segundo párrafo, castigaba con la pena del tipo básico del delito de hurto al que en el plazo de un año hubiese cometido 4 faltas de hurto del artículo 623.1 CP y el montante acumulado superase la condición objetiva de punibilidad para poder considerarse delito. De este modo, aplicando una suerte de acumulación impropia – o falta continuada - se castigaba como delito la comisión de cuatro faltas de hurto en el mismo año¹⁵, siempre, eso sí, que las conductas no hubiesen sido ya juzgadas.

Por lo tanto, este tipo de conversión de falta en delito por acumulación de las primeras no puede ser considerado como una agravante de multirreincidencia, pues las faltas no debían haber sido juzgadas y condenadas para que fuese aplicable, sino como una medida naturaleza distinta – cercana a la continuidad delictiva - que pretendía castigar de manera más grave la habitualidad en las faltas cometidas en el plazo de un año y que no hubiesen sido castigadas.

La reforma del CP de 2015 acabó con las faltas y las transformó en delitos leves. Para analizar este proceso resulta interesante revisar el Proyecto de Reforma del Código Penal en relación con la modificación de los artículos 234 y 235 CP, pues se incluyó una agravante del delito de hurto que bebía del segundo párrafo del modificado artículo 234 CP e incluía en el Código Penal el peligroso concepto criminológico de la profesionalidad del delincuente. El artículo 235.1. 7º del Proyecto de Reforma establecía que se aplicaría la pena agravada del hurto: *Cuando el autor actúe con profesionalidad. Existe profesionalidad cuando el autor actúa con el ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional.*

Esta circunstancia agravante fue eliminada en el último trámite de enmiendas¹⁶ al advertirse en ellas que el término profesionalidad evocaba el concepto de peligrosidad social, acercándose el texto al terreno del Derecho penal de autor, con las peligrosas consecuencias que ello podía acarrear.

El concepto de profesionalidad fue eliminado y en su lugar, el ordinal 7 del artículo 235.1 CP incorporó como circunstancia agravante la multirreincidencia –*cuando el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este título, siempre que fueran de la misma naturaleza* -.

El apartado XIV del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 expone las razones del legislador para optar por esta interpretación, aclarando que: *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.

¹⁴ MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal. Parte General. Valencia. Tirant lo Blanch. 2019. 10ª ed. P. 470.

¹⁵ Que pasaron a ser tres faltas a partir de la LO 5/2010 de 22 de junio.

¹⁶ Congreso de los Diputados, Serie A, Num .66, Núm.exp. 121/000065. Enmiendas 206,298 y 624.

Resulta patente el error de enfoque del que parte en legislador para incorporar un tipo penal específico de multirreincidencia como figura agravada para combatir la delincuencia habitual menor – antiguas faltas – pues afirma que con anterioridad a esta reforma los autores de estos pequeños hurtos eran condenados por meras faltas, cuando el párrafo segundo del artículo 234 CP las convertía en delito en los supuestos analizados – comisión de cuatro (o tres tras la LO 5/2010) faltas en un año -. Quizás el problema que identifica el legislador, sin decirlo, fuese la dificultad probatoria que tenía la aplicación de este tipo penal – resultaba complicado identificar la comisión de tres faltas en un año que no hubiesen sido ya juzgadas -. Si ello fuese así, la vía de la reforma legislativa para simplificar y aumentar el castigo no resulta procedente, sino que la solución radica en incrementar la inversión en prevención, supervisión y vigilancia de las fuerzas de seguridad, algo que resulta más caro y complejo que modificar el Código Penal.

Más si cabe cuando la multirreincidencia ya se encontraba recogida como agravante genérica en el artículo 66. 5ª CP y la reincidencia en el artículo 22. 8ª CP, y ambas eran aplicables al artículo 234 CP.

La fórmula por la que optó el legislador para luchar contra la delincuencia de bagatela de los delitos de hurto fue incluir un salto cualitativo que pasa de castigar un delito leve de hurto con una pena de multa de uno a tres meses (art.234.2 CP) a una pena de uno a tres años de prisión por el delito agravado de hurto si el culpable hubiese sido condenado al menos tres veces por delitos comprendidos en el Título XIII CP (delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico). Nótese que con la antigua regulación la falta se transformaba en un delito de hurto del tipo básico, pero con la actual el delito leve se transforma en un delito agravado, saltándose directamente la aplicación del tipo básico.

Para valorar el efecto que tiene esta reforma en los delitos leves de hurto, interesa plantear el siguiente supuesto de hecho:

“Un sujeto X hurta una botella de ron de valor de 20 €. Poco tiempo después de salir de establecimiento es detenido por la policía. X había sido condenado por tres delitos leves de hurto en el último año”.

Ante esta situación, la pregunta que cabe hacerse es si la existencia de antecedentes penales convierte el hurto de la botella de ron en un delito que pueda ser castigado con una pena de hasta tres años. Parece que esa es la intención del legislador al leer el artículo 235 CP y la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, pero para resolver la pregunta el foco no ha de ponerse en este artículo, sino en la cuestión de si los antecedentes penales por delitos leves deben ser computables a efectos de transformar un delito leve en uno menos grave.

A esta cuestión se enfrentó la STS 481/2017 de 28 de junio (cuenta con un voto particular firmado por 6 magistrados) al resolver el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que no aplicaba el artículo 235.1. 7º CP a un supuesto de tentativa de hurto leve de un sujeto con varios antecedentes penales por hurtos leves. Al plantear la cuestión se ha de tener en cuenta que la agravante genérica del artículo 22.8 CP de reincidencia excluye del cómputo para aplicarla los antecedentes por delitos leves, por lo que parece que la idea del legislador es no aplicarlos a efectos de agravantes al tratarse delitos con poca significación penal. Cierto es también que el artículo 66.1. 5º CP contempla la agravante de multirreincidencia sin excluir los antecedentes de delitos leves, pero si se pone en común este artículo con el 66.2 CP, que excluye la aplicación de las normas de agravación a los delitos leves, ha de colegirse que los antecedentes por este tipo de delitos tampoco deben computarse.

El artículo 235.1. 7º C.P. no excluye los antecedentes por delitos leves. De hecho, el artículo 234.2 CP establece que se aplicará ese artículo siempre que no concurra alguna de las circunstancias agravantes del artículo 235 CP, por lo que la intención del legislador parece clara. La duda surge entonces si debería aplicarse esta agravante o se debería optar por interpretarla conforme a las normas de reincidencia genérica. La STS 481/2017 de 28 de junio, llega a la siguiente conclusión: *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. 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.

Conviene recordar la STS de 6 de diciembre de 1990, donde el tribunal salvó la contradicción de la reincidencia con el principio de culpabilidad por el hecho propio incluyendo como canon de interpretación la máxima de que Tribunal no debería agravar la pena fundándose únicamente en la reincidencia, por encima de la que resulte de la gravedad de la reprochabilidad del hecho. La STS 481/2017 de 28 de junio¹⁷ recupera esa interpretación y concluye que dado que el propio legislador reconoce el escaso grado de ilicitud del delito leve de hurto, su agravación fundada únicamente en la previa comisión de otros delitos leves por los que haya sido condenado se sitúa en un terreno muy cercano a la infracción del principio de proporcionalidad y a la vulneración del *bis in idem*¹⁸. La sentencia concluye que no es de aplicación la agravante de multirreincidencia en supuestos donde existan antecedentes por delitos leves. Surge la duda de si este criterio también sería aplicable a supuestos donde se haya cometido un delito leve, pero los antecedentes sean por delitos menos graves o graves.

Uno de los argumentos más destacados de la sentencia para llegar a su interpretación restrictiva es que la agravante de reincidencia del artículo 22.8 CP no es aplicable a los delitos leves, lo que le lleva a concluir que: *... si ése 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.* En el supuesto ahora planteado este razonamiento no podría aplicarse, pues los antecedentes serían por delitos graves o menos graves, aunque el delito fuese leve.

La cuestión habrá de centrarse en el modo en que las agravantes se aplican a los delitos leves y a la interpretación del art. 66.2 CP, que establece que en los delitos leves los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas agravatorias del artículo 66.1 CP, aunque bien es cierto que esta regulación se proyecta sobre agravantes genéricas y no sobre los tipos penales específico como el art. 235. 1.7 CP.

Si se analiza todo el hilo argumental de la sentencia se puede concluir que la interpretación restrictiva podría ser aplicables a supuestos donde se comete un delito leve y constan antecedentes por delitos graves o menos graves, pues el argumento de la escasa ilicitud que el legislador concede al delito leve tiene la misma validez en este supuesto, reforzándose tal interpretación con la excepción a la aplicación de las agravantes genéricas a los delitos leves ex artículo 66.2 CP. En el voto particular de la sentencia se concluye que, por coherencia con lo argumentado en esta, la solución al supuesto de la comisión de un delito leve de hurto con antecedentes por delitos menos graves debería ser la misma y no aplicar la agravante, lo que se esgrime como parte de la crítica a la decisión de la mayoría¹⁹.

¹⁷ La sentencia cuenta con un voto particular, redactado por LLARENA CONDE firmado por 5 magistrados, que critica la decisión de la mayoría de la Sala, pues el tipo penal que se reinterpreta es lo suficientemente claro y la sentencia implica un ejercicio de corrección punitiva que según el voto particular no se encuentra justificado. En este sentido advierte que: *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.*

¹⁸ Esta doctrina jurisprudencial ha sido corroborada por las STS 176/2018 de 18 de abril y STS 500/2018, de 24 de octubre.

¹⁹ En el punto 3, tercer párrafo, del Fundamento Jurídico SEGUNDO del voto particular se advierte que, *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*

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha ejercido, en esta ocasión, su potestad para interpretar un artículo del Código Penal y modificar la manera de aplicar la agravante de multirreincidencia en casos de delitos leves, en contra de lo que claramente perseguía el legislador al reformar el Código Penal y los artículos 234.2 y 235.1. 7 CP, en un ejercicio de lo que algunos autores han denominado “activismo judicial”²⁰. El voto particular de la sentencia critica que la mayoría de la Sala se haya arrogado esta potestad cuando la tipificación en este supuesto es clara y no haya acudido al mecanismo establecido en el artículo 4.2 CP para instar la reforma legislativa.

En esta ocasión la interpretación de la Sala Segunda y el ejercicio de su labor hermenéutica resultan esenciales para evitar que la aplicación de los artículos 234.2 y 235.1.7 CP vulneren el principio de culpabilidad por el hecho propio y el del *non bis in idem*, y si bien podría haber optado por activar la vía del artículo 4.2 CP, ha elegido ejercer su potestad para evitar consecuencias injustas derivadas de la aplicación de legislación deficiente que, hasta que se hubiera reformado – si ello llega a ocurrir – hubiera vulnerado los derechos de los enjuiciados por estos delitos.

4. DELITO LEVE DE ESTAFA Y LA AGRAVANTE POR MULTIRREINCIDENCIA

El delito leve de estafa se tipifica en el segundo párrafo del artículo 249 CP, que contempla una pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo defraudado no excediera de 400 €. El artículo 250 CP contempla las agravantes del delito de estafa, pudiendo llegar la pena máxima de prisión a 6 años y multa de 12 meses en caso de ser aplicadas. La agravante de multirreincidencia se introdujo por la Ley Orgánica 1/2015 y se ubica en el ordinal 8º del artículo 250 CP con una redacción similar a la que se incorporó al delito de hurto – *el culpable hubiere sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este capítulo* -.

No obstante, existe una diferencia fundamental respecto a la regulación del supuesto de hurto, pues en el artículo 250 CP se contempla que “el delito de estafa será castigado...” sin especificar si se refiere al delito leve de estafa, que se regula en el segundo párrafo del artículo 249 CP.

Ante esta situación, interesa plantear el siguiente supuesto de hecho para analizar las consecuencias de optar por una interpretación u otra:

Un sujeto X llega a una gasolinera y llena el depósito de su ciclomotor con 15 € de gasolina sin plomo. En vez de pagar, se sube en su moto y se va del lugar. Poco después es detenido y acusado por un delito de estafa leve. X había sido previamente condenado tres veces por distintos delitos leves de estafa, hurto y apropiación indebida y no tiene los antecedentes cancelados.

La pregunta que surge ante este supuesto y este delito de bagatela es si le sería de aplicación la agravante del artículo 250 CP, ya que el Código Penal no hace distinción al referirse al delito de estafa y la pena podría aumentar de multa de uno a tres meses (delito leve de estafa) de prisión de uno a seis años (delito agravado de estafa).

Este supuesto es parcialmente distinto del anteriormente planteado, pues la duda no radica en valorar si se puede aplicar la agravante de multirreincidencia cuando los antecedentes son por delitos leves, ya que la conclusión de la sentencia STS 481/2017 de 28 de junio, así como la interpretación del 22. 8º y 65.6ª en relación con el 66.2 CP son perfectamente aplicables para rechazar su cómputo; sino si el tipo específico del artículo 250.1.8º CP se proyecta sobre los supuestos de estafas leves (anteriores faltas) o no, ya que el artículo 248 y 249 CP no hacen expresa referencia – como sí hace el 234.2 CP – a que un delito leve de estafa se transformará en grave si le resultase de aplicación alguna de las circunstancias agravantes del artículo 250 CP.

parece sustentar que tampoco resultaría de aplicación el artículo 235.1.7 del Código Penal ... 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).

²⁰ Sobre este concepto y sus distintas teorías, Vid. MACULAN, E. *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*. Barcelona. Marcial Pons. 2019. Pp.262-265.

La STS de 3 de febrero de 2019 se plantea la resolución de un caso similar al expuesto, separando la interpretación de lo acontecido tradicionalmente con la regulación del hurto y su multirreincidencia, dado que respecto de la estafa leve esta aplicación sería totalmente novedosa, al no existir antecedentes de interpretaciones similares. La duda radica en, si considerar que el artículo 250 CP al referirse a los delitos de estafa incluye ambas modalidades – tipo básico y tipo atenuado –, o si no lo incluye y su referencia genérica se debe a un olvido del legislador y una deficiente técnica legislativa.

La Sala se inclina por la siguiente interpretación pro reo: *La interpretación de la norma según su construcción gramatical puede hacer pensar que la genérica alusión al delito de estafa, extiende la operatividad de las agravaciones contenidas en el artículo 250.1 CP a todas sus modalidades, incluida la que el artículo 249.2 incorpora como delito leve, heredero de la desaparecida falta del artículo 623.4 CP.*

Sin embargo, tal aparente claridad deja abierta la puerta a diversas incógnitas que deben ser despejadas con perspectiva sistemática, porque la aplicación de las normas penales desde la garantía de tipicidad, veda una interpretación analógica y extensiva en perjuicio del reo. Y así, no puede considerarse baladí, desde una concepción integrada del texto penal, que, a diferencia de lo que ocurre en relación al delito leve de hurto del artículo 234.2, a tenor del cual «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», ninguna referencia a la aplicación del artículo 250 incluya el artículo 249.2 CP. Máxime cuando ambos preceptos fueron incorporados por la misma Ley, lo que, a contrario sensu, avala la exclusión del delito leve de estafa de la órbita agravatoria del artículo 250 CP.

Por lo tanto, a pesar de que el legislador no diferencia entre tipos de delitos de estafa, la Sala opta por no aplicar la analogía en perjuicio del reo y por una interpretación garantista de los principios orientadores del Derecho Penal. Junto a ello, la Sala recuerda que el salto agravatorio tan intenso que se produciría (de pena de multa de uno a tres meses a pena de prisión de 1 a 6 años) si se interpretase que, de manera analógica a la regulación del hurto, la estafa leve se incluye en el artículo 250 CP se vulneraría el principio de prohibición de la analogía en mala parte. La sentencia hace extensiva esa conclusión a todas las circunstancias agravantes del artículo 250 CP, aunque algunas por su propia naturaleza (perjuicio mayor de 50.000 €, etc) queden excluidas *per se*.

En este supuesto, la agravante de multirreincidencia no será aplicable en ningún caso cuando se esté valorando la comisión de un delito leve, incluso si los antecedentes son graves o menos graves, ya que el espectro típico del artículo 250 CP ha de considerarse que no abarca la versión leve del tipo delictivo.

Esta interpretación también se ha de aplicar a los delitos leves de apropiación indebida y de administración desleal, pues aunque su regulación sea un poco más clara que la de la estafa, ya que las versiones leves de ambos delitos se incluyen en apartados distintos – 252.2º y 253 .2º CP - y la remisión a la pena del artículo 249 y 250 CP se encuentra únicamente en los apartados primeros de los artículos 252 y 253 CP, la Circular de la FGE 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015²¹ los incluye expresamente como delitos leves que sí pueden integrar ciertos subtipos agravados, *pues estos preceptos, que instituyen tipos penales especiales cualificados, no hacen distinción entre delitos leves y menos graves.* Interpretación que, por lo expuesto, habrá de ser rechazada por ser contraria a la prohibición de la aplicación del principio de analogía en mala parte.

²¹ Circular de la Fiscalía General de Estado 1/2015. Pp. 44 y 45

5. CONCLUSIÓN

La reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 se enfrenta al fenómeno de la delincuencia habitual de los delitos de bagatela contra la propiedad y el patrimonio aumentando las penas en caso de reiteración delictiva²², tomando como único parámetro la multirreincidencia en el delito, sin tener en cuenta la afectación a los principios rectores del Derecho penal y la realidad criminológica de las personas a las que va dirigida la norma²³. Recupera por este medio la concepción preventivo general negativa de las penas y renuncia a aplicar medidas de seguridad para este tipo de delincuentes, en contra de lo solicitado de manera reiterada por la doctrina²⁴.

De aplicarse la agravante específica de reincidencia se produciría un incremento punitivo tan importante – ya que un delito leve se transforma en uno agravado sin pasar previamente por el escalón del tipo básico – que aumentaría exponencialmente la población carcelaria de este tipo de delincuentes (que ya de por sí es altísima). La opción elegida por el legislador respecto de los multirreincidentes en delitos leves supone una derrota de la función preventivo especial de la pena, pero esta no podrá sanarse con el aumento de la misma, pues la medida que ya fracasó una vez está llamada de nuevo a fracasar²⁵.

Parece claro que esta era la opción del legislador, sin tener en cuenta que la prisionización de este tipo de delincuentes habituales, que utilizan el ataque a los derechos propiedad de terceros de bienes de escaso valor como forma de vida, solo conduce a una espiral autodestructiva de los mismos, donde la resocialización del delincuente que proviene de ambientes sociales marginales resulta inalcanzable.

Por ello resulta importante que la judicatura, que está más pegada a la calle y a los problemas de los ciudadanos que el legislador, interprete las normas de un modo sistemático y en beneficio del reo, tal y como ha hecho la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Aplicando la jurisprudencia analizada se puede llegar a las siguientes conclusiones:

1º La agravante de multirreincidencia respecto al delito de leve de hurto no será aplicable si los antecedentes que han de computarse provienen de delitos leves.

2º A los delitos leves de estafa, apropiación indebida y administración desleal no les resulta aplicable la circunstancia agravante de multirreincidencia del artículo 250.1.8º CP, por lo que no se agravará la pena incluso cuando los antecedentes a computar provengan de la comisión de delitos graves o menos graves.

3º El Tribunal Supremo no se ha pronunciado aún sobre si sería aplicable a un delito leve de hurto la agravante específica de multirreincidencia si los antecedentes a computar proviniesen de delitos graves o menos graves, aunque la interpretación llevada a cabo en la STS 481/2017 de 28 de junio conduciría, en mi opinión, a la misma conclusión de inaplicabilidad de la agravante del artículo 235.1.7 CP en este supuesto.

²² DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *Los delitos contra el patrimonio de apoderamiento tras la reforma penal de 2015*. Bosch. Barcelona. 2015.p.45. Esta autora califica esta manera de legislar y enfrentarse a la pequeña delincuencia del modo siguiente: *La obsesión casi enfermiza del legislador de resolver el tema de la pequeña delincuencia con grandes penas ...*

²³ Como advierte RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Aspectos críticos...* op.cit. P.303. *Siempre que una regulación legal prescinda de las indicaciones criminológicas y desatiende los más elementales principios dogmáticos, el fracaso en cuanto a los objetivos político criminales está prácticamente asegurado.*

²⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *El delincuente habitual y el recidivismo*. El Criminalista, 2ª serie II. Buenos aires. 1958. pp. 259 y ss. Cit. por. RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Aspectos críticos ...* op.cit.P.298.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Aspectos críticos ...* op.cit.P.298.

²⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Aspectos críticos ...* op.cit.P.304.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO LÓPEZ, S. *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito*. Madrid. Iustel. 2008.
- BARBERO SANTOS, M. “Los marginados ante la ley penal (la ley de peligrosidad y rehabilitación social de lege ferenda)”, en GIMBERNAT ORDEIG, E et al. (Dir). *Libro homenaje al Profesor José Antón Oneca*. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca. 1982.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *Los delitos contra el patrimonio de apoderamiento tras la reforma penal de 2015*. Bosch. Barcelona. 2015.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *El delincuente habitual y el recidivismo*. El Criminalista, 2ª serie II. Buenos aires. 1958.
- MACULÁN, E. *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*. Barcelona. Marcial Pons. 2019.
- MELENDO PARDO, M, en GIL, A/LACRUZ LÓPEZ, J.M/ MELENDO PARDOS, M/ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid. Dykinson. 2011.
- MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona. Reppertor. 1998. 5ª. ed.
- MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2019. 10ª ed
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la Parte especial del Derecho Penal*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1964. T.II.p.77
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Aspectos críticos de la elevación de penas en caso de multirreincidencia*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales. 1972.
- ZAFFARONI, E. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires. Ediar, 2000.

