

Jurisprudencia en la aplicación del artículo 235.1.7 del Código Penal y la aplicación de penas de prisión como pena sustitutoria de la multa impagada

Investigación encargada

Autoras

Núria Torres Rosell y Àfrica Cruz Jiménez

Año 2023



Jurisprudencia en la aplicación del artículo 235.1.7 del Código Penal y la aplicación de penas de prisión como pena sustitutoria de la multa impagada

Autoras

Núria Torres Rosell

Prof.^a agregada Sierra Húnter Derecho Penal. URV

África Cruz Jiménez

Prof.^a asociada Derecho Penal

Dpto. de Derecho público. Facultad de Ciencias Jurídicas.

URV.

El Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada ha editado esta investigación respetando el texto original de las autoras.

Las ideas y opiniones expresadas en la investigación son de responsabilidad exclusiva de las autoras, y no se identifican necesariamente con las del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada.

Aviso legal



Esta obra está sujeta a una licencia de *Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 No adaptada de Creative Commons*, cuyo texto completo se encuentra disponible en <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>

Así pues, se permite la reproducción, la distribución y la comunicación pública del material, siempre que se cite la autoría del material y el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada (Departamento de Justicia), y no se haga un uso comercial ni se transforme para generar una obra derivada.

Índice

1. Contextualización del problema	1
Objetivos, estructura y metodología.....	4
2. Regulación penal y evolución normativa del agravante de reincidencia y la multirreincidencia en delitos patrimoniales.....	7
2.1. Respuesta a la reincidencia y a la delincuencia patrimonial en el Código Penal.....	7
2.1.1. La reincidencia como circunstancia agravante genérica	7
2.2.2. La reincidencia como circunstancia calificante de los delitos patrimoniales	8
2.2. Breve referencia a los antecedentes de la regulación.....	12
2.3. La reforma del Código Penal de 2022.....	15
3. Aspectos problemáticos en la interpretación y aplicación de la regulación penal vigente entre 2015 y 2022	19
3.1. La aplicación automática del agravante de reincidencia	19
3.2. La identidad en la naturaleza de los delitos previos (antecedentes) y el delito actual.....	21
4. Líneas jurisprudenciales en la determinación de los criterios para la aplicación de la multirreincidencia en el delito de hurto	23
4.1. La valoración de la gravedad de los antecedentes en relación con la gravedad del delito actual	23
4.1.1. Contenido de la STS 481/2017, de 28 de junio	24
4.1.2. Vot Particular a la STS 481/2017.....	28
4.1.3. Otras sentencias del Tribunal Supremo que siguen la posición mayoritaria de la STS 481/2017	30
4.2. La valoración de la identidad en la naturaleza de los delitos previos y la actual en la Jurisprudencia del TS	33
4.2.1. Identidad entre el hurto y el robo	34
4.2.2. Identidad entre el hurto y el robo con violencia.....	37
4.3. La adhesión de las resoluciones de las Audiencias Provinciales a una u otra línea jurisprudencial.	38
4.3.1. Sentencias de Audiencias Provinciales que siguen la línea jurisprudencial de la STS 481/2017, de 28 de junio.....	38
4.3.2 Sentencias emitidas por la AP que se apartan del criterio fijado por el TS	41

4.3.3 Síntesis	43
5. Comparativa con las previsiones contenidas en legislaciones cercanas	45
5.1. Alemania	45
5.2. Italia	48
5.3. Francia	50
5.4. Portugal.....	51
6. La respuesta a la delincuencia patrimonial persistente: factores a tener en cuenta	53
6.1. La reducción de la pena en los casos de tentativa.....	53
6.2. Limitaciones de la pena de multa, en particular, para delincuentes patrimoniales sin recursos	55
6.3. Sobre el potencial disuasorio del incremento de pena: ¿una medida dirigida a los infractores?	57
6.4 Alternativas al incremento punitivo: la supervisión, el control en la comunidad y la atención a las circunstancias del individuo	59
6.5. La relación entre la reincidencia y la multirreincidencia patrimonial y la criminalidad organizada.	61
7. Propuestas y recomendaciones	64
7.1 A nivel normativo.....	64
7.1.1. La reforma del artículo 234.2 CP de 2022	64
7.1.2. Más allá de la reforma de 2022	65
7.2 A nivel judicial	70
7.3 A nivel de la Administración penitenciaria y de medidas penales alternativas.....	76
8. Bibliografía	78
9. Listado de Jurisprudencia empleada (por Tribunal y orden cronológico)	80

1. Contextualización del problema

La evaluación periódica de los niveles de reincidencia penitenciaria en Cataluña ha permitido detectar una situación anómala, que plantea una problemática específica y merece un estudio concreto para elaborar un buen diagnóstico de las causas y proponer posibles soluciones. En este sentido, se ha constatado la existencia de un volumen importante de internos e internas que cumplen una pena privativa de libertad como responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa previamente impuesta en un procedimiento penal (en adelante, RPSIM). Esta situación ya se había detectado en investigaciones previas sobre reincidencia penitenciaria (CEJFE, 2015), y sobre el recurso en prisión por el impago de multas aplicadas en delitos patrimoniales (Gómez *et al.*, CEJFE, 2016). En la última investigación efectuada (CEJFE, 2022) se ha comprobado que un 13,1 % de los internos excarcelados en 2015 son personas que ingresan para cumplir la pena privativa de libertad con la que se sustituye el impago de una multa penal.

En efecto, en esta última investigación, la posibilidad de acceder a los datos del CGPJ ha permitido detectar que la mayor parte de estos ingresos penitenciarios por RPSIM responden a la comisión de delitos patrimoniales y, en concreto, a delitos de hurto que, por razón del escaso valor de los objetos sustraídos (menos de 400 €), han sido castigados con penas de multa de 1 a 3 meses, atendiendo a lo previsto en el art. 234.2 CP. El análisis de estos datos en fuentes judiciales revela, por una parte, que algunos de los individuos implicados llegan a acumular hasta 200 diligencias judiciales por delitos de hurto, y que son castigados reiteradamente con penas de multa que no son satisfechas, y que generan una consecución de entradas y salidas de prisión, siempre por períodos temporales cortos. Tanto la multa, como la cárcel de corta duración con que se sustituye el impago de esta, tienen una eficacia limitada, en términos disuasorios, para estos individuos que, sea por razones de precariedad económica, por carencias importantes en sus capacidades y habilidades laborales, por problemas vinculados al consumo de tóxicos, por discapacidad intelectual, por dependencia de otras personas que se dedican a estas actividades o, incluso, por decisión personal, reinciden en la comisión de delitos patrimoniales.

Por otra parte, los datos que se han analizado apuntan a que los tribunales han sido proclives a aplicar la pena de multa como respuesta penal prioritaria para buena parte de los delitos de hurto que enjuician, en especial, cuando estos delitos son, individualmente considerados, de escasa gravedad dado el valor de lo sustraído. La constatación de que existe un volumen elevado de delincuentes patrimoniales reincidentes que ingresan en prisión en aplicación de las reglas de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa es la evidencia de que los órganos judiciales aplican preferentemente esta sanción, también en el caso de delincuentes reincidentes.

En efecto, los datos examinados reflejan que la respuesta punitiva en caso de hurtos leves reiterados recae, de forma prioritaria, en una pena de multa que, solo en caso de ser impagada, comporta el ingreso del individuo en prisión. Esto significa que, desde el ámbito judicial, se ha realizado una aplicación muy restrictiva del tipo hiperagravado de hurto previsto en el art. 235.1.7 CP que fue incluido en el texto penal con la reforma operada con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Con este precepto se preveía la aplicación de penas más severas, que llegaban hasta los tres años de prisión, para aquellos individuos que en el momento de delinquir hubieran sido ya condenados por tres o más delitos previos.

La reforma de 2015 apostó por este incremento punitivo ante la constatación de supuestos de comisión reiterada de delitos de hurto en las grandes ciudades (Barcelona, Madrid, Valencia, etc.), en espacios especialmente adecuados para su perpetración (como estaciones de tren y de metro, aeropuertos, grandes superficies comerciales, supermercados, etc.) y que generaban un sentimiento de impotencia y de indefensión entre los comerciantes, los consorcios de transportes y la sociedad en general (De Vicente, 2021: 1).

La introducción del tipo calificado de hurto del art. 235 CP fue producto de un determinado clima social y de las exigencias de determinados sectores, para una intervención contundente contra carteristas y otros delincuentes multirreincidentes (Juanatey, 2020: 4). No obstante, esa decisión del legislador, que en el art. 235.1.7 CP apostaba por una exasperación de la pena para el caso de la reincidencia en delitos patrimoniales en los que no concurre ni violencia ni

intimidación, fue criticada por la doctrina penal y por la propia jurisprudencia que ha realizado durante estos años, una aplicación muy restringida.

Esta situación ha llevado recientemente al legislador a emprender una nueva reforma del artículo citado, destinada a asegurar, ahora sí, la aplicación de penas de prisión para los delincuentes patrimoniales reincidentes. En efecto, mediante la LO 9/2022, de 28 de julio, el legislador ha dado nueva redacción al art. 234.2 CP para salvar las críticas y obstáculos que habían conducido a la inaplicación de las penas de prisión en casos de multirreincidencia patrimonial. Esta reforma penal, de reciente aprobación, y a cuyo contenido nos referiremos más adelante, constituye una nueva pieza en el intento de hacer frente a la delincuencia patrimonial por la vía de la respuesta punitiva.

Por tanto, es importante señalar que la situación que analizamos en este informe y que reflejan los datos, con un volumen importante de internos e internas en centros penitenciarios que cumplen privación de libertad por el impago de una multa que ha sido impuesta en el marco de un proceso penal por un delito de hurto, y en los que concurren, en ocasiones, decenas e incluso, puntualmente, cientos de antecedentes por delitos de la misma naturaleza, responde a la aplicación de la legislación vigente hasta julio de 2022. Es decir, los internos e internas detectados en la última investigación sobre reincidencia penitenciaria fueron juzgados y condenados con el contenido del Código Penal vigente entre los años 2015 y 2022 y, por tanto, este es el marco legal sobre el que versa y que se analiza en este informe.

La relevancia de la realidad que queremos examinar en estas páginas radica en que, si bien arranca del contexto penitenciario, remite a un problema social y jurídico más amplio y complejo. En este sentido, el sistema penitenciario, por una parte, dispone de recursos muy limitados para ofrecer una intervención resocializadora para individuos que entran y salen de prisión de forma reiterada y para estancias cortas, como es el caso de la responsabilidad por impago de multa, sin posibilidad de ofrecerles un programa de tratamiento o una propuesta de capacitación laboral. Por otra parte, las herramientas de que dispone el sistema penal tampoco parecen lo suficientemente acertadas para dar respuesta a los sujetos implicados en este tipo de conductas que viven, a menudo, con

circunstancias de precariedad personal, social y económica que les brindan escasas alternativas y para los que ni el juicio ni la pena parecen ejercer el efecto disuasorio pretendido (JUANATEY, 2020: 4). Por último, es importante valorar la respuesta que hasta ahora ha dado el sistema penal y penitenciario en términos de eficiencia y eficacia, porque la gestión de estos casos requiere de estructuras judiciales y penitenciarias económicamente costosas que destinan una parte relevante de su operativa a gestionar los expedientes de individuos que reinciden al margen de las medidas jurídicas que se apliquen.

Objetivos, estructura y metodología

Ante este panorama, presentamos un estudio que tiene como objetivo analizar algunas de las cuestiones que se plantean en el marco de la multirreincidencia patrimonial. En concreto, nos proponemos, como primer objetivo, estudiar los motivos por los que los tribunales no han aplicado durante estos últimos años el precepto del Código Penal que debía permitir aplicar directamente una pena de prisión a los delincuentes multirreincidentes, en lugar de una pena de multa que, en la mayor parte de casos, no llega a pagarse. En segundo lugar, y como segundo objetivo del trabajo, analizamos elementos relevantes y formulamos algunas propuestas que, en cualquier caso, se apuntan como opciones que requerirán un posterior análisis y discusión.

Cabe decir que, si bien el informe responde a un encargo del CEJFE de mayo de 2022, a finales de julio el legislador aprobó una reforma del texto penal que ha afectado, en cierta medida, al contenido del informe (LO 9/2022, de 28 de julio). Por ello, en algunos apartados, las autoras hemos incluido referencias puntuales al contenido de la nueva regulación.

Este informe se estructura en seis apartados. Aparte de estas páginas introductorias, en el segundo apartado, nos referimos a los antecedentes más cercanos en la regulación penal de la reincidencia como circunstancia agravante genérica y en las particularidades para hacer frente, de forma específica, a la reincidencia en los delitos de hurto y robo. Para la realización de este apartado se ha tenido en cuenta la regulación de esta materia en el Código Penal y sus sucesivas reformas, incluyendo la reforma de LO 9/2022. A pesar de la

diversidad de tipos penales que se prevén en el ámbito de los delitos patrimoniales, el informe se focaliza en los delitos de hurto puesto que son los que han motivado las sucesivas reformas penales.

En el tercer apartado, hablamos de los principales problemas de interpretación que plantea la regulación de la reincidencia y la multirreincidencia en el Código Penal español y que se concretan en el automatismo en el agravamiento de la pena en caso de multirreincidencia y la dificultad para valorar la naturaleza de los delitos patrimoniales.

El análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias provinciales en aplicación de las agravantes entre los años 2015 y 2022 (es decir, antes de la reforma de 2022) se expone en el cuarto apartado. Como veremos, el Tribunal Supremo estableció en 2017 una interpretación restrictiva del tipo calificado de hurto, que ha supuesto excluir en muchos casos la aplicación de penas de prisión para los delincuentes multirreincidentes. La interpretación jurisprudencial que se ha hecho del art. 235.1.7 CP evidencia el conflicto entre la voluntad del legislador de 2015, plasmada en dicho precepto y que apostaba por una respuesta penal severa, y los criterios efectivamente aplicados por parte de los tribunales, tras un análisis sistemático del Código Penal y atendiendo en los criterios interpretativos del derecho penal. Para la realización de este segundo apartado se han consultado las sentencias del Tribunal Supremo y de Audiencias provinciales contenidas en las bases de datos del Centro de Documentación del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ).

En el quinto apartado del informe ofrecemos una revisión de las previsiones legales contenidas en algunos países de nuestro entorno en relación con la regulación de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y también con el abordaje de la reincidencia y la multirreincidencia en la delincuencia patrimonial de baja intensidad. A tal efecto, se ha consultado el contenido de las disposiciones de la ley penal en Alemania, Italia, Francia y Portugal.

La visión de derecho comparado se complementa con el sexto apartado, en el que se plantean algunas cuestiones relevantes para un abordaje integral y en profundidad de la respuesta a la delincuencia patrimonial reincidente.

Por último, el informe concluye con una serie de propuestas que tienen como principal objetivo abrir el debate necesario para lograr una respuesta más adecuada a un problema social complejo que, seguramente, no puede resolverse con una mera reforma del Código Penal, sino que requiere una actuación coordinada desde diferentes ámbitos, tanto los que implican la definición de los tipos penales y su aplicación por parte de los tribunales, como los relativos a la intervención de los profesionales que deben detectar e intervenir, en el ámbito judicial, penitenciario y social, con los autores de estos delitos reiterados de hurto.

2. Regulación penal y evolución normativa del agravante de reincidencia y la multirreincidencia en delitos patrimoniales

2.1. Respuesta a la reincidencia y a la delincuencia patrimonial en el Código Penal

La respuesta que desde el ámbito punitivo puede darse a los casos de reincidencia y multirreincidencia en los delitos patrimoniales viene determinada por una serie de preceptos previstos en el Código Penal vigente. Estos preceptos se ubican, por un lado, en los artículos 22.8 y 66 CP, en relación con el concepto genérico de reincidencia penal, y, por otro lado, en los artículos 234 y ss CP, en el que se regulan los delitos de hurto básico, hurto agravado o calificado y robo con fuerza y con violencia en sus modalidades básicas y calificadas.

2.1.1. La reincidencia como circunstancia agravante genérica

En primer lugar revisaremos la regulación de la circunstancia agravante genérica de reincidencia, aplicable a cualquier delito y no solo a los patrimoniales. Sección 22.8. CP establece que puede apreciarse el agravante de reincidencia cuando el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el propio Título del Código Penal, siempre que sea de la misma naturaleza. Asimismo, el precepto alerta de que no se computarán, a efectos de reincidencia, ni los antecedentes penales cancelados o que deberían serlo, ni los delitos leves.

Es importante subrayar esta exclusión expresa de los delitos leves en el cálculo de la reincidencia porque, como veremos más adelante, esta ha sido una cuestión reconocida por los tribunales en el momento de fijar los criterios para aplicar determinados tipos calificados por razón de reincidencia.

Por otra parte, el artículo 66 CP regula los efectos penológicos que comporta apreciar la circunstancia agravante de reincidencia. Se prevé, como regla

general, la aplicación de la pena, en su mitad superior, que corresponde al delito cometido (art. 66.3 CP), si bien cuando esta circunstancia de reincidencia concorra con dos o más circunstancias agravantes, y siempre que no se aprecie ninguna circunstancia atenuante, resultará posible incrementar la pena hasta la superior en grado en su mitad inferior (art. 66.4 CP). Por último, el quinto apartado de este mismo art. 66 CP todavía contiene una regulación *ad hoc* para la reincidencia, que entra en funcionamiento cuando el culpable, al delinquir, ya haya sido condenado ejecutoriamente por, al menos, tres delitos previstos en el mismo Título del Código Penal, siempre que estos delitos sean de igual naturaleza. En caso de que ocurran estas circunstancias, es decir, cuando se constate no una única condena previa, sino hasta tres, el juez podrá aplicar la pena superior en grado. Es el número de antecedentes penales que constan para el individuo lo que conduce a la aplicación de la hiperagravante de reincidencia. La redacción del art. 66.5 CP obliga a tener en cuenta las condenas precedentes y la gravedad del nuevo delito, pero a efectos penológicos lleva al mismo resultado que en caso de apreciarse la concurrencia de diversas circunstancias agravantes (art. 66.4 CP), porque faculta al juez para aplicar la pena superior en grado, sin que, en esta ocasión, el texto legal matice que la pena deba limitarse a la mitad inferior.

2.2.2. La reincidencia como circunstancia calificante de los delitos patrimoniales

En segundo lugar, el legislador ha previsto también particularidades para los supuestos de reincidencia en el ámbito de la delincuencia patrimonial y lo ha hecho introduciendo disposiciones específicas en el libro II del Código Penal, es decir, directamente en las disposiciones relativas a los delitos patrimoniales. Sin embargo, antes de referirnos a estas previsiones específicas que se configuran como tipos calificados, debemos delimitar los diferentes tipos penales que se prevén como delitos patrimoniales de apoderamiento.

El **delito de hurto** consiste en la mera sustracción de una cosa mueble ajena, en contra de la voluntad de quien es propietario. En la regulación que hace el Código Penal español, la pena correspondiente a esta infracción depende del valor o cuantía del objeto sustraído, de forma que cuando excede de 400 € se

castiga como delito menos grave con una pena de prisión de 6 a 18 meses (art. 234.1 CP), mientras que, cuando no supera este límite, la conducta se considera una infracción leve y se castiga con pena de multa de uno a tres meses (art. 234.2 CP). Además, el tercer apartado del precepto, obliga a aplicar la pena correspondiente (de multa o de prisión) en su mitad superior cuando en la comisión de los hechos se han neutralizado, eliminado o inutilizado dispositivos de alarma o seguridad en las cosas sustraídas.

Aparte de este tipo básico, el Código Penal contempla también un **tipo calificado de hurto** (art. 235 CP) que describe una serie de circunstancias que, en caso de concurrir, llevan a la aplicación de una pena de 1 a 3 años de prisión. Respecto a este tipo calificado es importante tener en cuenta que la entrada en juego de este precepto se prevé no solo respecto al hurto menos grave (más de 400 €) sino también para el delito leve de hurto (menos de 400 €). En este sentido, el artículo 234.2 CP establece una pena de multa para el delito leve de hurto “salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235 CP”.

Esta previsión normativa comporta un incremento punitivo muy notable, que no siempre resulta fácil de explicar en términos de mayor injusto o mayor culpabilidad del sujeto activo. Así sucede, por ejemplo, en la previsión contenida en el apartado 7 del art. 235 CP, en el que se describe una circunstancia de reincidencia aplicable al delito de hurto “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 deban serlo”. Por tanto, en caso de concurrir la circunstancia de reincidencia tal y como se describe en el art. 235.1.7 CP, la pena aplicable para el hurto se convierte en la de prisión de uno a tres años, sin atender ya, al menos en la regulación previa a 2022, a la gravedad del delito cometido, atendiendo al valor de la cosa hurtada (superior o inferior a 400 €). Además, se podrá imponer esta pena en su mitad superior (de 2 a 3 años de prisión) cuando concurren dos o más circunstancias de las previstas en el art. 235 CP. Conviene tener en cuenta, en este sentido, que el art. 235.1.8 CP hace referencia al supuesto en que “el culpable o culpables participen en los hechos como miembros de una organización o grupo criminal que se dedicará a

la comisión de delitos comprendidos en este título, siempre que sean de la misma naturaleza”.

En el caso del **delito de robo**, la principal característica del tipo penal es la concurrencia de determinados medios comisivos para la perpetración de la conducta de sustracción o de empoderamiento de la cosa mueble. Estos medios comisivos pueden consistir tanto en la fuerza en las cosas para acceder a las cosas o para abandonar el lugar donde estas se encuentren, como en la violencia o la intimidación en las personas para cometer el delito, para proteger la fuga o sobre las personas que acudan a auxiliar a la víctima o que le persiguen (art. 237 CP).

A efectos de este trabajo es interesante saber que el robo con fuerza en las cosas se castiga con una pena de prisión de 1 a 3 años (art. 240.1 CP), pero que podrá incrementarse entre los 2 y 5 años de prisión cuando concorra alguna de las circunstancias del art. 235 CP, entre las cuales se encuentra la reincidencia, tal y como prevé el art. 234.2 CP. Este tipo agravado es igualmente aplicable en los casos de robo con fuerza en casa habitada o en edificio o local abiertos al público, logrando en este caso una penalidad de 2 a 6 años de prisión (art. 241.4 CP).

En definitiva, el agravante de multirreincidencia del art. 235.1.7 CP resulta aplicable tanto al delito de hurto (art. 234 CP) como el de robo con fuerza en las cosas y en casa habitada (arts. 240 y 241.4 CP). Sin embargo, no se prevé, la aplicación para el caso del robo con violencia o intimidación (art. 242 CP).

En la siguiente tabla puede apreciarse el notable incremento de pena que supone la aplicación de la previsión del artículo 235.1.7 CP en cada uno de los delitos patrimoniales que la contemplan en relación, tanto con la pena prevista para el tipo penal cuando no concurre reincidencia, como atendiendo a los distintos estadios de la reincidencia que recoge el Código Penal (art. 22.8, 66.5 y art. 235.1.7 CP).

Tabla 1: Comparativa según el tipo de delito, penalidad y apreciación de reincidencia

Delito	Pena sin agravante de reincidencia	Modalidad de reincidencia	Penalidad resultante según la modalidad de reincidencia apreciada
Hurto 400 € (art. 234.1 CP)	Cárcel de 6 a 18 meses	Con reincidencia del 22.8 CP (1 delito de la misma naturaleza y no leve)	Cárcel de 12 a 18 meses (mitad superior)
		Con reincidencia del 66.5 CP (3 delitos misma naturaleza)	Cárcel de 18 a 27 meses (superior en grado) (de 1 año y 6 meses a 2 años y 3 meses)
		Con reincidencia del art. 235.1.7 CP (3 delitos misma naturaleza)	Cárcel 1 a 3 años
Hurto –400 € (art. 234.2 CP)	Multa 1 a 3 meses	Con reincidencia del 22.8 CP (1 delito de la misma naturaleza)	Multa 2 a 3 meses (mitad superior)
		Con reincidencia del 66.5 CP (3 delitos misma naturaleza)	Multa de 3 a 4,5 meses (superior en grado)
		Con reincidencia por 3 o más delitos de la misma naturaleza	*Antes de la reforma de 2022: Cárcel 1 a 3 años **Después de la reforma de 2022: Cárcel de 6 a 18 meses
Robo con fuerza (art. 240.1 CP)	Cárcel 1 a 3 años	Con reincidencia del 22.8 CP (1 delito de la misma naturaleza)	Cárcel 2 a 3 años (mitad superior)
		Con reincidencia del 66.5 CP (3 delitos misma naturaleza)	Cárcel de 3 a 4,5 años (más alto en grado)
		Con reincidencia del 235.7 CP (3 delitos misma naturaleza) (según previsión del 240.2 CP)	Cárcel de 2 a 5 años
Robo con fuerza en casa habitada, edificio o local (art. 241 CP)	Cárcel de 2 a 5 años (Cárcel de 1 a 5 años si es local fuera de las horas de apertura)	Con reincidencia del art. 235.1.7 CP	Cárcel de 2 a 6 años

Mesa elaborada a partir de las sanciones previstas en el Código Penal

2.2. Breve referencia a los antecedentes de la regulación

Antes de adentrarnos en las particularidades de la regulación que ha estado vigente entre los años 2015 y 2022 y que, por tanto, ha sido aplicada a los individuos de los que parte esta investigación, es interesante tener en cuenta que el agravante de reincidencia prevista en el artículo 235 CP cuenta con unos antecedentes legislativos relevantes. La revisión de estos antecedentes muestra que estamos ante un tema recurrente, en el que el legislador experimenta periódicamente propuestas punitivas diversas que, a la vista de la frecuencia con la que deben ser alteradas, no parecen generar los efectos esperados.

La aplicación de una calificación de la conducta reincidente en el caso de los delitos patrimoniales ya se establecía en el **Código Penal de 1870**, que contemplaba la aplicación de la pena superior en caso de delito de robo, hurto y estafa, si el sujeto era "dos o más veces reincidente". En el supuesto de reiteración en la comisión de faltas de hurto, la existencia de dos condenas previas servía también para elevar la conducta de falta a la categoría de delito (De Vicente, 2021: 3).

La reforma a la que se sometió el Código Penal **en 1983** suprimió la previsión relativa a la reincidencia. La exclusión del agravante se fundamentó tanto en la vulneración del principio penal del *non bis in idem*, puesto que el agravante de reincidencia suponía que un mismo hecho delictivo generaba consecuencias punitivas en más de una ocasión, como en la falta de efectividad práctica de la medida como solución o respuesta a la reiteración y habitualidad delictiva.

El **Código Penal de 1995** definió el delito de hurto en términos muy similares a los previstos en la actualidad y con la misma pena de prisión de 6 a 18 meses. El tipo calificado, con idéntica pena a la prevista actualmente, no incluía referencia específica alguna a la reincidencia delictiva. En cuanto a la falta de hurto (valor de lo sustraído inferior a 50.000 pesetas) se preveía una pena de arresto de 2 a 6 fines de semana o una multa de uno a dos meses.

Sin embargo, pocos años más tarde el legislador decidió incorporar nuevamente el tratamiento punitivo de la reincidencia a la legislación penal, de modo que la

reiteración de faltas podía ser apreciada como constitutiva de delito. Esta medida, introducida mediante la **LO 11/2003, de 29 de septiembre**, implicaba que la comisión de cuatro faltas de hurto en el plazo de un año, cuando la cuantía total sustraída superaba los 400 euros, debía comportar la aplicación de la pena prevista para el delito de hurto. Este salto cualitativo y cuantitativo en la valoración de la conducta se acompañó de la previsión de una circunstancia agravante de multirreincidencia en el art. 66.1.5 CP, que instaba a aplicar la pena superior en grado cuando los hechos previos ya hubieran sido juzgados y condenados. Es decir, cuando las faltas no habían sido condenadas podían dar lugar a su apreciación como delito, mientras que cuando las infracciones previas habían sido ya sancionadas, permitían apreciar el agravante genérico de multirreincidencia. En cualquier caso, cabe decir que la previsión de reconversión de las faltas a delito tuvo una aplicación práctica muy limitada dada la inexistencia de un registro de antecedentes de las faltas.

En 2010, la reforma del Código Penal aplicada a través de la **LO 5/2010** incidió en el delito y la falta de hurto en el sentido de reducir a tres faltas (y no cuatro) el número de infracciones que, si se cometían en el plazo de un año y superaban la cuantía de 400 euros, llevaban a apreciar un delito de hurto. De esta forma se pretendía facilitar la apreciación del delito y la aplicación de la pena de prisión correspondiente. Igualmente se introdujo una agravante para los supuestos en que se constatará esta reincidencia, a pesar de no superarse globalmente los 400 €. En este caso, la falta descrita en el art. 623 CP preveía la aplicación de una pena de multa de 1 a 2 meses o, en su defecto, una pena de localización permanente de 1 a 2 meses respecto de la cual el juez podía disponer que se cumpliera en régimen de fines de semana y festivos en el centro penitenciario más cercano al domicilio del penado (art. 37 CP y RD 840/2011, de 17 de junio). La aplicación de este precepto requería, según estableció el Tribunal Constitucional en la sentencia STC 206/2014, de 15 de diciembre, que las faltas hubieran sido declaradas en la sentencia firme previa, o bien, probadas en el mismo proceso en que se planteara la aplicación de la reiteración de faltas de hurto.

Por último, la reforma de la **LO 1/2015**, tuvo una importante incidencia en este ámbito. Por un lado, el legislador de 2015 procedió a suprimir todas las conductas anteriormente descritas como faltas en el libro tercero del Código Penal, lo que supuso la supresión de la falta de hurto. Pero la conducta no fue despenalizada, sino que, por el contrario, pasó a ser regulada como un delito leve (art. 234.2 CP) y en sancionarse con una pena de multa, para la que se aprovechó para aumentar el máximo, que pasaba de 2 a 3 meses, y para eliminar también la alternativa de la pena de localización permanente. Por otro lado, aunque la nueva regulación del hurto ya no contemplaba la acumulación de faltas y su conversión a delito, dado que las faltas habían sido suprimidas del Código, se introducía una modalidad agravada en el art. 235.1.7 CP que debía ser aplicada imperativamente en caso de reincidencia, a diferencia de la regla de determinación del art. 66 CP.

La redacción del art. 234.1 y 234.2 CP daba a entender que el tipo básico y el atenuado o leve del delito de hurto quedaban excluidos en caso de concurrir las circunstancias agravantes del art. 235 CP, que se convertía en aplicación prioritaria. Entre tales circunstancias se encuentra la calificación para el delito de hurto cuando "al delinquir al culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente por, al menos, tres delitos comprendidos en este Título" (art. 235.1.7 CP).

Además, con el fin de perseguir la delincuencia patrimonial habitual o profesionalizada, el art. 235.1.10, introducía una modalidad agravada por aquellos que "participen en los hechos como miembros de una organización o grupo criminal que se dedique a la comisión de delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza." Por último, la reforma también previó la aplicación de la pena en su mitad superior en caso de eliminación o inutilización de los dispositivos de alarma o de seguridad instalados en las cosas objeto de sustracción.

La voluntad del legislador era claramente la de introducir un mayor rigor punitivo para los supuestos de delincuencia patrimonial reincidente y así lo expresaba la propia exposición de motivos de la LO 1/2015: "*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.”

2.3. La reforma del Código Penal de 2022

La falta de una línea jurisprudencial clara en relación con la aplicación del agravante de multirreincidencia en los delitos patrimoniales y la disparidad en las decisiones de los tribunales, que veremos con mayor detalle en el epígrafe siguiente, han motivado que el legislador español haya abordado recientemente una reforma del Código Penal destinada a asegurar la aplicación de penas de prisión en casos de reiteración de delitos leves de hurto.

En efecto, la LO 9/2022, de 28 de julio, *por la que se establecen normas que faciliten el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales* (BOE núm. 181, de 29 de julio de 2022; <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2022-12644>), ha llevado a modificar el texto del art. 234.2 CP a través del contenido de su disposición final 6a.

La nueva redacción del art. 234.2 establece lo siguiente: *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. No obstante, en el caso de que el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, aunque sean de carácter leve, siempre que sean de la misma naturaleza y que el montante acumulado de las infracciones sea superior a 400 €, se impondrá la pena del apartado 1 de este artículo. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo.*

A diferencia del texto inicialmente proyectado para la reforma del precepto, en el que se preveía introducir modificaciones en el redactado de los arts. 22, 66 y 234 CP, el texto finalmente aprobado solo incide en el art. 234.2 CP, introduciendo una previsión específica para los supuestos de multirreincidencia en el delito leve de hurto. El precepto reformado dispone ahora que, cuando el culpable de un delito leve de hurto (cuantía inferior a 400 €) hubiera sido condenado ejecutoriamente por al menos tres delitos del mismo Título, aunque sean de carácter leve, siempre que sean de la misma naturaleza y la cuantía acumulada en las distintas infracciones sea superior a 400 €, se impondrá la pena correspondiente al tipo básico del delito de hurto del art. 234.1 CP, es decir, una pena de prisión de 6 a 18 meses.

La regulación pretende salvar las críticas formuladas por el TS y que habían dado lugar a una escasa aplicación del agravante prevista en el art. 235.1.7 CP. El legislador opta ahora por introducir una gradación penológica más coherente con la gravedad de las conductas, por lo que se corrige el salto cuantitativo y la desproporción que comportaba equiparar el resultado sancionador cuando se juzgaba un hurto leve y uno menos grave.

Con la nueva regulación, el legislador introduce una escala punitiva en los siguientes términos:

- Delito leve de hurto: multa de 1 a 3 meses.
- Delito leve de hurto con concurrencia de la multirreincidencia: cárcel de 6 a 18 meses.
- Delito menos grave de hurto: cárcel de 6 a 18 meses
- Delito menos grave de hurto con multirreincidencia: cárcel de 1 a 3 años.

Además, con la nueva redacción del precepto, el legislador envía una clara misiva a los tribunales: aunque los delitos previos sean leves, esto no debe ser impedimento para la apreciación de la multirreincidencia. El criterio que establece el legislador confronta con la posición de la jurisprudencia, proclive a una interpretación sistemática del concepto de reincidencia que, atendiendo a lo previsto en el art. 22 y 68 CP, argumentaba que era necesario excluir los delitos leves previos en la valoración de la multirreincidencia. El legislador deja ahora

poco margen de maniobra a los tribunales, y les indica que los delitos leves también tendrán que computar a efectos de reincidencia. En todo caso, establece que para el cómputo de la multirreincidencia no solo debe contarse con tres o más antecedentes no cancelados por delitos patrimoniales, sino que estos deben tener la misma naturaleza y además es necesario haber superado la cuantía de 400 € al valorar globalmente todas las infracciones. El criterio de valoración de la identidad en la naturaleza puede llevar a excluir algunos casos, en aplicación de los criterios jurisprudenciales que ya se han reseñado. Y la exigencia de superar la cuantía global de 400 € permitirá excluir los supuestos de bagatela.

En la exposición de motivos de la ley se lee que *“Se acomete la reforma de los delitos de hurto para dar una respuesta adecuada a los casos de multirreincidencia. La reforma resulta necesaria porque, si bien la regulación actual prevé expresamente la posibilidad de aplicar una modalidad agravada del delito de hurto cuando el autor es multirreincidente, el Tribunal Supremo considera que esta posibilidad debe reservarse para los casos en que los delitos de hurto cometidos con anterioridad superan los 400 euros, pues de lo contrario se produciría un desproporcionado salto punitivo entre la pena prevista en el artículo 234.2 del Código Penal para los delitos de hurto inferiores a 400 euros, que es una pena de multa de 1 a 3 meses, y la pena prevista en el artículo 235.1.7.ª del Código Penal para los casos de multirreincidencia, que es una pena de prisión de 1 a 3 años. Esta regulación, conforme a la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo, está suponiendo que los delitos leves de hurto que se cometen de manera multirreincidente no cuenten con una suficiente respuesta penal, a pesar de que son delitos que están siendo objeto de una creciente preocupación por afectar directamente no solo al turismo, al comercio y a la economía en general, sino también a la propia seguridad de los ciudadanos. Por ese motivo, se considera necesaria una reforma del artículo 234.2 del Código Penal que permita sancionar más gravemente los casos de hurtos leves no superiores a 400 euros cuando se producen de forma multirreincidente. A estos efectos, para evitar el salto desproporcionado de pena criticado por el Tribunal Supremo, se opta por aumentar la pena de estos delitos de hurto leve, pero sin llegar a la pena de prisión del tipo agravado del artículo 235.1 del Código Penal. Se prevé así que en los casos de hurtos leves o inferiores a 400 euros se*

aumente la pena siempre que el autor sea multirreincidente y la cuantía total de lo sustraído, incluyendo los delitos de hurto cometidos con anterioridad, exceda los 400 euros. En tal caso, sin embargo, se deberá imponer no ya la pena del tipo agravado del artículo 235.1 del Código Penal, sino la pena del tipo básico del artículo 234.1 del Código Penal, que es una pena de prisión de 6 a 18 meses. De esta forma, se consigue dar a los casos de multirreincidencia una respuesta penal más disuasoria y ajustada a la gravedad de la conducta, sin incurrir en un incremento desproporcionado de la pena.”

3. Aspectos problemáticos en la interpretación y aplicación de la regulación penal vigente entre 2015 y 2022

La regulación resultante de la reforma penal de 2015 no estuvo exenta de problemas. Poco después de aprobarse el texto de 2015, se puso de manifiesto que la regulación presentaba algunos aspectos conflictivos y que su aplicación podía no resultar pacífica a nivel jurisprudencial y, en consecuencia, tampoco tan efectiva como el legislador pretendía.

Las cuestiones problemáticas sobre las que gira la discusión doctrinal y jurisprudencial son fundamentalmente dos: por un lado, el automatismo con el que se establece para los delitos patrimoniales la agravación de la pena en caso de constatarse la reincidencia y, por otro lado, la dificultad para determinar la identidad en la naturaleza de los delitos patrimoniales cometidos por el sujeto activo a efectos de apreciar la reincidencia. A continuación haremos referencia a estas dos cuestiones para, en el siguiente epígrafe, analizar qué aproximación se ha realizado desde la Jurisprudencia.

3.1. La aplicación automática del agravante de reincidencia

La primera cuestión que resulta problemática en la regulación del agravante para los supuestos de multirreincidencia patrimonial es que su aplicación se prevé automática y no potestativa para los delitos que remiten (tipo básico de hurto, tipo atenuado de hurto, robo con fuerza y robo con fuerza en casa habitada). Esta automaticidad con la que se regula su aplicación se aparta de las reglas generales contenidas en la parte general del Código Penal, que establecen los criterios para apreciar el agravante de reincidencia y para determinar sus efectos penológicos.

A diferencia de lo previsto en el art. 66.1 CP, en el que el legislador faculta al juez para valorar y motivar si aplica o no el incremento penológico correspondiente a la reincidencia, ya sea la descrita en el art. 22.8, ya sea la prevista en el artículo 66.5 CP, en la órbita de los delitos patrimoniales la reforma

introducida en el año 2015 pretendía limitar el margen de decisión de lo que debe disponer el juez.

La regulación de la multirreincidencia en delitos patrimoniales (art. 235.1.7 CP), por una parte, no tenía en cuenta una regla importante en la valoración de la reincidencia que contiene el art. 22.8 CP y que lleva a excluir los delitos leves previamente cometidos por el sujeto. En este sentido, según el art. 22.8 CP, los antecedentes por delitos leves no se computarán a efectos de valoración de la reincidencia. Sin embargo, el art. 235.1.7 CP omite deliberadamente esta cautela. De este modo, los delitos patrimoniales leves por los que hubiera sido condenado previamente el sujeto, que no computarían a efectos de la reincidencia del art. 22.8, sí parecían tener que ser computados a efectos del art. 235 CP.

Por otra parte, los arts. 234 y 235 tampoco tienen en cuenta el contenido del art. 66.2 CP que especifica que, en el caso de los delitos leves, los jueces o tribunales no deben sujetarse a las reglas descritas en el primer párrafo del art. 66 CP para la determinación de la pena (conurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes), sino que aplicarán las penas según su arbitrio prudente. Esta cuestión resulta especialmente relevante cuando se juzgan delitos leves de hurto y el sujeto activo cuenta con antecedentes penales por otros delitos patrimoniales. Y esto porque la regulación contenida en el art. 234.2 CP, relativo a los delitos leves de hurto, introducía una excepción para los supuestos de multirreincidencia, y convierte el tipo agravado del art. 235 en preeminente y sin respetar la capacidad de valoración que el art. 66.2 CP reconoce a jueces y magistrados en el caso de delitos leves.

El resultado de la operación de reforma legal de 2015 es un salto cualitativo y cuantitativo muy importante. A nivel cualitativo, la aplicación del art. 235 CP en el delito leve de hurto implicaba un cambio en la valoración de la gravedad de la infracción, que pasaba de ser una infracción leve a una infracción menos grave, si bien agravada, y sin previsión de un estadio de gravedad intermedia. A nivel penológico, la apreciación de la reincidencia en el delito leve de hurto no solo incrementa el marco definido originariamente por el legislador (pena de multa), sino que modifica la naturaleza de la pena a imponer (prisión) y en un marco

penal (de hasta tres años) que puede llevar a excluir a alguno de los sustitutivos penales que el Código prevé para todos los delitos.

3.2. La identidad en la naturaleza de los delitos previos (antecedentes) y el delito actual

La segunda cuestión que se ha planteado como problemática a efectos de valorar la apreciación de la reincidencia y la multirreincidencia en los delitos patrimoniales remite a la valoración de la identidad en la naturaleza entre los delitos previos y lo que ahora se enjuicia.

El primer elemento para valorar si las infracciones previas (antecedentes) y la presente tienen o no la misma naturaleza se prevé en el propio texto legal y se concreta en la exigencia de que las infracciones estén comprendidas "en el Título" del Código Penal. La adopción de este criterio como primera unidad de medida presenta como principal inconveniente la propia amplitud de algunos Títulos del Código Penal, en los que conviven tipos penales muy diversos. De hecho, aunque el legislador utiliza en el art. 235 CP el mismo criterio que prevé en el art. 22.8 y en el art. 66 CP, algunos autores han apuntado que habría sido más lógico hacer referencia al mismo "capítulo" y no al "título", pues en el caso de los delitos patrimoniales el título penal incluye tipos tan diversos entre sí como la usurpación, la extorsión, la estafa y las insolvencias punibles. Esto obliga a los órganos judiciales a determinar, en cada caso, si las conductas delictivas son o no de idéntica naturaleza, a riesgo de aplicar calificaciones de multirreincidencia poco afortunadas.

Además de la coincidencia en la ubicación sistemática del precepto en el Código Penal, la identidad en la naturaleza de las infracciones obliga a efectuar una valoración más profunda al respecto.

La doctrina ha puesto de manifiesto que esta valoración requiere tener en cuenta tanto el bien jurídico vulnerado como la gravedad de la conducta y, aún, la forma concreta de cómo se produce el ataque al bien jurídico. En el caso de los delitos patrimoniales, la valoración para determinar la identidad en el bien jurídico vulnerado lleva a tener en cuenta que, en ocasiones, el bien jurídico lesionado

puede sobrepasar la mera referencia al patrimonio, especialmente, cuando el delito implica también un atentado contra la integridad física o psíquica del sujeto pasivo, contra su intimidad, libertad, etc. En cuanto a la valoración de la gravedad de la conducta, esto lleva a tener en cuenta el grado de afectación del bien jurídico, y, por tanto, en el caso de los delitos patrimoniales, la consideración como delito leve, menos grave o grave, atendiendo a la pena prevista por el tipo penal. Por último, el análisis incluye también la referencia a la forma en que se ataca el bien jurídico, y por tanto, al mayor o menor esfuerzo criminal que requiere el comportamiento, y al riesgo de que la conducta comporte una afectación a otros bienes o intereses del sujeto pasivo y de la sociedad.

La casuística que genera esta formulación obliga a analizar si puede apreciarse identidad en la naturaleza entre delitos patrimoniales por conductas de sustracción cuando los delitos a comparar son hurtos y robos, en una multiplicidad de combinaciones posibles.

Así por ejemplo, cuando el delito que se enjuicia es un delito de hurto menos grave y los delitos previos son hurtos leves o son robos (con fuerza o violencia). Igualmente cuando el delito a enjuiciar es un robo con fuerza o hurto menos grave y los antecedentes que constan lo son por delito de hurto o robo con violencia.

Para entender cómo en la práctica se han abordado estos problemas debemos acudir a los pronunciamientos jurisprudenciales y examinar las resoluciones que han procurado establecer unos criterios aplicables a la diversidad de supuestos que llegan a los tribunales. Como veremos en el siguiente epígrafe, las resoluciones de los tribunales han ido orientadas a matizar y limitar la aplicación del agravante de multirreincidencia, atendiendo a interpretaciones sistemáticas de la ley penal ya los principios orientadores del derecho penal.

4. Líneas jurisprudenciales en la determinación de los criterios para la aplicación de la multirreincidencia en el delito de hurto

Para exponer cuáles han sido las líneas jurisprudenciales que han marcado la posición de los Tribunales respecto a la previsión normativa para la aplicación del tipo calificado de hurto a los delincuentes multirreincidentes nos centraremos, en primer lugar, en la valoración que se ha efectuado de la gravedad de los antecedentes que constan para el individuo y en relación a la gravedad del delito que se enjuicia. En el siguiente apartado, expondremos cómo los tribunales han desarrollado y aplican el criterio que exige cierta identidad en la naturaleza de los delitos previos y el actual.

4.1. La valoración de la gravedad de los antecedentes en relación con la gravedad del delito actual

En el análisis de la jurisprudencia que se ha dictado, fundamentalmente a partir de 2015, en torno a la aplicación del agravante de multirreincidencia en delitos patrimoniales nos conviene centrarnos, en primer lugar, en las resoluciones del Tribunal Supremo, y en especial, en la primera sentencia en la que este Tribunal se planteó la interpretación que debía darse al art. 234.2 *in fine* en relación al 235.1.7º CP. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo STS 481/2017, de 28 de junio, dictada a escasos dos años de la implementación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio del mismo año, y con la que el Tribunal Supremo fijaba una interpretación restrictiva para la aplicación de la pena de prisión en caso de multirreincidencia en hurtos leves.

Sin embargo, habrá que tener también en cuenta que la existencia de un voto particular para esta sentencia ha comportado que las resoluciones dictadas en los juzgados y las Audiencias provinciales hayan adoptado criterios diversos, de modo que, si bien la sentencia de 2017 marcó una clara línea jurisprudencial, se cuenta también con resoluciones favorables a una aplicación más extensa del agravante de multirreincidencia, en definitiva, más cercana a la voluntad del legislador.

4.1.1. Contenido de la STS 481/2017, de 28 de junio

En la STS 481/2017, de 28 de junio, el Tribunal Supremo abordó por primera vez la cuestión relativa a si podía aplicarse el tipo hiperagravado del art. 235.1.7 CP a un supuesto de hurto leve, en grado de tentativa, en la que el acusado contaba con antecedentes no cancelados ni cancelables por tres delitos leves de hurto. El caso había sido previamente resuelto por el Juzgado de lo Penal nº 16 de Barcelona, que había aplicado el agravante de multirreincidencia del art. 235 CP y había condenado al acusado a una pena de 8 meses de cárcel. Posteriormente, la Sección sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona había revocado esta sentencia excluyendo la posibilidad de apreciar el agravante de multirreincidencia y aplicando, en su lugar, el tipo básico de hurto del artículo 234.1 CP, a partir de una interpretación sistemática, aunque al margen de la legalidad, de los distintos tipos penales, y que comportó una condena de tres meses de prisión.

Cuando el caso llega al Alto Tribunal y este debe resolver en casación, se analiza qué interpretación es más coherente para la aplicación del tipo hiperagravado por razón de multirreincidencia en los delitos menos graves y leves de hurto, teniendo en cuenta que la aplicación de esta agravante podrá transformar la pena aplicable desde una multa de máximo 3 meses en una pena de prisión de hasta tres años. Sin perjuicio de desarrollar a continuación los criterios que emplea el Tribunal para el análisis del caso, avanzamos que la posición final del Tribunal es que únicamente se podrá aplicar el agravante previsto en el art. 235.1.7 CP cuando los antecedentes que concurran en el acusado, aparte de no estar cancelados ni ser cancelables, lo sean por delitos menos graves o graves de la misma naturaleza, por tanto, quedan excluidos los antecedentes por delitos leves de hurto.

<p>Es decir, cuando los antecedentes que constan del acusado lo son por delitos leves de hurto, se excluye la posibilidad de apreciar el agravante de multirreincidencia del art. 235 CP, y esto sin perjuicio, que pueda valorarse la concurrencia del agravante genérico de reincidencia del art. 22.8 CP.</p>
--

Entrando en el razonamiento del Tribunal ante el problema concreto que se plantea en relación con la aplicación del agravante cuando los antecedentes de que dispone el acusado son por delitos leves, el Tribunal Supremo apunta que, del tenor literal del art. 234.2 CP, parece que la aplicación del art. 235.1.7 CP esté también pensada para los delitos leves de hurto, porque la remisión expresa se prevé precisamente en el art. 234.2 (delito leve de hurto) y no el 234.1 (de tipo básico o delito menos grave de hurto). No obstante, precisamente, el argumento sobre lo que se construye la posición del Tribunal Supremo, para distanciarse de lo que parece tan evidente en el tenor literal de los preceptos, reposa sobre la doctrina constitucional, según la cual la interpretación literal de la ley es solo un punto de partida y, por tanto, hay que acudir también a las pautas y los criterios de interpretación utilizados por la comunidad científica y a los principios limitadores del ejercicio del *ius puniendi*.

En este sentido, el Tribunal establece que deben interpretarse los arts. 234 y 235 CP en congruencia con la parte general del Código Penal y respetar el principio de proporcionalidad de la pena. El Tribunal Supremo remarca que la interpretación de estos dos tipos penales no puede reducirse al tenor literal de los preceptos, sino que estos deben ponerse en relación con el concepto de reincidencia que alberga el texto legal. Ciertamente, al recurrir al art. 22.8 CP se observa que la definición de la reincidencia, como circunstancia agravante genérica, excluye de forma expresa los antecedentes por delitos leves, por lo que estos no pueden ser considerados para apreciar la concurrencia de esta agravante. Por su parte, el art. 66.5 CP, que remite también de forma genérica a casos de multirreincidencia, se formula con un mayor grado de discrecionalidad que la observada en los arts. 234 y 235 CP, y el incremento de pena que se prevé no es tan elevado como el que impone el art. 235.1.7 CP.

El Tribunal recuerda también que la pena a imponer debe resultar adecuada a la gravedad de los hechos cometidos y a la culpabilidad del autor. En este sentido, señala que el legislador reconoce al delito leve de hurto un grado mínimo de ilicitud y, por eso, le asigna una pena de solo uno a tres meses de multa.

Todo ello lleva al Tribunal a concluir que, cuando el texto legal se refiere a tres condenas anteriores, estas deben serlo por delitos menos graves o graves, pero no por delitos leves, siguiendo la previsión del art. 22.8 PC.

Otra opción conduciría, según el Tribunal, a resultados desproporcionados. En su opinión la referencia genérica a los delitos *“comprendidos en este Título”* prevista en el art. 235.1.7 CP, sin distinción entre delitos leves o menos graves, propicia una gran desigualdad porque, si se aprecia la multirreincidencia, se asigna la misma pena al acusado que ha cometido un delito leve que el que ha cometido uno menos grave. Además, el Tribunal recuerda que el art. 66.2 CP excluye la aplicación de las reglas de determinación de la pena del primer párrafo (y, por tanto, también las de reincidencia y multirreincidencia) a los delitos leves, de modo que, en este caso, los tribunales deberían aplicar las penas a su arbitrio y sin quedar sometidos a las reglas del art. 66 CP. Sin embargo, el Tribunal no excluye la aplicación de la multirreincidencia del art. 235.1.7 CP en aquellos supuestos en los que los antecedentes penales sean por delitos menos graves de hurto, porque en estos casos sí se respetan los criterios que definen la reincidencia.

En definitiva, la posición del Tribunal es tajante y concluye que solo una reforma legal permitiría aplicar los antecedentes por delitos leves. Así, en el apartado segundo del Fundamento Jurídico 4º de la resolución, el Tribunal dice *“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 necesario respetar el concepto de reincidencia que se prevé en la parte general del Código Penal.

Esto lleva al Tribunal a ser crítico con la operación que realizó la Audiencia Provincial de Barcelona cuando, en el caso concreto, aceptó los argumentos con los que se apelaba la sentencia inicial y decidió aplicar el tipo básico de hurto menos grave ante la imposibilidad de aplicar el tipo agravado. El TS desaprueba esta operación y aclara que la desproporción que supone la aplicación del tipo agravado a delitos leves de hurto no legitima a aplicar el tipo básico del delito de hurto, porque se trata de una operación no prevista legalmente, aunque pueda

responder a un criterio pragmático y criterios de equidad destinados a resolver la falta de proporcionalidad en la previsión legal y en su aplicación práctica. El Tribunal dice al respecto al FJ3A1: *“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).*

Por último, conviene tener en cuenta que la resolución no deja de adoptar un punto crítico también respecto a la propia agravante de reincidencia. Aunque parte del pronunciamiento del Tribunal Constitucional que, en la STC 150/1991, de 4 de julio, concluyó que el agravante de reincidencia no conculca el principio *non bis in idem*, el Tribunal Supremo reconoce que es una circunstancia cuestionada por la doctrina penal. Esto lleva al Tribunal a trasladar al cuerpo de la sentencia el cuestionamiento a lo que parte de la doctrina penal somete a esta agravante y a hacer referencia a las propuestas de trasladar su abordaje al ámbito de la peligrosidad del autor y, por tanto, más que con un incremento de pena, otras medidas de seguridad o de carácter terapéutico. En este sentido la sentencia dice: *“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”* (FJ2)

4.1.2. Voto Particular a la STS 481/2017

Es importante señalar que la sentencia del TS de junio de 2017 no recoge una opinión unánime entre los magistrados que formaron parte de la sala. En este sentido, la sentencia recoge un voto particular al que se adhieren seis magistrados del Alto Tribunal que contiene las opiniones divergentes en el sí de la sala. Los principales argumentos que se desarrollan en el voto particular son los siguientes:

- La interpretación que adopta la sentencia se aleja de la voluntad del legislador, reflejada claramente en el art. 235.1.7º y en la propia exposición de motivos de la LO 1/2015. Por tanto, el TS, más que adecuar la norma a los principios constitucionales, lo que hace es derogar una parte del contenido de las normas penales y lo hace sin recurrir al instrumento que el legislador ofrece al tribunal en el art. 4.3 PC. En este sentido, los magistrados firmantes del voto particular abogan por una interpretación literal del precepto para evitar "dejar una realidad normativa incomprensible en términos de reproche penal".
- En los casos de multirreincidencia la pena de multa vinculada al art. 234.2 CP se ha convertido en totalmente ineficaz, dado que es obvio que el sujeto multirreincidente no se ha sentido motivado por la pena impuesta en ninguno de los supuestos anteriores.
- El agravamiento de la pena por razones de multirreincidencia no debería estar vinculada al valor del objeto material del delito y, por tanto, debe ser indiferente si su valor supera o no los 400 euros. El objetivo principal de esta agravante es la lucha contra la realidad delincuencia y la profesionalización de la delincuencia y, por tanto, debería resultar aplicable también para delitos leves de hurto.

El texto del voto particular dice: *“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”.

Y más adelante, sigue: “(...) 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.

Teniendo en cuenta esto, los magistrados del voto particular concluyen que lo adecuado sería la aplicación de la pena de prisión del art. 235.1.7º en su umbral mínimo, también en los casos de antecedentes por delitos de hurto leves.

4.1.3. Otras sentencias del Tribunal Supremo que siguen la posición mayoritaria de la STS 481/2017

La posición mayoritaria recogida en la STS 481/2017 ha consolidado el criterio para resolver los supuestos en que el autor de un delito de hurto cuenta con antecedentes por delitos leves de hurto. El criterio establecido por la mayoría de magistrados del TS ha sido reproducido por un buen número de sentencias que acuden siempre al contenido de la resolución comentada.

Sin embargo, la constatación de una cantidad relevante de sentencias del TS que resuelven recursos de casación evidencia que los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales continuaron aplicando, al menos durante un cierto período de tiempo, la pena prevista en el art. 235.1.7 CP en aquellos casos en que los múltiples antecedentes que constaban del acusado eran por delitos leves. Estos órganos judiciales, como instancia judicial más cercana y, quizás incluso más sensible a la problemática social que genera el fenómeno de la multirreincidencia, con profesionales que conocen a los acusados porque los han asistido en tantos otros casos anteriores, resuelven atendiendo al tenor literal del precepto penal ya la voluntad del legislador y aplican la pena de prisión prevista

en el tipo agravado. No obstante, cuando estas resoluciones son impugnadas y llegan al Tribunal Supremo, este revoca las sentencias y aplica el criterio de la tesis mayoritaria establecida en la STS 481/2017. A continuación se mencionan algunas resoluciones que sirven para ejemplificar lo que acabamos de explicar.

En el mes de julio del mismo año 2017, la **STS 569/2017, de 17 de julio**, aplicaba los criterios a un supuesto en el que se valoraba un delito menos grave de hurto en el que constaban dos antecedentes por delito leve y un antecedente por delito menos grave de hurto. El Tribunal Supremo utiliza su anterior sentencia 481/2017, para desestimar, en este caso, el recurso del Ministerio Fiscal que solicitaba, probablemente inspirado por el contenido del voto particular de la sentencia 481/2017, la imposición de la pena del art. 235.1.7 CP. Sin embargo, el TS resuelve que no resulta de aplicación el art. 235.1.7 al no contar el acusado con tres antecedentes por delitos menos graves de hurto, porque uno de los antecedentes lo era por delito leve. Esta segunda sentencia del TS sirve para confirmar el criterio inicial y establecer definitivamente que para los casos de hurto, el tipo hiperagravado solo resulta de aplicación si el acusado cuenta con tres antecedentes no cancelados ni cancelables por delitos menos graves de hurto.

La STS 738/2018, de 5 de febrero, aplica el mismo criterio y excluye al agravante en un supuesto de tentativa de delito leve de hurto en el que constan antecedentes por otros tres delitos leves de hurto.

En la **STS 429/2018, de 27 de septiembre**, el Tribunal constata que el sujeto acusado por una tentativa de delito menos grave de hurto cuenta con tres antecedentes previos: dos por delitos de hurto menos grave y uno por delito de hurto leve. Esto conduce a la exclusión del agravante de multirreincidencia en aplicación del criterio de la sentencia de 2017. Es interesante que en este caso se impone también la pena de prohibición de aproximación a determinados lugares, prevista en el art. 48 CP, que se concreta en la prohibición de entrar en los centros de El Corte Inglés de Madrid durante un período de 2 años.

En la **STS 579/2018, de 21 de noviembre**, se rechaza también la aplicación del agravante de multirreincidencia en un supuesto de delito leve de hurto en grado

de tentativa en el que constan antecedentes por dos delitos menos graves de hurto y dos delitos leves de hurto. La constatación de que solo concurren dos condenas previas por delito menos grave lleva a excluir la aplicación del art. 235.1.7 CP, siguiendo de nuevo el criterio dominante en el TS. En cualquier caso, el Tribunal considera que el Ministerio Fiscal debería haber solicitado la aplicación del agravante genérica de reincidencia como subsidiario para el caso de que no se apreciara la viabilidad del art. 235.1.7 CP. Esta falta de previsión por parte de la acusación lleva al Alto Tribunal a optar por evitar su aplicación para no vulnerar el principio acusatorio.

La **STS 550/2019, de 12 de noviembre**, desestima el recurso de casación interpuesto por el acusado y valida la aplicación del art. 235.1.7 CP, al constatar que el acusado por un delito leve de hurto contaba con, al menos, tres sentencias firmes por delitos menos graves de hurto y que estos podían ser valorados a efectos de aplicar el agravante de multirreincidencia del art. 235.1.7 CP. Por lo tanto, esta sentencia es también relevante puesto que en ella el Tribunal Supremo decide aplicar el agravante por la existencia de tres o más antecedentes por delitos menos graves, pese a que el delito que se enjuicia es un delito leve. Puesta en relación esta sentencia con la de 2017, se desprende que lo relevante a efectos de apreciar el agravante es la gravedad de los antecedentes penales, pero no la del delito que se enjuicia.

En definitiva, esta revisión cronológica de las resoluciones dictadas por el TS en casos en los que el sujeto cuenta con delitos de hurto leve permite constatar la progresiva consolidación de la posición del TS. Queda claro, de la revisión efectuada, que el TS solo admite la aplicación del agravante de multirreincidencia cuando al acusado le constan al menos tres antecedentes por delitos menos graves de hurto, de forma que se excluye el aplicación cuando todos los antecedentes lo son por delitos leves o cuando solo tiene uno o dos antecedentes por delitos de hurto menos grave.

4.2. La valoración de la identidad en la naturaleza de los delitos previos y la actual en la Jurisprudencia del TS

La definición de multirreincidencia del art. 235.1.7 CP introduce, aparte del número de antecedentes y la gravedad de estos, otro factor muy importante a la hora de valorar si puede apreciarse esta agravante en el caso concreto. El precepto exige, como hacen también los arts. 22.8 y 66.5 CP, que el delito que se juzga y los antecedentes que constan en el acusado sean de la misma naturaleza y se encuentren previstos en el mismo Título del Código Penal.

El problema relativo a la determinación de la identidad en la naturaleza de los delitos no se plantea en caso de que, como en la STS 481/2017, el delito que se imputa es un hurto y los antecedentes lo son también por delitos anteriores de hurto. Sin embargo, resultan más complicados los supuestos en los que el sujeto es juzgado por un delito menos grave de hurto, pero cuenta con antecedentes con mayor relevancia penal, como pueden ser robos con fuerza o robos violentos. En estos casos la aplicación del art. 235.1.7º CP exige que el sujeto activo cuente, en el momento de los hechos, al menos con tres antecedentes por delitos recogidos en el Título XIII del Código Penal (delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico) siempre que sean de la misma naturaleza.

<p>Por tanto, el hecho de que los antecedentes tengan que compartir la misma naturaleza entre sí y también con el delito enjuiciado, obliga a los Tribunales a realizar la valoración correspondiente a cada caso concreto para decidir si pueden aplicar el agravante del artículo 235 CP.</p>

El tema es suficientemente relevante puesto que la ley no aborda esta cuestión y, por tanto, serán las conclusiones que se alcancen en la jurisprudencia las que determinarán la aplicación del agravante de reincidencia. A estos efectos, interesa determinar, principalmente, la naturaleza de los tres tipos principales de conductas sustractivas de bienes muebles: hurto, robo con fuerza y robo con violencia. Esto no excluye la posibilidad de que puedan concurrir también antecedentes por otros delitos patrimoniales, como el robo y hurto de uso de

vehículos, estafas, apropiaciones indebidas, etc., pero la mayor parte de casos girarán en torno a las figuras de hurto y ambas modalidades de robo. Como veremos a continuación, la jurisprudencia ha dado respuestas contradictorias a esta cuestión, a veces incluso, por parte del propio Tribunal Supremo.

4.2.1. Identidad entre el hurto y el robo

En primer lugar, nos referiremos a los supuestos en los que se juzga un delito de hurto y los antecedentes lo son por delitos de robo. Como veremos a continuación, la Jurisprudencia del TS ha experimentado un reciente cambio en esta cuestión, pues ha pasado de predicar la diferente naturaleza entre estos delitos a aceptar la identidad en la naturaleza entre el delito de hurto y el de robo con fuerza en las cosas.

La posición del TS relativa a la **diferente naturaleza** entre estos dos delitos la encontramos reflejada en sentencias desde hace mucho tiempo. Así, por ejemplo, la **STS 1973/2001**, de 9 de octubre, concluye que estos dos delitos no pueden compartir la misma naturaleza puesto que, si bien están regulados en el mismo Título, se diferencian en su modalidad comisiva, de tal modo que el robo con fuerza exige más esfuerzo por parte del sujeto activo, que deberá superar los obstáculos interpuestos por el propietario/poseedor del bien para evitar su sustracción, esfuerzo que no debe hacer el sujeto activo del delito de hurto, puesto que este se limita a coger lo que se encuentra a su alcance: *“(…) no concurre en ellos la misma naturaleza pues, aunque atacan al mismo bien jurídico protegido, la modalidad comisiva de ambos es muy diversa en cuanto en el robo se precisa una superación de obstáculos puestos por la víctima para impedirlo, que no concurre en el hurto, caracterizado por el simple apoderamiento de lo que se halla al alcance del sujeto”*.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo en la **STS 747/2015** de 19 de noviembre, analiza el caso relativo a un delito continuado de robo con fuerza perpetrado por un individuo en la catedral de Santiago de Compostela, consistente en la sustracción de varias cantidades de dinero ubicado dentro de una caja fuerte, además de la sustracción del conocido *Códice Calixtino*. La Audiencia Provincial de La Coruña entendió que no era posible subsumir el delito

de hurto dentro del delito continuado de robo con fuerza, puesto que ambas figuras no comparten la misma naturaleza y, por lo tanto, ambos delitos deben pensarse separadamente. En el recurso de casación, el Tribunal Supremo asumió ese posicionamiento de la Audiencia Provincial. Sin embargo, acabó estimando parcialmente el recurso, e hizo una interpretación favorable al reo según la cual, ante la dificultad para probar si la conducta era constitutiva de hurto o robo (al no quedar probado si el sujeto activo empleó la fuerza, claves falsas, para acceder al *Códice*), aceptaba que la calificación de robo era más favorable al reo, en la medida en que la sustracción del *Códice* quedaría subsumida dentro del delito continuado de robo con fuerza, y, no habría que castigar también por el delito de hurto.

De forma más detallada, en la **STS 155/2019, de 26 de marzo**, el Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación por interés casacional y, al plantear si robo y hurto tienen o no la misma naturaleza, recuerda que la interpretación relativa a la identidad en la naturaleza exige tener en cuenta un doble parámetro: la identidad en el bien jurídico protegido y en la forma de ataque concreto que sufre el bien jurídico. En el caso concreto que motiva el recurso de casación, el Tribunal debe aplicar estos criterios a un supuesto de delito menos grave de hurto en el que los antecedentes que constan para el acusado son por delitos de robo con fuerza y violencia. La resolución argumenta la **naturaleza diferente de los delitos de robo y hurto**, y los argumentos que llevan al Tribunal a esta posición son:

- Tienen distinta denominación (*nomen iuris*).
- Ambos delitos no se definen en el mismo artículo ni se ubican en el mismo capítulo del CP.
- Para la ejecución de estos delitos el sujeto activo no despliega la misma energía criminal para alcanzar los objetivos pretendidos.
- La modalidad comisiva es distinta.
- En el caso de robo con violencia, existe un ataque a la integridad y la libertad de las personas, mientras que el hurto es la forma más simple de apoderamiento de cosas muebles.

En definitiva, el TS considera en esta sentencia que robo y hurto no comparten la misma naturaleza y, en consecuencia, se excluye en el caso concreto la apreciación del agravante de multirreincidencia del art. 235.1.7 CP.

Además, esta sentencia es interesante en la medida en que contiene referencias a resoluciones jurisprudenciales previas en las que se aborda la identidad en la naturaleza de delitos patrimoniales (STS 305/2000 de 16 de febrero; STS 1050/2000 de 15 de junio; STS 1872/ 2000 de 5 de diciembre; STS 1566/2001 de 15 de septiembre; entre otros) y alude también al **Acuerdo del Pleno de la Sala de 6 de octubre de 2000** que, a efectos de apreciación del agravante de reincidencia del art. 22.8 CP, había establecido que el **robo con violencia e intimidación en las personas y el robo con fuerza en las cosas son figuras delictivas de la misma naturaleza**. Aunque algunas sentencias previas, como la STS de 23 de julio de 1999, habían declarado que ambas formas de robo (con fuerza y con violencia) tenían diversa naturaleza jurídica, la Sala General o Pleno no jurisdiccional de octubre de 2000 concluyó en sentido contrario, estableciendo que *"Podrá apreciarse la circunstancia agravante de reincidencia entre delitos de robo con violencia e intimidación y delitos de robo con fuerza en las cosas, por considerarse ambos de la misma naturaleza delictiva, siempre que concurren los demás elementos necesarios para su apreciación."* En este sentido, tanto la doctrina científica como la jurisprudencia, señalaban que ambos delitos comparten la misma naturaleza puesto que:

- Ambos delitos aparecen definidos en el mismo precepto (art. 237 CP), y por tanto, reciben el mismo *nombre iuris* y se regulan en el mismo capítulo del CP.
- Protegen el mismo bien jurídico (patrimonio).
- Coinciden en su morfología básica (desplazamiento de la posesión de cosa mueble mediante el empoderamiento).
- En ambas modalidades comisivas el autor emplea una mayor energía criminal que la utilizada en el simple empoderamiento del objeto.

Sin embargo, recientemente **la STS 281/2022, de 23 de marzo**, ha modificado la línea jurisprudencial expuesta, al reconocer la **misma naturaleza en los**

delitos de hurto y robo con fuerza. La sentencia aborda un supuesto en que el individuo al que se juzga por un delito de hurto contaba con cuatro antecedentes: tres por delitos de robo con fuerza y uno por delito de hurto. Los argumentos que recoge esta sentencia y sobre los que se apoya el cambio de criterio son los siguientes:

- Ambos delitos están previstos en el mismo Título del CP.
- Ambas conductas consisten en sustracciones de bienes muebles ajenos.
- Las modalidades sustractivas se sitúan en una escala progresiva, de modo que el hurto se encuentra en el escalón previo.

Esta resolución fija la identidad en la naturaleza del hurto y del robo con fuerza en las cosas, lo que permite la aplicación del art. 235.1.7 CP cuando exista reincidencia de tres o más de estos delitos.

4.2.2. Identidad entre el hurto y el robo con violencia

Nos planteamos a continuación el problema relativo a si es posible identificar la misma naturaleza entre el delito de hurto y el delito de robo con violencia, a efectos de poder apreciar el agravante de multirreincidencia.

En este ámbito tenemos, por un lado, que el Acuerdo del Pleno de octubre de 2000, al que nos hemos referido anteriormente, admite la identidad entre el robo con fuerza y el robo con violencia. Por otra parte, la **STS 281/2022** reconoce la identidad entre el hurto y el robo con fuerza.

Si bien el silogismo podría llevar a concluir la identidad entre el hurto y el robo con violencia, es preciso ser cuidadosos con esta conclusión que no ha sido avalada por la jurisprudencia del TS y que debe tener necesariamente en cuenta que en el delito de robo con violencia no solo se vulnera el bien jurídico relativo al patrimonio, sino también la integridad física y psíquica de la víctima. En este sentido, la **STS 155/2019** admite que el hurto y el robo con violencia no tienen la misma naturaleza, porque el hurto consiste en la forma más simple de apoderamiento de las cosas muebles ajenas y, en cambio, en el robo violento,

existe un ataque a la integridad física y a la libertad de las personas. La sentencia sostiene que existe una inclinación delictiva diferente en los sujetos que cometen una y otra conducta, de modo que el sujeto que hurta, generalmente “sería incapaz, de obtener eso mismo atacando violentamente o intimidando a su poseedor legítimo” y se resuelve, en consecuencia, en contra de estimar que ambos delitos tengan una misma naturaleza.

4.3. La adhesión de las resoluciones de las Audiencias Provinciales a una u otra línea jurisprudencial.

En este epígrafe mencionaremos varias sentencias de Audiencias Provinciales (AP) que nos permitirán constatar en qué medida las Audiencias se han o no adherido a los criterios del Tribunal Supremo (TS). Además, el análisis de estas sentencias nos orientará respecto a cómo se han abordado en la jurisprudencia casos distintos al que se planteaba a partir de los hechos probados de la STS 481/2017, anteriormente comentada. Por último, realizaremos un repaso cronológico de la evolución de las Audiencias Provinciales a lo largo del tiempo respecto a la aplicación del art. 235.1.7. CP, teniendo en cuenta resoluciones anteriores a la STS 481/2017, de 28 de junio, y cómo influye esta en las posteriores sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales hasta el año 2022.

4.3.1. Sentencias de Audiencias Provinciales que siguen la línea jurisprudencial de la STS 481/2017, de 28 de junio

A) Delito leve de hurto con tres antecedentes por delitos leves

La SAP de Valencia 460/2017, de 10 de julio, recoge un supuesto casi idéntico al que resuelve la STS 481/2017, en el que se enjuician unos hechos relativos a un delito leve de hurto en el que sujeto activo cuenta con más de tres antecedentes también por delitos leves de hurto. La SAP hace expresa referencia a la sentencia del TS, revoca parcialmente la sentencia dictada por el

Juzgado de lo Penal que había condenado por el art. 235.1.7 CP y termina condenando por un delito leve de hurto.

En la misma línea y por casos similares resuelven la SAP Bilbao 90248/2017, de 15 de septiembre y, la SAP Alicante 370/2017, de 18 de octubre. En ambas, el Juzgado de lo Penal había condenado por el art. 235.1.7 CP en primera instancia.

B) Delito leve de hurto con tres antecedentes por delitos menos graves de hurto

Resulta necesario hacer una aclaración respecto a aquellos supuestos en los que el autor comete un delito de hurto leve y cuenta con tres antecedentes por delitos menos graves de hurto, porque las Audiencias Provinciales encuentran dos soluciones distintas, y mantienen que ambas siguen la línea jurisprudencial establecida por el TS. Así, algunas audiencias entienden que resulta proporcional aplicar la pena de prisión contemplada en el art. 235 CP, aunque el delito que se juzga sea leve. El propio TS confirma esta línea jurisprudencial de algunas audiencias en la STS 550/2019, de 12 de noviembre.

Sin embargo, otras audiencias consideran que cuando el delito que se juzga es leve no será de aplicación el agravante de reincidencia aunque los antecedentes lo sean por delitos menos graves.

La **SAP de Barcelona 320/2018, de 22 de mayo** (confirmada por STS 550/2019) confirma la resolución del Juzgado de lo Penal núm. 26 de Barcelona que, ante unos hechos constitutivos de delito leve de hurto en grado de tentativa, aplica el agravante del art. 235.1.7 CP dado que el acusado contaba con tres antecedentes por delitos menos graves de hurto y le condena a cinco meses de prisión. Si bien el recurso interpuesto por la defensa no plantea la indebida aplicación del art. 235 CP, la resolución de la AP de Barcelona (FJ 3º) menciona que para aplicar la multirreincidencia no es necesario atender a la gravedad del delito de hurto que se juzga (y por tanto al valor de la cosa sustraída), sino exclusivamente a la gravedad de los antecedentes.

En el mismo sentido, y por supuestos similares, encontramos también la SAP de Barcelona 604/2021, de 13 de diciembre; la SAP Guipúzcoa 107/2018, de 17 de mayo, y la SAP Valencia 125/2019, 11 de marzo.

C) Otros supuestos

En este grupo encontramos una serie de sentencias en las que los Juzgados de lo Penal no hacen distinción en la gravedad de los delitos de hurto y, por tanto, las Audiencias Provinciales deben realizar el posterior recuento para comprobar si efectivamente hay tres antecedentes de delito menos grave para poder aplicar o no el art. 235. Asimismo, encontramos sentencias en las que las audiencias modifican los hechos probados o la vigencia de los antecedentes penales.

En tal sentido, la **SAP de Madrid 101/2020, de 5 de marzo**, plantea un supuesto en el que se enjuician unos hechos constitutivos de delito leve de hurto en grado de tentativa, en el que el autor cuenta con dos condenas previas por delito leve de hurto y dos por el tipo básico (menos grave). En esta resolución, la AP de Madrid sigue la línea jurisprudencial del TS y, dado que el acusado no cuenta con tres antecedentes por delito menos grave, condena por un delito leve. En el mismo sentido, la SAP Córdoba 156/2018, de 19 de abril.

La **SAP Córdoba 545/2017, de 27 de diciembre**, modifica los hechos probados de la sentencia del Juzgado de lo Penal, y suprime los actos realizados por las autoras durante un día en concreto, por entender que no habían quedado probados. Esto lleva a modificar la condena, que en un inicio era por el tipo hiperagravado y finalmente queda en un delito de hurto leve, puesto que los antecedentes también eran por delitos leves. Sin embargo, y sorprendentemente, para una de las condenadas se aplica la agravante genérica de reincidencia del art. 22.8 CP, aunque los antecedentes eran por delito leves, supuesto que expresamente se excluye en el Código Penal.

Otro supuesto lo encontramos con la **SAP Sevilla 403/2020, de 19 de noviembre**, en la que en unos hechos calificados de delito menos grave de hurto (art. 234.1) el Juzgado de lo Penal condenó aplicando el artículo 235, por el hecho de que el acusado tenía antecedentes por delitos leves. Tras constatar

que uno de los antecedentes era cancelable, la AP de Sevilla concluye que no deben computarse las condenas por delitos leves a efectos del art. 235.1.7 y condena al autor por el tipo básico del delito de hurto del art. 234.1 CP.

4.3.2 Sentencias emitidas por la AP que se apartan del criterio fijado por el TS

La primera sentencia destacable que no sigue los criterios del TS, de hecho, porque es una sentencia previa a la STS 417/2017, es la **SAP de Barcelona 783/2016, de 11 de octubre de 2016**, posteriormente revocada por la STS 481/2017 que ya hemos analizado, y que entiende que ante un delito leve de hurto, con tres antecedentes por delito leve de hurto, es desproporcionada la aplicación del art. 235.1.7 CP y encuentra como solución más adecuada, la aplicación del tipo básico del delito de hurto, debido a que penológicamente constituye el escalón intermedio entre el delito leve y el tipo hiperagravado. Posteriormente, el TS resolverá que esta solución no tiene cabida según la configuración actual del Código Penal, pero curiosamente, es la solución que propone el legislador con la reciente reforma del art. 234 efectuada en 2022.

Existen tres sentencias cercanas en el tiempo respecto a la STS 481/2017, en las que encontramos que tienen en común el hecho de que se trata de supuestos de delito leve de hurto, en el que el autor cuenta con tres antecedentes, también por delitos leves de hurto, y todas ellas confirman la resolución del Juzgado de lo Penal que condena por el art. 235.1.7 CP. Se trata de la SAP Barcelona, 315/2017 de 30 de junio (vinculada a la STS 176/2018, de 12 de abril), la SAP Madrid 459/2017, de 12 de julio (vinculada a la STS 429/2018, de 27 de septiembre), la SAP Madrid 380/2017, de 28 de septiembre, y la SAP Barcelona 490/2017 de 18 de octubre. Las cuatro sentencias confirman la condena por un delito leve de hurto hiperagravado, sin tener en cuenta que poco antes el Tribunal Supremo ya había establecido un criterio según el cual había que excluir al agravante en estos casos. Al ser recurridas estas sentencias en el TS, este revoca el pronunciamiento de las Audiencias.

La SAP Madrid 697/2019, de 4 de noviembre, analiza un caso de delito leve de hurto en grado de tentativa en el que el acusado cuenta con tres antecedentes

previos, no cancelados ni cancelables, por delitos de robo con fuerza. Esta sentencia resulta especial por distintos motivos: en primer lugar, los antecedentes no lo son por delito de hurto, sino por robo, y la sala decide, sin realizar la correspondiente valoración de la naturaleza de los delitos que entran en juego. En segundo lugar, la sala determina que, en los supuestos en los que se enjuicia un delito leve de hurto, no corresponde aplicar el art. 235.1.7. Por tanto, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso, modificando la condena de delito hiperagravado de hurto a delito leve del art: 234.2.

Resulta necesario hacer mención de la **SAP Barcelona 38/2020, de 20 de enero**, debido a que no solo sigue una línea interpretativa distinta, sino que es una de las sentencias que expresa claramente su rechazo hacia la sentencia 481/2017 del Tribunal Supremo. Aunque no es motivo de recurso, la Audiencia Provincial de Barcelona aprovecha el planteamiento subsidiario de la defensa para pronunciarse claramente a favor de la aplicación del art. 235.1.7 CP en un caso de delito leve de hurto. Debido a los numerosos antecedentes con los que cuentan las acusadas, el magistrado las califica de “*carteristas profesionales*” añade que Barcelona sufre una verdadera lacra debido a pequeños hurtos protagonizados por delincuentes habituales (FJ 5º), así como que la voluntad del legislador con el art. 235.1.7, no era otra que imponer pena de prisión en estos casos para combatir la delincuencia profesionalizada, tal y como establece la exposición de motivos de la LO 1/2015. Añade, tras analizar distintas sentencias del Tribunal Constitucional, que es posible que infracciones leves tengan previstas sanciones menos graves. Siguiendo esta argumentación, la resolución califica de desacertada la STS 481/2017 y se postula a favor de su voto particular. Argumenta que la realidad delincencial a la que se enfrentan a diario los Tribunales justifica que en estos casos de multirreincidencia no se aplique el art. 234.2 porque es totalmente ineficaz, y los delincuentes aprovechan una zona determinada para cometer reiteradamente los mismos delitos, y, por tanto, el orden de alejamiento es un instrumento legal relativamente efectivo.

SAP Madrid 350/2020, de 21 de septiembre de 2020, que resuelve un supuesto en el que se enjuician unos hechos constitutivos de delito leve de hurto con cuatro antecedentes por delitos de hurto leves y uno por un delito de hurto menos

grave. La sala entiende que nos encontramos ante un supuesto de hurto multirreincidente, por lo que aplica el art. 235.1.7. A pesar del tiempo transcurrido desde la STS 481/2017, la resolución de la AP no hace ninguna referencia expresa a la doctrina del Tribunal Supremo.

4.3.3 Síntesis

Recapitulando, desde un punto de vista cronológico podemos distinguir tres momentos diferenciados respecto a la aplicación del art. 235.1.7 por parte de las Audiencias Provinciales:

1. Antes de la STS 481/2017: a todos los efectos, las Audiencias Provinciales aplicaban el art.235.1.7 sin tener en cuenta si los antecedentes del acusado eran por delitos leves o menos graves de hurto. Existía una tendencia generalizada a realizar una interpretación literal del precepto, que comportaba la condena a pena de prisión de muchos acusados que solo tenían antecedentes por delitos leves de hurto.
2. A partir de la STS 481/2017 hasta aproximadamente el año 2020: se fue consolidando la doctrina del TS, y las Audiencias Provinciales acomodaron sus resoluciones en la línea jurisprudencial establecida por el Alto Tribunal. Sin embargo, en este momento se detectan también algunas resoluciones que comienzan a poner en duda la posición del TS y en las que los magistrados de las Audiencias Provinciales llegan a conclusiones más cercanas al contenido del voto particular.
3. Por último, a partir del año 2020 se constata que las Audiencias Provinciales no solo se posicionan respecto a la STS 481/2017 o al voto particular, sino que comienzan a introducir en sus resoluciones reflexiones no exentas de cierto espíritu crítico, en las que analizan con profundidad el supuesto concreto y buscan una solución que no necesariamente siga la línea jurisprudencial establecida por el TS. Un ejemplo claro serían la SAP Barcelona 38/2020, de 20 de enero, explicada en el punto anterior, la SAP de Bilbao 90289/2019, de 1 de julio, y la SAP de Barcelona 18/2022 de 8 de enero de 2022.

En concreto, esta última, la **SAP de Barcelona 18/2022, de 8 de enero de 2022**, considera que la aplicación de los criterios restrictivos que emplea el Tribunal Supremo y que parten de una interpretación sistemática del concepto de reincidencia, lleva a excluir la aplicación de esta agravante a los delitos leves. Así lo concluye, revocando la sentencia impuesta por el Juzgado de lo Penal, que condenaba a una pena de prisión al autor de un delito leve de hurto con tres antecedentes por delitos menos graves de hurto. En cierto modo, con esta resolución, la AP de Barcelona reprocha al TS no haber sido suficientemente coherente cuando, ante la comisión de un delito leve de hurto, excluye la reincidencia por los antecedentes por delitos leves de hurto, pero no llega a la misma conclusión cuando constan antecedentes por delitos menos graves, porque también en este último caso la pena de prisión que corresponde imponer es claramente desproporcionada en relación a la gravedad del hecho cometido.

Por último hay que dejar constancia de que desde 2017 hasta casi 2020, se detectan algunos supuestos en los que no se detalla con precisión la información relativa a los antecedentes penales en los hechos probados. En algunos supuestos se deducen de los fundamentos jurídicos de la sentencia de la AP, pero en otros ni siquiera aparecen, lo que supone para el TS que no se pueda apreciar el tipo agravado.

5. Comparativa con las previsiones contenidas en legislaciones cercanas

El problema de los delincuentes patrimoniales que perpetran de forma reiterada hurtos y otras conductas de sustracción se hace presente también en países de nuestro entorno geográfico. Por ello, hemos optado por incluir en este trabajo un estudio no exhaustivo de Derecho comparado en el que revisamos el tratamiento que se da tanto a la previsión de una agravante en casos de reincidencia, como a los modelos de responsabilidad subsidiaria para los supuestos de impago de una multa penal.

Sin embargo, antes, puede resultar interesante mencionar los datos relativos a la proporción de internos encarcelados por el impago de la multa en varios países europeos, siguiendo los datos aportados por Dünkel (2019: 42) en los que se pone de manifiesto que la tasa es aproximadamente del 1,5 % en Finlandia, del 0,1 % en Inglaterra y Gales y del 3,1 % en los Países Bajos. En Suecia, los impagos de multa no conllevan prisión, sino que se gestiona el pago a través del Derecho Civil.

En cuanto a los módulos de conversión de la multa impagada en una pena privativa de libertad, estos difieren entre los distintos países de forma que en algunos de ellos se sustituye un día de prisión por una cuota impagada (Croacia, Dinamarca, Francia, Alemania , Suiza, etc.), en otros un día de prisión por cada dos cuotas impagadas (Austria, Polonia, Eslovenia y España), e incluso, en algunos estados, un día de prisión por cada tres cuotas no pagadas (Estonia y Finlandia). (Drápal, 2018). En efecto, en Finlandia se logró reducir el volumen de población penitenciaria ajustando el módulo de conversión de las cuotas impagadas y los días de prisión en una ratio de 3:1 (adoptando el mismo criterio que en Estonia) y excluyendo el encarcelamiento por el impago de menos de 20 cuotas.

5.1. Alemania

En relación con la previsión de una circunstancia agravante para los casos de **reincidencia o multirreincidencia** destaca, en el caso alemán, que una reforma

legal operada en 1986 derogó el art. 48 del Código Penal Alemán (StGB) que regulaba los efectos de la reincidencia en la determinación de la pena. El precepto establecía que, en caso de que el sujeto hubiera sido ya condenado previamente dos veces por un delito doloso y hubiera cumplido una pena de prisión de, al menos, tres meses por alguno de estos delitos, la pena mínima para el nuevo delito sería de 6 meses de prisión si este no estaba ya castigado con una pena mínima superior. El máximo de pena privativa de libertad no se ve afectado. Esta regulación no resultaba aplicable si la pena máxima de prisión era inferior a 1 año. Tampoco se podía tener en cuenta una infracción anterior si habían transcurrido más de cinco años entre la primera y la segunda infracción, sin incluir en ese periodo el tiempo en que el delincuente hubiera sido retenido en una institución por orden de las autoridades.

Aunque en los últimos casi cuarenta años no se ha contado con una agravante de reincidencia, en 2018 el partido de extrema derecha AfD instó a una propuesta de ley (*Gesetz zur Strafschärfung bei Rückfall*) para la reintroducción del art. 48 StGB con una agravante paulatina de las penas para los reincidentes. En términos generales, se proponía que para la reincidencia por delitos diversos se establezca como pena mínima la pena en su mitad superior; para la reincidencia en el mismo tipo de delitos, la pena mínima de 5 años; y en la reincidencia por delitos contra la autodeterminación sexual, la vida y la integridad física y la libertad de las personas, una pena mínimo de 10 años. La propuesta fue debatida y rechazada en el Parlamento alemán el 10 de junio de 2021. (<https://dip.bundestag.de/vorgang/.../242441>)

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la penalidad por los delitos patrimoniales es suficientemente amplia en el Código Penal alemán. El delito de hurto puede castigarse de forma alternativa con una pena de multa o con una pena de prisión de hasta un máximo de 5 años. Además en la tipificación del delito no se contempla, como sucede en el caso del Código Penal español, que la cuantía del objeto sustraído sea el criterio que determine la modalidad de pena o su duración. Pero, la multa queda excluida, y se prevé una pena de prisión de hasta un máximo de 10 años, en casos graves de hurto, entre los que se prevé los supuestos en los que el sujeto activo se profesionaliza en la actividad delictiva

(*gewerbsmässig stiehlt*) (art. 243.3 StGB). Esta previsión puede resultar de aplicación en casos en los que existe reincidencia y el autor tiende a hacer del delito su actividad principal.

En cuanto a la **multa y a las consecuencias del impago** de esta destaca, en primer lugar, que la pena de días-multa tiene un peso muy importante en el sistema penal alemán. Como señala Dünkel (2019), la pena de multa representa aproximadamente el 84 % de las sentencias impuestas a adultos (datos de 2015). Según la regulación de esta sanción en el Código Penal, la multa, en la modalidad de días-multa, tiene prevista una duración de entre 1 y 365 días con una cuota diaria de entre 1 y 30.000 euros. De hecho, en 2009, el legislador aumentó la cuota diaria de 5.000 hasta 30.000 euros diarios en respuesta a la realidad de condenados con un alto nivel económico. Aunque esta previsión puede dar lugar a cuantías mucho más elevadas, el artículo 42 StGB establece un sistema de relajación de los plazos de pago de tal forma que si una persona no puede pagar la multa de forma inmediata por causas personales o financieras, o bien cuando se considere que el pago puede poner en riesgo la reparación del daño ocasionado por el delito, el Tribunal puede establecer un plazo o modalidad de pago a plazos.

No obstante, en caso de que, tal y como establece el art. 43 StGB, no se haga efectivo el pago de la multa, esta debe ser sustituida por prisión. En ese caso, una cuota impagada se corresponde con un día de prisión (módulo 1:1). En definitiva, legalmente el sistema de responsabilidad personal subsidiaria recae, en el sistema alemán, sobre la pena de prisión.

Sin embargo, el modelo de responsabilidad subsidiaria por impago de multa genera problemas importantes en el sistema penitenciario alemán, dado el elevado número de personas que deben ingresar en prisión por impago. Según el estudio de Dünkel (2020), el porcentaje de internos en las prisiones de adultos por responsabilidad por impago de multa es aproximadamente del 10 % (en el caso de Cataluña es del 13,1 %). De hecho, la investigación alemana pone énfasis en el descenso de la población penitenciaria por impago de multa debido a las medidas penitenciarias aplicadas durante la crisis de la Covid-19, que implicaban la no ejecución de la responsabilidad personal, y el consecuente

descenso del 10,6 % al 5,8 % a finales de marzo y de hasta el 3,5 % en junio de 2020 de internos morosos. Tanto desde algunos sectores políticos como de la comunidad académica se plantea si Alemania debería adoptar un sistema más flexible en relación con la multa impagada, dada la alta tasa de supuestos de impago, con la introducción de formas alternativas de ejecución como las que se observan en otros países europeos, como los trabajos en beneficio de la comunidad (TBC), y en el marco de una reflexión profunda sobre el hecho de que se envían personas a las prisiones que podrían ser sancionadas en el propio entorno comunitario (Dünkel, 2019 y 2020). Aunque algunos estados federados ya prevén la aplicación de los TBC en casos de multa impagada (siguiendo el art. 293 del EGStGB), el sistema no funciona adecuadamente, porque la obligación de imponer primero la pena de prisión comporta una gestión muy burocrática y compleja.

5.2. Italia

El Código Penal italiano (CPI) sanciona el delito de hurto con una pena de prisión de 6 meses a 3 años y multa de entre 154 y 516 euros a aquellos que se apoderan de bienes muebles de otros, por obtener un beneficio para sí mismo o para otros (art. 624). Destaca la previsión como modalidades agravadas del hurto, aquel que se comete en casa habitada (sin especificar la necesidad de forzar o romper nada para acceder) y la sustracción de un bien mediante la técnica del estirón o tirón, que se sancionan con la pena de 4 a 7 años de prisión y multa de 927 a 1.500 euros (art. 624-bis).

Al igual que otros sistemas penales europeos, el Código Penal italiano no reconoce la figura del robo con fuerza, sino que este se configura como una modalidad agravada del hurto y expresamente separado del delito de robo con violencia e intimidación (art. **628 CPI**)

Será necesaria la interposición de denuncia por parte del afectado para la persecución de aquellos supuestos de hurto en el que el culpable haya actuado con el único fin de hacer un uso temporal de la cosa sustraída y la devuelva inmediatamente o cuando haya tomado algo de escaso valor para satisfacer una

necesidad grave y urgente. Se exige que los hechos se hayan realizado sin violencia sobre las cosas, uso de armas o narcóticos y sin destreza (art. 626 CPI)

Pero en el CPI no hay ningún artículo que regule específicamente la reincidencia o multirreincidencia aparejada en los delitos de hurto. Por tanto, en caso de reincidencia los juristas italianos deberán acudir a la regulación genérica de esta circunstancia prevista en el artículo 99 y que conlleva un aumento de la pena por aquellos que, habiendo sido condenados por sentencia firme, vuelven a cometer un delito. La apreciación de la reincidencia y la determinación de la pena dependen de la valoración que realice el juez en cada supuesto.

La legislación italiana insta a diferenciar entre la reincidencia simple, agravada y reiterada.

- En caso de reincidencia simple, cuando el condenado por un delito (doloso) comete otro, se podrá aumentar la pena hasta un tercio de la prevista por el nuevo delito doloso.
- La reincidencia agravada (art. 99.2 CPI) permite aumentar la pena hasta la mitad cuando a) el nuevo delito es de la misma naturaleza que el anterior; b) cuando el nuevo delito se haya cometido en los 5 años posteriores a la condena previa; c) cuando el delito se haya cometido durante o después de la ejecución de la pena impuesta por el delito anterior.
- Por último la reincidencia reiterada se da cuando el sujeto reincidente comete un nuevo delito doloso. El hecho de que el sujeto ya fuera reincidente lleva a incrementar aún más la pena prevista, de modo que si los delitos no son de la misma naturaleza (reiterada simple), la pena que se impone es de la mitad, mientras que si concurren las circunstancias del 99.2 CPI, el aumento de la pena es de dos tercios (reiterada agravada). El sistema penal italiano define la figura del *reincidente reiterativo*, como aquel que ha sido condenado dos o tres veces anteriormente, que ha sido ya declarado reincidente y condenado como tal, figura que se aproxima a la del delincuente multirreincidente del sistema penal español.

En cuanto al sistema de **conversión de la multa impagada**, el art. 135 CPI prevé que el cómputo debe realizarse calculando 250 euros, o fracción de 250 euros, de una sanción pecuniaria como equivalente a un día de prisión. En la práctica, si comparamos esta previsión con lo dispuesto en nuestro Código Penal, que computa dos días de multa por un día de prisión, podríamos pensar que es más difícil entrar en prisión en Italia por impago de multas, porque en España la cuota diaria de multa raramente supera los 10 euros.

5.3. Francia

En primer lugar, con respecto a la **regulación legal de la reincidencia**, destaca que en el Código Penal francés (CPF) es muy casuista en esta materia, y los efectos de la reincidencia dependen de la clase de delito que consta como antecedente (delitos, crímenes o contravenciones), tal y como se establece en los arts. 132,8 y ss CPF. Por tanto, en el caso de un individuo que comete un delito patrimonial y que cuenta con antecedentes por delitos patrimoniales acudiremos directamente al art. 132.10 CPF. Este precepto establece que cuando una persona haya sido condenada por un delito (como es el caso del hurto) y cometa, en el período de cinco años desde la expiración o la prescripción de la pena, el mismo delito o uno similar en términos de reincidencia, se doblan los máximos de las penas de prisión y las multas impuestas.

Por otra parte, el art. 132.16.7 CPF, que se introdujo por la ley nº2005-1549 de 12 de diciembre, se refiere a la reiteración de infracciones. Este concepto se presenta como subsidiario respecto al de reincidencia, por lo que la ley considera que existe reiteración de infracciones penales cuando la persona que ya ha sido condenada por un crimen o un delito comete una nueva infracción que no responde a las condiciones de la reincidencia legal. En este caso, las penas que se impongan a la nueva infracción se acumularán sin limitación de quantum con las penas impuestas por la condena precedente.

En relación con la pena de multa y su impago, el art. 131.25 CPF, modificado por LO nº2019-222, de 23 de marzo, establece que la cuantía global impuesta en una pena de días-multa resulta exigible cuando expira el plazo correspondiente al número de días-multa impuestos. El impago total o parcial del

pago de esta cuantía comporta el encarcelamiento del condenado por una duración correspondiente al número de días-multa impagados. Esta detención se somete al régimen de las penas de prisión.

Sin embargo, según el art. 747.1.2 del Código Procesal Penal francés, el juez de aplicación de penas puede, ya de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Fiscal, ordenar la sustitución de una pena de días-multa por una pena de prórroga acompañada de la obligación de prestar un trabajo de interés general, siempre y cuando el penado no lo rechace o esté presente en la audiencia a celebrar.

5.4. Portugal

El Código Penal portugués define el delito de hurto en su artículo 203 del Código Penal portugués (CPP), como la sustracción de bienes muebles o animales con la ilegítima intención de apropiarse de ellos para sí o para un tercero. Este delito, denominado “hurto simple” por la doctrina y la jurisprudencia, tiene aparejada la pena de prisión de hasta 3 años o multa. Una de las diferencias con el delito de hurto regulado en el Código Penal español, además de la correspondiente a la pena (más leve en nuestro país) es que el hurto simple portugués se configura como delito semi-público, por tanto, para que el Ministerio fiscal pueda perseguirlo será necesaria la denuncia previa del particular afectado (art. 49.1 del Código Procesal Penal portugués), mientras que en nuestro país, según establece el art. 963 de la LEcrim, la posibilidad de sobreseimiento queda en manos del Ministerio Fiscal cuando se trate de un delito patrimonial leve, se haya reparado el daño y el perjudicado no quiera denunciar, entendiéndose que dándose estas circunstancias, no debería haber interés público en la persecución del hecho.

Sin embargo, el texto penal no prevé un delito de robo con fuerza de forma autónoma, sino que se configura como una forma calificada de hurto. Resulta particularmente interesante para nuestro informe, el art. 204 CPP, que regula todas las tipologías de hurto calificado y, en concreto, el apartado h) del punto 1, que sanciona con una pena de hasta 5 años de prisión o multa de 600 días, a

aquellos que hayan hecho del hurto una forma de vida. La finalidad de este precepto es castigar la profesionalización relacionada con los delitos de hurto.

En tal sentido, el Tribunal Supremo de Portugal mantiene, en la sentencia de 29 de septiembre de 2021, que para poder determinar la existencia de esta forma calificada de hurto es necesario que el sujeto activo haya cometido diferentes delitos de hurto con cierta periodicidad y que se haya convertido en una fuente de ingresos. Doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que no es necesario que se trate de la única fuente de ingresos, ni tampoco la mayor e, incluso, puede apreciarse cuando el sujeto activo tenga un trabajo, y podrá acreditarse consultando el certificado de antecedentes penales o probándolo en el juicio. Esta referencia al “modo de vida” no es exclusiva del delito de hurto, sino que el CPP también la contempla como modalidad agravada en el delito de estafa (art. 218.2 b).

El CPP recoge también una modalidad aún más agravada cuando esta reiteración delictiva se realiza en el seno de una organización criminal (art. 204.2. g). En este caso, la pena a imponer es de 2 a 8 años de prisión, cuando en el Código Penal español el hecho de pertenecer a una organización se encuentra regulado al mismo tipo penal y con la misma pena que la multirreincidencia sin que ninguno de los dos pueda superar la pena de 3 años de cárcel.

Por lo que se refiere a la pena de multa, Portugal tiene un sistema de días-multa y a cada día de multa le corresponde un importe entre 5 y 500 euros, que fijará el Tribunal atendiendo a las circunstancias económicas del condenado, que incluso podrán permitir el pago fraccionado o la imposición de un plazo (art. 47.1, 2 y 3). En cuanto a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (RPSIM), la falta de cumplimiento respecto a los plazos de multa pactados en el pago de la multa, comportará el vencimiento de todo lo que resta por pagar (art. 47.5) y se procederá al cumplimiento de la pena de prisión subsidiaria por el tiempo de multa restante, pero reducida en dos tercios (art. 49 CPP). En estos casos no resultará de aplicación el límite mínimo de un mes de prisión previsto en el art. 41.1 CPP.

6. La respuesta a la delincuencia patrimonial persistente: factores a tener en cuenta

Las distintas opciones sancionadoras formuladas por el legislador para dar respuesta a la delincuencia patrimonial persistente han tenido una eficacia limitada a la hora de contener ese fenómeno. Probablemente, a efectos de diseñar una intervención para este tipo de criminalidad, conviene tener en cuenta que el fenómeno es multicausal, que el sistema penal solo puede desplegar un efecto parcial y que es bueno conocer las limitaciones a las que se somete la respuesta punitiva. En este epígrafe pretendemos poner sobre la mesa una serie de elementos que pensamos que, al menos, es necesario tener en cuenta a la hora de configurar una respuesta adecuada por la delincuencia patrimonial y, especialmente, por aquella que consiste en la comisión reiterada de hurtos y robos que, si bien de escasa gravedad cuando se observan individualmente, resultan relevantes por la frecuencia con la que se repiten.

6.1. La reducción de la pena en los casos de tentativa

Una de las limitaciones de las que debería advertirse al legislador cuando persiste en la priorización del incremento de la pena como respuesta prioritaria para la delincuencia patrimonial persistente, es que la mayor parte de casos que llegan al conocimiento de los tribunales son calificados y castigados como tentativa de delito.

Como tal tentativa, la pena que se impondrá al autor o autores del delito es siempre una pena de duración inferior a la contemplada en la ley penal para los casos de delito consumado. Por tanto, es importante poner de relieve que pretender acabar con este tipo de criminalidad por la vía de imponer penas de prisión más severas, choca, de entrada, con la realidad de los supuestos que son conocidos por los tribunales y con la previsión penológica prevista en la propia ley penal para los casos de tentativa.

En efecto, la mayoría de los delitos identificados en las sentencias mencionadas en epígrafes anteriores han sido perpetrados solo en grado de tentativa y no han

llegado a consumarse. Los autores del hurto fueron sorprendidos por un vigilante, un agente de policía o, incluso, por la propia víctima, y fueron detenidos antes de tener disponibilidad del objeto sustraído. Aplicando la doctrina penal y la jurisprudencia mayoritaria que acepta que la consumación del delito se produce solo con la disponibilidad del bien sustraído, debe concluirse que esta circunstancia no se da con el simple contacto o el traslado de la cosa, porque se requiere que el sujeto activo tenga capacidad para decidir sobre el bien sustraído.

En aplicación de las previsiones contenidas en la ley penal, la calificación de la conducta como una tentativa de hurto o robo comportará la aplicación de la pena prevista para el delito, si bien atenuada en 1 o 2 grados atendiendo a su grado de ejecución (arts. 16 y 62 CP). A efectos prácticos esto supone que para el autor de un delito leve de hurto en grado de tentativa, la pena que se aplica es de, como máximo, 15 días de multa, aunque existan múltiples antecedentes penales por delitos leves. En caso de apreciarse el agravante de multirreincidencia, la pena que se aplicará por el delito leve intentado no será superior a 3 meses de prisión con la nueva regulación de 2022.

Además, cuando los Tribunales consideran que la tentativa debe apreciarse como tentativa inacabada, atendiendo al menor grado de ejecución del delito y el menor nivel de riesgo al que se ha visto sometido el bien jurídico protegido, esto comporta una rebaja de la pena en dos grados (art. 62 CP). En estos casos, la pena correspondiente al delito leve de hurto sería la de 7 cuotas de días de multa. Y, en caso de apreciarse el agravante de multirreincidencia, la pena aplicable a la tentativa inacabada de hurto leve sería, con la nueva regulación de 2022, de hasta 45 días de cárcel.

El hecho de que la gran mayoría de los supuestos enjuiciados lo sean por delitos cometidos en grado de tentativa ya se reflejó expresamente en el voto particular de la STS 481/2017 de 28 de junio, donde los magistrados firmantes dejaban constancia de que si se aplicara el art. 235.1.7 CP en los supuestos de enjuiciamiento de delitos leves con antecedentes por delitos leves, la pena no resultaría tan desproporcionada, porque en la mayoría de casos el delito se

comete en grado de tentativa y esto ya supone una rebaja considerable de la pena.

6.2. Limitaciones de la pena de multa, en particular, para delincuentes patrimoniales sin recursos

La previsión de pena de multa para los delitos de hurto leve, y su aplicación a casos de multirreincidencia está sometida a algunas limitaciones. Efectivamente, el sistema de días-multa tiene como principal ventaja que repercute en la capacidad económica del individuo, sin afectar directamente a su libertad y la intimidad, y aplicando un criterio de proporcionalidad que respeta, al menos teóricamente, la mayor o menor capacidad económica del individuo. No obstante, en la práctica, el funcionamiento de la pena de días-multa resulta bastante complicado, básicamente por la dificultad para calcular la cuota adecuada al condenado, atendiendo a su capacidad económica, y por el riesgo de establecer discriminaciones entre individuos que, si derivan en situaciones de impago de la multa, comportarán la aplicación subsidiaria de formas de privación de libertad.

Estas dificultades no son exclusivas del sistema judicial español y, de hecho, desde el ámbito internacional se ha planteado también esta misma cuestión. Las investigaciones coinciden en constatar que en la mayor parte de los casos el juez no dispone, en el momento de fijar la cuantía de la multa en la sentencia, de más información que la que facilita el propio acusado a la policía o al tribunal durante el juicio oral. Esto comporta que las cuotas impuestas acaban repercutiendo de forma muy diferente sobre las personas, y afectan más severamente a aquellas con menos recursos. Parece que en la actualidad se están empezando a implementar en el ámbito penal mecanismos para averiguar la situación patrimonial del sujeto que ya se utilizaban en el ámbito civil y de familia.

Además, algún autor (Drápal, 2018) ha reivindicado incluso una fórmula que permita determinar de forma clara la cuantía diaria que corresponde imponer a cada penado. El autor checo pone de manifiesto en su investigación que solo dos países, Finlandia y Suecia, disponen de una fórmula para el cálculo de la multa que permita a los jueces resolver siempre en el mismo sentido.

Sin embargo, la base del problema, más allá de poder diseñar esta fórmula ideal, se encuentra, como decíamos, en la capacidad de los jueces de poder llegar a conocer la verdadera capacidad económica del individuo. Dicho autor señala que, por ejemplo, en Suecia los tribunales pueden acceder con facilidad a los datos fiscales del delincuente, pero que no suelen hacerlo; en Alemania, no tienen acceso a esta información, si bien confían lo suficiente en la información que facilita el propio penado, salvo en el caso de los profesionales autónomos y los empresarios, que tienden a informar cuantías inferiores de las reales; y todavía en algunos casos los penados no cumplen con las obligaciones fiscales por lo que es una fuente de información inexistente.

Algunas de las limitaciones en el potencial sancionador de la multa se hacen aún más evidentes en el caso de delincuentes patrimoniales, y en particular para el caso de los autores de hurtos y robos cuando estos no disponen de mayores ingresos que los que les reporta su actividad delictiva. En estos supuestos la aplicación de penas patrimoniales no tiene ningún recorrido y se manifiesta como una respuesta incluso perversa en el sentido de que el propio sistema penal parece abocar al individuo a acudir a un modelo lucrativo ilegal para hacer frente a la multa y evitar las consecuencias del impago.

De ahí la necesidad de valorar cuidadosamente los casos en que la multa puede ser una respuesta adecuada, de aquellos en los que resultaría necesario poder contar con una opción sancionadora alternativa de aflicción equivalente. En la medida en que esto requeriría de una reforma de la ley penal, lo que hace falta actualmente es poder valorar los supuestos de impago, y discriminar los supuestos en los que el sujeto no quiere pagar, de aquellos otros en los que no puede pagar, porque no dispone de ingresos ni tiene un patrimonio y se encuentra, en palabras de Gómez *et al.* (2016) “en una situación de indigencia, próxima a la exclusión social o cuentan con unos ingresos modestos”.

En el estudio mencionado, los autores examinaban, precisamente, las dificultades que genera el ingreso en prisión de quien no paga la multa penal y, a partir de las entrevistas a profesionales, y en especial al personal del ámbito penitenciario, se ponía de manifiesto la falta de adaptación de estos internos a prisión caracterizada por mal comportamiento y falta de estímulos de contención,

puesto que la estancia tan corta en prisión no llegaría a permitir el cumplimiento de una sanción disciplinaria. La estancia en prisión sí sirve para mejorar las condiciones de salud, higiénicas y físicas, que suelen ser bastante precarias en el momento de ingreso, pero en cambio, no hay ocasión para iniciar una intervención con estos individuos. Los autores constataban también que estos internos generan un alto volumen de burocracia, porque para cada uno de los ingresos es necesario cumplir con toda la documentación necesaria para cualquier penado, a pesar de que entre las diversas estancias y salidas transcurra poco tiempo.

Aunque la legislación prevé la posibilidad de acudir a los trabajos en beneficio de la comunidad para el cumplimiento de la RPSIM, Gómez *et al.* (2016) constataron que esta sanción se utiliza solo puntualmente. En cualquier caso, la aplicación de los trabajos comunitarios, ya sea si *de lege ferenda* se estableciese como sanción de referencia a por delitos de hurto y robos con fuerza, ya sea, a partir de la regulación vigente, como modalidad de cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria, requiere en el caso de personas con carencias de socialización, establecer alguna forma de acompañamiento y apoyo al penado y al mismo tiempo flexibilizar el seguimiento de la ejecución con el fin de favorecer su correcto cumplimiento. En caso contrario, se corre el riesgo de que, como apuntaban los autores de la citada investigación “no puede descartarse la posibilidad de que quien malvive o carece de todo arraigo social rechace la realización de un TBC y prefiera, por comodidad o necesidad, ingresar en prisión por un cortísimo espacio de tiempo”.

6.3. Sobre el potencial disuasorio del incremento de pena: ¿una medida dirigida a los infractores?

El efecto disuasorio que se pretende ejercer a través de la amenaza penal y de la imposición del castigo parte de la premisa de que los potenciales delincuentes tienen capacidad para decidir si cometen o no el delito patrimonial, en una valoración racional de riesgos y beneficios.

Sin embargo, si bien los autores de estas conductas no son ajenos al riesgo de ser detenidos y perseguidos penalmente, es importante tener en cuenta que, en

ocasiones, el nivel con que perciben de forma subjetiva la urgencia de su situación atenúa la influencia que pueda ejercer el binomio infracción legal y sanción. Puede pasar que el delincuente se convenza de que no tiene una alternativa realista a la conducta delictiva y, con mayor o menor esfuerzo, neutralice el temor de que la sanción está llamada a desplegar. Entre las investigaciones que se han desarrollado en este sentido, Wright *et al.* (2020: 1187) se refieren a los mecanismos que algunos delincuentes desarrollan o ejercitan para evitar pensar en el riesgo de ser detenidos o sancionados y que implica, en muchos casos, priorizar la idea de que no hay otra alternativa realista y que necesitan ignorar los riesgos y concentrarse en la recompensa que esperan poder obtener con su conducta.

Por otra parte, la propia investigación pone de manifiesto cómo algunos de estos infractores perciben el ingreso en prisión como un descanso de la agitación emocional y el peligro que comporta la vida en la calle. Es más, este peligro que se asume para conseguir el dinero para satisfacer las necesidades que a su vez genera también la vida en la calle ("The predatory nature of street life itself") (Wright *et al.*, 2020: 1191) modela los valores morales de estos individuos y los aísla aún más de las normas y valores de la sociedad convencional.

¿Hasta qué punto el incremento de la sanción penal por reincidencia en los delitos patrimoniales se dirige a los potenciales autores de estas infracciones y pretende influir en su actividad delictiva, o se trata de una nueva medida de cara a la galería, dirigida a calmar los ánimos de las víctimas reales o potenciales?

Si para muchas de estas personas el paso por la cárcel no constituye ni una amenaza ni un castigo, sino un mero *impasse* o un paréntesis en el que pueden recuperarse de los excesos, y si la estancia en prisión no sirve para alterar los factores de riesgo que acompañan a estos individuos, el incremento de la pena por razón de reincidencia tiene escasas perspectivas de resultar efectiva para una disminución de la criminalidad. La capacidad del sistema penal es limitada en la medida en que solo puede aspirar a disminuir la criminalidad por la vía de disuadir o que los infractores se vuelvan inocuos, pero no cuenta con los

recursos para intervenir sobre las condiciones sociales, culturales y económicas que han determinado la comisión los delitos.

6.4 Alternativas al incremento punitivo: la supervisión, el control en la comunidad y la atención a las circunstancias del individuo

Ante la escasa efectividad de la pena de multa, las limitaciones que comporta el ingreso de corta duración a través de la RPSIM, y el hecho de que, como hemos visto anteriormente, a pesar de la previsión de penas de prisión de más larga duración hecho que las conductas queden en fase de tentativa comportará la aplicación de penas de prisión cortas, con una posibilidad limitada de ofrecer a los penados tratamientos rehabilitadores efectivos, conviene, probablemente, revisar las propuestas para acudir a penas que impliquen un mayor control de individuo en la comunidad.

En este sentido, Wright *et al.* (2020: 1196 y ss) proponen la aplicación de medidas de supervisión intensiva para delincuentes patrimoniales violentos, entre las que encontramos, por ejemplo, los “*re-entry programs*”, que requieran el sometimiento del individuo a sistemas de control telemático y a test aleatorios de orina para controlar el consumo de tóxicos. Sin embargo, los autores alertan, de que la efectividad de estos programas no está clara y que incrementar la intensidad del control en la comunidad no garantiza beneficios en la seguridad pública y que puede incrementar el riesgo de reincidencia y de revocaciones por violaciones de las reglas de conducta impuestas. Con el fin de minimizar estos daños colaterales vinculados a las formas de supervisión intensiva en la comunidad, los autores apuntan a la posibilidad de reducir la duración de la supervisión y posibilitar que los agentes de la administración puedan modificar las condiciones de ejecución para ajustarlos a la situación del penado.

En efecto, la atención a las circunstancias concretas del individuo se plantea como uno de los logros para intentar romper el círculo de la reincidencia. En la investigación publicada por O'Donnell (2020: 29) se presenta una revisión de las investigaciones europeas desarrolladas entre 1990 y 2019 sobre los factores que

acompañan a la reincidencia delictiva y sobre las políticas públicas para hacer frente y la efectividad de estas intervenciones.

Uno de los aspectos que menciona la investigación es el relativo a los "*Fine defaulters*", es decir, los individuos que no pagan la multa penal impuesta. En este ámbito, resulta interesante destacar que el informe apunta a que las tasas de reincidencia serían más elevadas entre los sujetos inicialmente sancionados con una multa que, al resultar impagada, comporta el ingreso en prisión que entre aquellos que fueron directamente castigados con una pena de prisión (85,4 % vs. 42 %, con datos extraídos de O'Donnell *et al.*, 2008). Sin embargo, se señala también que la modificación de la regulación de la multa ha supuesto una reducción sustancial de las personas encarceladas por impago (de 9.883 en 2015 a 455 en 2018).

Por otra parte, el trabajo citado se hace eco de diversas investigaciones, entre ellas las de Killias *et al.* (2010); Klement (2015); Wermink *et al.* (2010) y Andersen *et al.* (2014), destinadas a comparar las tasas de reincidencia de condenados a penas cortas de prisión y aquellos que han cumplido unos trabajos en beneficio de la comunidad. A pesar de las cautelas necesarias para tener en cuenta los sesgos en los individuos que cumplen una y otra sanción, y que pueden distorsionar los resultados obtenidos en el seguimiento (haber sido previamente condenados a prisión, duración de la pena, naturaleza del delito cometido, etc.), la mayor parte de estas investigaciones detectan menor reincidencia en los individuos que cumplen TBC que entre los encarcelados. O'Donnell concluye en su revisión de búsquedas que las penas de prisión de corta duración tienen un escaso poder disuasorio y que, en cambio, podría ser beneficioso (social y económicamente) distanciarse del recurso automático en prisión.

En esta línea, podemos plantearnos reconducir la exigencia penal por el incumplimiento de una pena de multa por la vía de una restricción de la libertad del sujeto menos intensiva que la que comporta el encarcelamiento, recurriendo a dispositivos de control telemático que, en el caso español, pueden aplicarse en el marco de una pena de localización permanente (art. 37 CP). Respecto a esta opción, debe tenerse en cuenta que si bien ya está expresamente prevista en el art. 53 CP, solo incluye los casos en que la multa ha sido impuesta por un delito

leve, por lo que se requeriría una reforma legal para aplicarla también a delitos menos graves (como los hurtos de más de 400 euros).

En cualquier caso, es importante tener presente la advertencia formulada por varios autores en el sentido de que el uso de los medios telemáticos ha contribuido a reducir los programas de apoyo social a los penados y ha reducido el contenido de la pena al control situacional del sujeto a través del dispositivo electrónico. En definitiva, la localización permanente con control telemático solo debería presentarse como una alternativa al impago de multa cuando la restricción de la libertad vaya acompañada de un programa de apoyo y socialización por parte de la administración penitenciaria (en este sentido, Dünkel, 2019)

6.5. La relación entre la reincidencia y la multirreincidencia patrimonial y la criminalidad organizada.

A pesar de que no toda la delincuencia patrimonial y, por tanto, no todos los casos de multirreincidencia se enmarcan en el ámbito de la criminalidad organizada, sí que es importante destacar que desde diferentes instancias se ha apuntado a la estrecha relación entre los dos fenómenos puesto que esto condiciona, necesariamente, la respuesta que debe darse desde las instancias penales.

Como señala el Consejo de la Unión Europea en la lucha de la UE contra la delincuencia organizada, cuando esta delincuencia se dirige contra la propiedad de las personas es cuando se hace más visible y tiene repercusiones directas en las personas y las organizaciones. A pesar de que en 2020 el número de robos en viviendas y los hurtos disminuyeron como consecuencia de la crisis sanitaria de la Covid-19, la desarticulación de las redes delictivas implicadas en la delincuencia contra la propiedad se presenta como un objetivo de la Unión Europea, en especial, en lo que se refiere a los robos organizados en viviendas,

hurtos y robos con violencia o intimidación, la delincuencia relacionada con vehículos a motor y el comercio ilegal de bienes culturales¹.

Por su parte, la Interpol señala que a menudo estos delitos los cometen grupos criminales con mucha movilidad, que aprovechan, e incluso explotan, personas que pertenecen a comunidades de la diáspora en los estados miembros, que crean redes de contacto y de apoyo logístico, y que realizan un número importante de delitos en una región durante un breve período de tiempo antes de desplazarse a otro territorio. Asimismo, la Interpol alerta de que cuando se intenta abordar esta situación a nivel local, sin una perspectiva nacional e incluso internacional, la solución al problema se hace más difícil, porque se consideran incidentes leves y aislados, sin que se llegue a reconocer la implicación de grupos de criminalidad organizada².

En cualquier caso, este contexto de criminalidad organizada ha sido reconocido por las autoridades españolas. Así, la Circular 2/2011, de 2 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del Código Penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, ya reconocía el notable incremento que se venía detectando en grupos de delincuentes que perpetraban reiteradamente faltas o delitos de hurto: “se detecta un notable grado de especialización, por parte de bandas organizadas dedicadas específicamente a una concreta modalidad de delito de carácter patrimonial e integradas con frecuencia, por personas extranjeras de una misma nacionalidad, hasta el punto de poder establecerse cierta correspondencia entre el origen nacional de los integrantes de los grupos y el tipo de actividad delictiva a la que éstos se dedican”. En este sentido, los cuerpos policiales han desmantelado en los últimos tiempos a grupos criminales vinculados a los robos y robos de viviendas.³

Estos supuestos deben calificarse acudiendo al agravante previsto en el art. 235.1.9 CP relativo a la participación de los delincuentes como miembros de

¹ <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-fight-against-crime/>

² <https://www.europol.europa.eu/crime-areas-and-statistics/crime-areas/organised-property-crime>

³ <https://govern.cat/gov/notes-premsa/390653/mossos-esquadra-detenen-barcelona-aquest-cap-setmana-tres-lladres-multireincidentes-que-acumulen-86-antecedents-robatoris-furts;>
<https://govern.cat/gov/notes-premsa/390653/mossos-esquadra-detenen-barcelona-aquest-cap-setmana-tres-lladres-multireincidentes-que-acumulen-86-antecedents-robatoris-furts>

una organización criminal que se dedique a la comisión de delitos patrimoniales, siempre que sean de la misma naturaleza.

7. Propuestas y recomendaciones

Como ya hemos comentado en varias ocasiones en este informe, la dificultad para resolver el problema que plantea la criminalidad patrimonial reincidente y multirreincidente requiere diseñar una intervención que, en lo que se refiere al ámbito del sistema de justicia penal, incida no solo en la definición de los tipos penales y la pena que se prevé, sino que, una vez aplicada la pena al individuo concreto, permita identificar las circunstancias concretas del individuo y hacer uso, entonces, de un abanico de medidas que faciliten dar una respuesta individualizada dadas las particularidades del caso.

Por ello, en este apartado de propuestas y recomendaciones, mencionaremos medidas que pueden explorarse en el ámbito normativo, judicial y en la ejecución penal.

7.1 A nivel normativo

7.1.1. La reforma del artículo 234.2 CP de 2022

El análisis que se plasma en este informe tiene en cuenta la regulación de la reincidencia y de los delitos patrimoniales que ha estado vigente a partir de la reforma penal de 2015. Esta es la normativa que han aplicado los tribunales y que ha dado lugar a una escasa aplicación del agravante de multirreincidencia, tal y como hemos visto en el apartado 2.3 de este informe.

Con la modificación del art. 234.2 CP efectuada por LO 9/2022, de 28 de julio, el legislador ha dado mayor coherencia a la previsión de los tipos penales relativos al delito de hurto y, en especial, a la sanción con la que se castigan. La escala punitiva que se prevé actualmente en los arts. 234 y 235 CP atiende de forma más clara a los criterios de proporcionalidad que habían sido reiteradamente requeridos por los tribunales y se corrige el salto cuantitativo y cualitativo que planteaba la anterior regulación vigente desde 2015.

Aunque la interpretación sistemática que efectuaba el Tribunal Supremo en relación con la regulación de la reincidencia en los arts. 22 y 65 CP mantiene hoy todavía todo el sentido, con la nueva redacción del precepto el legislador envía

una clara misiva a los tribunales: aunque los delitos previos sean leves, esto no debe ser impedimento para la apreciación de la multirreincidencia. El criterio que establece el legislador confronta con la posición de la jurisprudencia, partidaria de una interpretación sistemática del concepto de reincidencia que, atendiendo a lo previsto en los arts. 22 y 66 CP, argumentaba que era necesario excluir los delitos leves previos en la valoración de la multirreincidencia. El legislador deja ahora poco margen de maniobra a los tribunales, y les indica que los delitos leves también tendrán que computar a efectos de reincidencia en el caso concreto de los delitos patrimoniales. En los próximos años, veremos cuál es la interpretación de los tribunales y cómo se concreta su aplicación.

De todas formas, se prevé que para el cómputo de la multirreincidencia no solo se tenga que contar con tres o más antecedentes no cancelados por delitos patrimoniales, sino que estos deben tener la misma naturaleza, y además, es necesario haber superado la cuantía de 400 euros al valorar globalmente todas las infracciones. Como hemos visto en este informe, el criterio de valoración de la identidad en la naturaleza puede llevar a excluir algunos casos a la apreciación de la reincidencia si los tribunales mantienen los criterios jurisprudenciales relativos a la identidad entre infracciones, que ya se han reseñado anteriormente. Además, la exigencia que ahora se incorpora relativa al valor mínimo que debe superar la cuantía global y que se cifra en 400 euros, permitirá excluir los supuestos de bagatela.

7.1.2. Más allá de la reforma de 2022

Probablemente, más allá de la reforma del art .234.2 CP operada por el legislador en 2022, habría que pensar también en algunas intervenciones en el plan normativo. A continuación, presentamos algunas propuestas:

A) Revisar el concepto de multirreincidencia

El concepto de multirreincidencia se construye en la previsión legal a partir de la concurrencia de tres antecedentes por delitos de igual naturaleza. Sin embargo, la constatación empírica de que un número restringido de individuos es el causante de buena parte de la criminalidad patrimonial que se comete en la calle,

lleva a plantear la necesidad de pensar en una definición más estricta de la multirreincidencia, de forma que permita detectar e intervenir sobre el escaso número de delincuentes que, con un extenso historial de reincidencia delictiva, supera, en la mayor parte de los casos, los tres antecedentes que requiere la ley (art. 235.1.7 CP).

Exigir un mayor número de antecedentes para referirnos a la multirreincidencia nos permitiría identificar a los individuos más problemáticos que han hecho del delito patrimonial su modus vivendi, que pueden requerir medidas punitivas más severas y respecto de los cuales es necesaria una intervención particularizada, con internamientos en prisión y un programa específico de intervención.

B) Limitar el cómputo de los antecedentes a efectos de multirreincidencia

El hecho de que para poder determinar la existencia de multirreincidencia y aplicar el tipo agravado sea necesario tener en cuenta los antecedentes que constan en la hoja histórico-penal del acusado, nos lleva a plantearnos cuántas veces se pueden tener en cuenta los mismos antecedentes, sin que se vulneren el principio de seguridad jurídica y la excepción de cosa juzgada. No es extraño encontrar a un sujeto en los supuestos de reiteración delictiva, que haya sido condenado previamente por el art. 235.1.7 CP, y al que, por tanto, los antecedentes ya le han sido computados a efectos de apreciar un tipo hiperagravado. Entendemos que, cuando estos antecedentes ya han servido para sustentar una condena por multirreincidencia, no deberían poder emplearse de nuevo estos mismos antecedentes *ad infinitum* para nuevas condenas hiperagravadas.

Es cierto que la regulación de la reincidencia y la multirreincidencia exigen que se trate de antecedentes no cancelados o cancelables, por lo que pasado un plazo de tiempo ya no podrían tenerse en cuenta. No obstante, la regulación relativa a los antecedentes prevé que estos se cancelarán siempre y cuando el penado no haya vuelto a delinquir dentro del período que marca la ley. Según el art. 136 CP, para los delitos leves de hurto, la cancelación se produce en un plazo de 6 meses y, en cambio, se extiende hasta los 2 años para el caso de pena inferior a 1 año de prisión, y hasta a los 3 años cuando se haya condenado

a pena de hasta 3 años por un delito menos grave. Sin embargo, en el caso de delincuentes reincidentes y multirreincidentes parece que los antecedentes se mantendrían vivos y, por tanto, aplicables a efectos de agravar la pena, por lo que habría que fijar legalmente el plazo durante el cual los antecedentes serán computables a efectos del agravante de multirreincidencia.

C) Redefinir la gravedad de los delitos patrimoniales

Una de las conclusiones que hemos podido extraer en el apartado de Derecho comparado es que ninguno de los códigos penales analizados contempla una diferencia en los delitos de hurto que atienda a la cuantía del objeto sustraído. En estos países, la gravedad del hurto y del robo viene determinada por los medios comisivos empleados o por las circunstancias en las que se perpetra el delito, pero no por el valor de lo que se sustrae que, en todo caso, podrá ser valorado por el juez en la sentencia a la hora de imponer la pena correspondiente dentro del marco de pena previsto en el delito. En cambio, en el ordenamiento penal español, el valor de la cuantía sustraída tiene unas consecuencias importantes que derivan de la consideración del delito como leve o menos graves y que, condicionará, entre otras, la apreciación de la reincidencia y la multirreincidencia.

Sin embargo, consideramos, que este elemento objetivo relativo a la cuantía sustraída no debería tener tanto peso en la consideración del delito, dado que, por un lado, en muchas ocasiones queda fuera del ámbito de control y de la voluntad de autor del delito, es decir, puede ser casual que en la bolsa o cartera que se saca se contenga más o menos dinero, pero, por otro lado, puede provocar que delincuentes especializados calculen detalladamente el valor de lo que roban para no sobrepasar el límite de lo que sería ya un hurto menos grave. Así, por ejemplo, cuando en el hurto que se perpetra en un centro comercial, los delincuentes pueden controlar que el valor de las piezas sustraídas no supere los 400 euros para que la calificación jurídica se mantenga en el margen del delito leve.

Tal y como ponía de manifiesto el voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo de 2017 *“(m)ientras 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”.

Así mismo, conviene tener en cuenta que el art. 963 de la LECrim permite al juez acordar el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias, siempre que así lo solicite el Ministerio Fiscal en casos de delitos leves de escasa gravedad dada la naturaleza del hecho, las circunstancias del hecho y del sujeto activo, y cuando no exista interés público relevante para la persecución del delito, lo que, en el caso de los delitos patrimoniales leves, se entiende que concurre, según el propio tenor literal del precepto, cuando se ha procedido a reparar el daño y no existe denuncia del perjudicado.

En definitiva, recomendamos una reflexión respecto a la conveniencia de mantener la diferencia entre delitos leves y menos graves de hurto atendiendo a la cuantía sustraída. Tal vez esta diferencia podría tener más sentido si se atiende a las circunstancias en las que se comete el delito, entre las que, por ejemplo, la evidencia de reincidencia delictiva, y ofrecer un marco punitivo lo suficientemente amplio, tanto en lo que se refiere a las sanciones que pueden aplicarse como en cuanto a su duración, para que los jueces puedan determinar la pena más adecuada al caso concreto.

D) Prever consecuencias jurídicas orientadas a la supervisión y acompañamiento de delincuentes patrimoniales multirreincidentes

Partiendo de que el delito leve de hurto se castiga con una pena de multa y, vistas las dificultades que esta pena plantea para algunos de los penados, deben responder en caso de impago con el ingreso en un centro penitenciario para el cumplimiento de la RPSIM, nos planteamos la conveniencia de introducir

alternativas a la pena de multa en el propio tipo penal, de modo que esta no sea la única pena con la que se conmina el delito. Entre las opciones posibles, se encuentran las siguientes:

En primer lugar, introducir una **pena alternativa para el delito leve de hurto** de modo que la multa no sea la única opción a disposición del juez. Resulta incoherente que el individuo que no tiene ingresos económicos legales deba resolver su responsabilidad penal con una sanción destinada a afectar a un patrimonio del que no dispone. Las limitaciones que plantea esta sanción en la delincuencia patrimonial se agravan en los supuestos de hurtos reiterados que pueden acarrear una acumulación de multas y entradas y salidas frecuentes de prisión. La solución pasa, a nuestro entender, por mantener la pena de multa, que puede resultar puntualmente una sanción útil para los hurtos, pero incluir alternativas a esta en el propio tipo penal, como la pena de localización permanente o los trabajos en beneficio de la comunidad. Estas últimas podrían resultar adecuadas cuando el sujeto sea reincidente.

En segundo lugar, valoramos la posibilidad de explorar **extender las medidas de seguridad a los delincuentes patrimoniales reincidentes**. En este sentido, se podría analizar con mayor detalle la posibilidad de aplicar la medida de libertad vigilada para los casos de multirreincidencia patrimonial, de forma que se despliegue una supervisión sobre el penado que incluya la participación en programas de formación o de capacitación laboral, así como la atención a las dificultades personales o sociales del individuo que tienen una influencia importante en su actividad delictiva (consumo de tóxicos, salud mental, vivienda, carencia de actividad laboral, etc.).

Efectivamente, esta opción no resulta viable actualmente porque, la libertad vigilada solo es de aplicación como medida de seguridad para sujetos imputables para determinados delitos contra las personas, no para delitos patrimoniales, y para su ejecución en fase postpenitenciaria. Lo que apuntamos, es la posibilidad de que para delincuentes multirreincidentes que acumulan numerosos antecedentes por delitos patrimoniales, pueda entrar en funcionamiento una medida de seguimiento que acompañe al penado durante la ejecución de la pena no privativa de libertad (multa, TBC, etc.), algo no previsto actualmente en la ley

penal, o, en su defecto, y más en la línea de la actual regulación de esta medida, que entre en juego una vez el penado es excarcelado. La medida debería tener una orientación de supervisión, de modo que propiciara la intervención de los servicios sociales a partir de la detección de la reincidencia del sujeto.

7.2 A nivel judicial

Si bien las resoluciones judiciales deben aplicar lo previsto en la ley, algunos preceptos ofrecen algunas alternativas interesantes que los operadores jurídicos deben poder valorar antes de decidir. Así, se insta a:

- A) Explorar las diferentes opciones que ofrece el art. 53 CP para los casos de impago de multa impuestos en el marco de un delito leve de hurto.

Dadas las limitaciones que hemos expuesto anteriormente respecto a la previsión de la multa como pena para delitos patrimoniales, resulta necesario dotar a los órganos judiciales de los recursos para que puedan conocer cuál es la capacidad económica del individuo que ha cometido un hurto leve, y valorar, si existe alguna posibilidad que haga frente a la multa sin que ello comporte una nueva incursión en la actividad delictiva o tener que recurrir inevitablemente a la responsabilidad personal subsidiaria.

Naturalmente, disponer de una pena alternativa a la multa para el caso de los delitos leves de hurto sería una medida altamente interesante, pero esto, como hemos visto, es competencia del legislador y no del juez. Por ello, al órgano judicial le corresponde valorar, en caso de impago de la multa, cuál de las opciones previstas en la regulación penal resulta más adecuada como modalidad de responsabilidad personal subsidiaria, y esto atendiendo a que el ingreso en el centro penitenciario es solo una de las opciones que se establecen en el art. 53 CP. De hecho, para los delitos leves de hurto la previsión legal posibilita aplicar una pena de localización permanente, que comportaría una supervisión del penado en un grado de intensidad superior a la que resulta de aplicar una mera pena de multa y que, por tanto, podría tener sentido para el caso de multirreincidentes. Además, para la supervisión de la ejecución podría recurrirse

a la aplicación de medios telemáticos, siempre que el juez así lo acuerde (art. 37.4 CP), que permitirían una mayor supervisión sobre el individuo.

Es cierto que la pena de localización permanente tiene un contenido muy limitado, si partimos de la base de que a lo que obliga es a permanecer en su domicilio o en el lugar donde determine el juez en la sentencia. No obstante, sería interesante dotar a esta sanción de un alcance más amplio que posibilitara la sujeción del individuo a sistemas de control telemático que no requieran el cierre 24/7 del individuo en un lugar determinado, sino que permitan su participación en posibles actividades de tratamiento, capacitación laboral o acompañamiento que deberían ser especialmente diseñadas para este perfil de infractores. Actualmente, esta opción debe articularse por la vía de un cumplimiento no continuado de la pena que, según establece el art. 37.3 CP, deberá ser acordado por el juez, a petición del reo, siempre que las circunstancias lo aconsejen y oído el Ministerio Fiscal.

Además de la pena de localización permanente, el art. 53 CP contempla también la posibilidad de aplicación de la pena de TBC que exigiría la participación del penado en actividades no retribuidas. La ejecución de esta pena no resulta sencilla en individuos con problemáticas sociales complejas. Sin embargo, no debería descartarse para aquellos supuestos en los que se valore que la supervisión, que puede implicar la ejecución de esta pena, unida al hecho de proporcionar una capacitación profesional que ofrezca al individuo alternativas a la actividad delictiva (cuando el mismo trabajo que se presta se acompaña de una formación laboral), constituye un elemento potencialmente apto para interrumpir la actividad delictiva del sujeto.

Por último, es importante explorar la figura de la suspensión de la pena privativa de libertad (RPSIM) con imposición de reglas de conducta. Efectivamente, los requisitos previstos para el acceso a la suspensión de la pena dificultan notablemente la concesión de esta a individuos que cuentan con un extenso historial de reincidencias por delitos patrimoniales. El art. 80 CP pone ciertos escollos a esta opción: en el primer párrafo del art. 80.1 CP, requiere que el juez se plantee que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la futura comisión de nuevos delitos y le insta a tener en cuenta, a tal efecto, los

antecedentes y las circunstancias del delito cometido. También, el art. 80.2 CP, contempla como requisito que el individuo haya delinuido por primera vez, a pesar de que se excluyen de esta valoración los antecedentes por delitos leves o aquellos antecedentes que por su naturaleza no sean relevantes para valorar la probabilidad de una futura reincidencia. Esta previsión limita muchísimo el recurso a la suspensión de multirreincidentes. Y sin embargo, si fuera posible su aplicación, permitiría una intervención supervisada en libertad, si se acudiera a las reglas de conducta del artículo 83 CP, e, incluso, a las descritas en el art. 84 en caso de acceder a la suspensión excepcional de la pena (art. 80.3 CP). Por tanto, lo que sería necesario es flexibilizar en el propio Código Penal los requisitos para la suspensión condicional de la pena impuesta como RPS.

B) Aplicar la prohibición de acudir a determinados sitios

Una segunda medida, que se plantea en el ámbito judicial, es potenciar la inclusión de la prohibición de acudir a determinados lugares prevista en el art. 48 CP, que se aplicaría como pena accesoria (art. 57 CP) y que priva del derecho a acudir a determinados lugares y, en concreto, al lugar en el que se haya cometido el delito.

Los operadores jurídicos (acusación y Ministerio Fiscal) deben plantearse y solicitar, cuando corresponda, estas penas para que el juez pueda aplicarlas en sentencia.

El art. 57.1 CP posibilita la aplicación de esta pena atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente representa. En el caso de la multirreincidencia patrimonial puede argumentarse que, a pesar de que el delito cometido sea un hurto leve, los antecedentes con que cuenta el individuo apuntan a un riesgo de reincidencia, y por tanto, justificarían la imposición de una sanción que limita acceso del individuo a determinados lugares o espacios donde pueda cometer de nuevo el delito.

La duración de estas prohibiciones viene determinada por la gravedad del delito patrimonial cometido. En el caso de un delito menos grave de hurto (art. 234.1) o en el caso del delito patrimonial leve con multirreincidencia (después de la

reforma de 2022) se prevé una duración máxima de hasta 5 años. La redacción del precepto tras la reforma de 2022, que insta a imponer la pena correspondiente al delito menos grave en caso de hurto leve en el que concurre la multirreincidencia, abre la puerta a aplicar esta prohibición también en estos casos de multirreincidencia.

Si, por el contrario, se califica como delito leve de hurto, el apartado tercero del art. 57 establece una duración máxima de 6 meses para la prohibición de acudir a determinados lugares, zonas o locales.

En todo caso, hay que tener presente que deben habilitarse mecanismos para que se haga un seguimiento adecuado de la ejecución de estas penas que funcionarán como accesorias de otra pena y que el individuo se sienta efectivamente obligado a no acudir a lugares donde existe un riesgo claro que se reitere en la comisión de hurtos. La falta de mecanismos para controlar su correcto cumplimiento pone en duda la efectividad de esta sanción.

C) Asegurar la consigna de los antecedentes penales en los hechos probados de la sentencia

Una de las premisas básicas exigidas por el Tribunal Supremo, para poder aplicar el art. 235.1.7º CP, es la constatación de que, en los hechos probados de la sentencia, se recoja toda la información relativa a los antecedentes penales del acusado/a, para poder valorar tanto el número de antecedentes que aplican al caso como la identidad en la naturaleza de estos antecedentes.

En este sentido, en la **STS 500/2018, de 24 de octubre**, el Tribunal excluye la aplicación del agravante de multirreincidencia en un supuesto de delito leve de hurto en grado de tentativa en el que se había aplicado el agravante de multirreincidencia. El motivo por el que se excluye a esta agravante es que en el relato de hechos probados de la sentencia penal no se consignó toda la información que podía dar lugar a su apreciación. En su FJ2, la sentencia afirma que *“Y en lo que se refiere a los presupuestos que sustentan la reincidencia, la doctrina de esta Sala, (...), ha señalado que su apreciación requiere que consten en el factum la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria, el delito por el*

que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguida". El hecho de que no conste la información completa y detallada del relato de los hechos probados comporta la inexistencia de elementos que permitan sustentar la tipicidad del art. 235.1.7º e imposibilita acomodar la condena a la doctrina fijada por la STS 481/2017, de 28 de junio, por lo que no se pueden tener en cuenta los antecedentes para agravar la pena.

Por tanto, a efectos de poder aplicar las sanciones específicas previstas para los casos de multirreincidencia patrimonial, es importante que los jueces consignen adecuadamente en los hechos probados sobre los que se construye la resolución judicial, toda la relación de antecedentes con los que cuenta el sujeto. En esta operación, cabe referir la calificación jurídica de los hechos ya sancionados, la fecha de la condena, y si están o no cancelados, porque de ello depende que la resolución en la que se determina si el individuo es o no reincidente sea aceptada, en caso de recurso, en instancias judiciales superiores e incluso por el Tribunal Supremo.

D) Detección de casos de criminalidad organizada y de tráfico de seres humanos para explotación en actividades delictivas

La persecución policial y judicial de la reincidencia patrimonial requiere profesionales formados y capacitados para indagar en tramas de criminalidad organizada que, a menudo, están detrás de la perpetración de hurtos y robos en espacios públicos y en centros comerciales.

Desde el punto de vista penal, este elemento es relevante a efectos de apreciar el agravante previsto en el art. 235.1.9 CP, relativo a la participación como miembros de una organización o grupo criminal dedicado a la comisión de delito patrimoniales, que puede apreciarse también en casos de multirreincidencia delictiva.

No obstante, esta situación también es relevante desde el punto de vista de la investigación criminal, a efectos de detectar a los individuos que, aunque sean presuntos autores de un delito de esta naturaleza, son una mera pieza al servicio

de la criminalidad organizada, incluidos los supuestos graves en los que los individuos son, en realidad, víctimas del tráfico de seres humanos que se destinan a su explotación mediante la comisión de actividades delictivas. Por tanto, es necesario contar con profesionales en el ámbito del sistema de justicia penal y del ámbito asistencial, formados y capacitados, para esta tarea de detección e identificación.

Desde el ámbito policial, es importante poder detectar a los infractores vinculados a la delincuencia patrimonial multirreincidente que actúan como integrantes o bajo las órdenes de una estructura organizativa en la que algunos sujetos son piezas fungibles que actúan según el dictado de aquellos individuos que orquestan la operación. La detención de aquellos individuos a pie de calle difícilmente puede contribuir a resolver el problema, en especial cuando la organización tiene capacidad para conseguir nuevos peones en poco tiempo.

La respuesta penal que se impone a estos individuos no tiene eficacia si, al finalizar el cumplimiento de la pena o, incluso, durante la ejecución de esta, el individuo sigue recibiendo instrucciones y se es obligado a mantener su actividad delictiva o a reemprenderla en un futuro cercano. En estos casos, la tarea policial y judicial debe ir orientada, más que a la sanción de estas personas, a posibilitar la identificación de los individuos que dirigen las operaciones y, por otra parte, a proteger adecuadamente a las personas que son testigos.

En algunos casos, los individuos que cometen los hurtos no solo forman parte, con mayor o menor capacidad de decisión, de una estructura organizativa en la que reciben instrucciones sobre las circunstancias en las que deben operar, sino que han sido directamente captados por traficantes de personas que las someten a intimidación, violencia, engaño o que abusan de su situación de necesidad o vulnerabilidad para obligarlas a cometer delitos. Los hurtos reiterados, el cultivo y el tráfico de drogas o la falsificación de documentos y tarjetas son algunos ejemplos de lo que la literatura científica ha identificado como sectores en los que se esclaviza a personas en la comisión de delitos para obtener un rédito económico. El procesamiento y, sobre todo, la punición de estas personas comporta una vulneración del principio de no punición que prevén los instrumentos internacionales el propio Código Penal en su art. 177bis.11

(Villacampa i Torres, 2016; Villacampa, 2022), y también, una vulneración de los derechos y de la protección que los mismos instrumentos reconocen a las víctimas de tráfico de seres humanos que, lejos de ser condenadas y encarceladas, deben ser adecuadamente identificadas, asistidas y protegidas, cualquiera que sea su situación legal.

7.3 A nivel de la Administración penitenciaria y de medidas penales alternativas

La identificación del individuo como reincidente patrimonial no debería limitarse a la fase judicial, con la aplicación de las agravantes legalmente previstas, sino que la Administración penitenciaria debería identificar aquellos penados que presentan historiales extensos de reincidencias patrimoniales y desarrollar un programa de intervención especial. A tal efecto, de entrada parece importante tener en cuenta algunas cuestiones.

En primer lugar, es importante disponer de información precisa sobre el historial delictivo del individuo para poder identificar a aquellos que, por el número tan elevado de reincidencias que acumulan, son responsables de prácticamente el 80 % de delitos patrimoniales conocidos. Estos individuos deben ser un grupo prioritario para una intervención especializada, diferenciada de aquella que se proyecte para aquellos individuos que, a pesar de ser reincidentes, no forman parte de ese grupo que contribuye sobre modo a la percepción de inseguridad ciudadana. Por tanto, desde el ámbito penitenciario deben identificarse estos individuos.

En segundo lugar, dado que, como hemos visto, las penas que se imponen son habitualmente de corta duración, puesto que los hechos que se juzgan son calificados como tentativas de delito (al haber sido sus autores sorprendidos por los propietarios de la cosa hurtada o por agentes del sistema penal, antes de la consumación del delito), los programas deben ser cortos e intensivos y se deben aplicar con celeridad cuando el individuo entra en contacto con la Administración penitenciaria. Y esto, sin perjuicio de que se pueda establecer algún tipo de

supervisión en la comunidad con la aplicación de penas de prohibición de acudir a determinados sitios o, *de lege ferenda*, con medidas de supervisión postpenitenciaria. Esta intervención debe tener necesariamente un componente punitivo y de control del individuo, pero en la medida de lo posible debe tener también componentes de acompañamiento y propuesta de alternativas de vida.

El diseño de esta intervención debería contemplarse tanto en el ámbito carcelario como en el ámbito comunitario para ser desplegado, en este último caso, en el marco del cumplimiento de una pena de TBC, una localización permanente, la suspensión de la privación de libertad, o incluso, *de lege ferenda*, de una medida de libertad vigilada aplicable a los autores de delitos patrimoniales.

8. Bibliografía

CEFJE: “Tasa de reincidencia penitenciaria 2014”, Investigación del Área de Investigación y Formación Social y Criminológica del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada (2015)
https://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/cataleg/crono/2015/taxa_reincidencia_2014/taxa_reincidencia_2014_cat.pdf

De Vicente Martínez, Rosario: “El hurto agravado por la multirreincidencia y la pena de prohibición de acudir al lugar donde se cometió el delito”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* 62, Enero - Marzo (2021).

Drápal, Jakub: “Day fines: A European comparison and Czech malpractice”, *European Journal of Criminology*, vol.15 (4) (2018)

Düinkel, Frieder: “The impact of Covid-19 on Prisons and Penal Policy in Germany”, *Victims & Offenders. An International Journal of Evidence-based Research, Policy and Practice*, vol.15, Issue 7-8 (2020)

Düinkel, Frieder: “Reforms of the criminal sanctions system in Germany – achievements and unresolved problems”, *Juridica International (Estonia)*, 28 (2019)

Fonseca Fortes-Furtado, Regina Helena: “¿Deben ir los pobres a la cárcel por el impago de una pena de multa?”, *Revista Sistema penal crítico*, n.2, 2021.

Gómez Martín, Víctor; Corcoy Bidasolo, Mirentxy; Cardenal Montraveta, Sergi; Hortal Ibarra, Juan Carlos; Vera Sánchez, Juan Sebastian; Balaguer Bataller, Mireia; Valiente Iváñez, Vicente: “La prisión por impago de multa en Cataluña: diagnóstico del problema y propuestas de solución”, *CEJFE* (2016)
<https://cejfe.gencat.cat/ca/recerca/cataleg/crono/2016/preso-impagats/>

Juanatey Dorado, Carmen: “El delito de hurto propio: algunas cuestiones de dogmática y política criminal, con especial referencia a la multireincidencia”, *Revista General de Derecho Penal*, 33 (2020)

Maldonado-Guzman, Diego J., Saldaña-Taboada, Patricia; Salafranca Barreda, Daniel: “Aplicación del análisis de umbral a los delitos patrimoniales en los barrios y distritos de Barcelona”, *Boletín Criminológico*, 8/2020, n. 2014 (2020)
<https://revistas.uma.es/index.php/boletin-criminologico/article/view/11288/11686>

O'Donnell, Ian: “An Evidence Review of Recidivism and Policy Responses”, *Research and Data Analytics, Department of Justice and Equality, Ireland*, (2020)
https://www.justice.ie/en/JELR/An_Evidence_Review_of_Recidivism_and_Policy_Responses.pdf/Files/An_Evidence_Review_of_Recidivism_and_Policy_Responses.pdf

Villacampa, Carolina; Torres, Núria: “Trata de seres humanos para explotación criminal: ausencia de identificación de las víctimas y sus efectos”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 36, pp. 810 y ss. (2016)

Villacampa, Carolina: "El principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos: reconocimiento normativo y aplicación", *Diario La Ley*, n.10101, Sección Doctrina (2022)

Wright, Richard; Sabol, William J., Johnson, Thaddeus L., "Robbery, Recidivism, and the limits of the Criminal Justice System", *Marquette Law Review*, Vol. 103, Issue 3 (2020)

9. Listado de Jurisprudencia empleada (por Tribunal y orden cronológico)

Tribunal Supremo

- STS 481/2017, de 28 de junio, Sección: En su totalidad, no. Recurso: 2264/2016, Ponente: ALBERTO GUMERSIDO JORGE BARREIRO
- STS 569/2017, de 17 de julio, Sección 1ª, núm. Recurso: 488/2017. Ponente: FRANCISCO MONTERDE FERRER
- STS 738/2018, de 5 de febrero, Sección 1ª, núm. Recurso: 223/2018, Ponente: ANTONIO DEL MORAL GARCÍA.
- STS 176/2018, de 12 de abril, Sección 1ª, núm. Recurso: 1965/2017. Ponente: ANA MARÍA FERRER GARCÍA.
- STS 429/2018, de 27 de septiembre, Sección 1ª, núm. Recurso: 2349/2017. Ponente: ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA.
- STS 500/2018, de 24 de octubre, Sección 1ª, núm. Recurso: 2755/2017. Ponente: ANA MARÍA FERRER GARCÍA.
- STS 579/2018, de 21 de noviembre, Sección 1ª, núm. Recurso: 2449/2017. Ponente: CARMEN LAMELA DÍAZ.
- STS 155/2019, de 26 de marzo, STS 981/2019, Sección 1ª, núm. Recurso: 2086/2018. Ponente: JULIÁN ARTEMIO SÁNCHEZ MELGAR.
- STS 550/2019, de 12 de noviembre, Sección 1ª, núm. Recurso: 2125/2018. Ponente: CARMEN LAMELA DÍAZ.
- STS 92/2021, de 4 de febrero, Sección 1ª, núm. Recurso: 1284/2019. Ponente: CARMEN LAMELA DÍAZ.
- STS 691/2021, de 15 de septiembre, Sección 1ª, núm. Recurso: 3831/2019. Ponente: LEOPOLDO PUENTE SEGURA.
- STS 281/2022, de 23 de marzo, Sección 1ª, núm. Recurso: 1079/2020. Ponente: ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA.

Audiencias provinciales

- SAP Valencia 260/2017, de 20 de abril, Sección 2, núm. Recurso: 433/2017. Penal, apelación procedimiento abreviado. Ponente: SALVADOR CAMARENA GRAU.
- SAP Alicante 207/2017, de 18 de mayo, Sección 2, núm. Recurso: 257/2017. Penal, apelación procedimiento abreviado. Ponente: MARÍA CRISTINA COSTA HERNÁNDEZ.
- SAP Valencia 460/2017, de 10 de julio, Sección 3, núm. Recurso: 1019/2017. Penal, apelación procedimiento abreviado. Ponente: MARIA DEL CARMEN MELERO VILLACAÑAS-LAGRANJA.
- SAP Bilbao 90248/2017, de 15 de septiembre, Sección 2, núm. Recurso: 91/2017. Penal, apelación procedimiento abreviado. Ponente: JUAN MATEO AYALA GARCIA.
- SAP Alicante 370/2017, de 18 de octubre, Sección 10, núm. Recurso: 509/2017. Penal, apelación procedimiento abreviado. Ponente: JAVIER MARTÍNEZ MARFIL.

- SAP Córdoba 545/2017, de 27 de diciembre, Sección 2, núm. Recurso: 2491/2017. Penal, apelación procedimiento abreviado. Ponente: JOSÉ MARÍA MAGAÑA CALLE.
- SAP Alicante, 63/2018, de 27 de febrero, Sección 2, núm. Recurso: 121/2018. Penal, apelación procedimiento abreviado. Ponente: MARÍA CRISTINA COSTA HERNÁNDEZ.
- SAP Córdoba 156/2018, de 19 de abril, Sección 2, núm. Recurso: 522/2018. Penal, apelación procedimiento abreviado. Ponente: JOSE ANTONIO CARNERERO PARRA.
- SAP Gipuzkoa 107/2018, de 17 de mayo, Sección 1, núm. Recurso: 1048/2018. Penal, apelación procedimiento abreviado. Ponente: MARIA JOSEFA BARBARIN URQUIAGA.
- SAP Valencia 125/2019, 11 de marzo, Sección 2, núm. Recurso: 350/2019. Penal, apelación procedimiento abreviado. Ponente: JOSE MANUEL ORTEGA LORENTE.
- SAP Bilbao 90289/2019, de 1 de julio, Sección 6, núm. Recurso: 101/2019. Penal, apelación procedimiento abreviado. Ponente: JOSE IGNACIO AREVALO LASSA.
- SAP Madrid 697/2019, de 4 de noviembre, Sección 23, núm. Recurso: 1143/2019. Penal, apelación de procedimiento abreviado. Ponente: MARÍA DEL ROSARIO ESTEBAN MEILAN.
- SAP Alicante 429/2019, de 16 de diciembre, Sección 10, núm. Recurso: 510/2019. Penal, apelación procedimiento abreviado. Ponente: JOSE MARIA MERLOS FERNANDEZ.
- SAP Gipuzkoa 275/2019, de 20 de diciembre, Sección 3, núm. Recurso: 3021/2019. Penal, apelación procedimiento abreviado. Ponente: MARIA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI.
- SAP Barcelona 38/2020, de 20 de enero. Sección 9, núm. Recurso: 6/2020. Penal, apelación juicio de faltas Ponente: JOSÉ MARÍA TORRAS COLL.
- SAP Madrid 101/2020, de 5 de marzo. Sección 29, núm. Recurso: 184/2020. Penal, apelación procedimiento abreviado. Ponente: JUSTO RODRÍGUEZ CASTRO.
- SAP Madrid 350/2020, de 21 de septiembre, núm. Recurso: 443/2020. Penal, apelación procedimiento abreviado. Ponente: MARIA PILAR ABAD ARROYO.
- SAP Sevilla 403/2020, de 19 de noviembre. Sección 3, núm. Recurso: 5034/2020. Penal, apelación procedimiento abreviado. Ponente: ÁNGEL MÁRQUEZ ROMERO.
- SAP Barcelona 604/2021, de 13 de diciembre. Sección 9, núm. Recurso 228/2019. Penal, apelación procedimiento abreviado. Ponente: ANDRÉS SALCEDO VELASCO.
- SAP Barcelona 18/2022, de 8 de enero. Sección 8, núm. Recurso. 70/2021. Penal, apelación procedimiento abreviado. Ponente: JESÚS NAVARRO MORALES.
- SAP Jaén 8/2022, de 12 de enero. Sección 3, núm. Recurso: 442/2021. Penal, apelación procedimiento abreviado. Ponente: MARIA ESPERANZA PEREZ ESPINO.
- SAP Málaga 33/2022, de 7 de febrero. Sección 3, núm. Recurso: 51/2020. Penal, apelación procedimiento abreviado. Ponente: ANDRÉS RODERO GONZÁLEZ.