

2. DERECHO PENAL SUSTANTIVO

2.1 La multirreincidencia en los delitos de hurto

La reforma del delito de hurto operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, tuvo como uno de sus principales objetivos ofrecer respuesta al preocupante fenómeno de la multirreincidencia.

Al objeto de abordar tan controvertida cuestión, el legislador ofreció una nueva redacción al art. 235.1.7.º del Código Penal, tipificando como modalidad típica hiperagravada la comisión de un delito de hurto –leve o menos grave– por quien previamente hubiera sido condenado por sentencia firme por la ejecución de tres delitos de la misma naturaleza, comprendidos en el Título XIII del Código penal (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico).

Según se indicaba en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, *«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»*.

A pesar de ello, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha tenido a bien considerar que la interpretación sistemática de los arts. 235.1.7.º y 22.8 del Código Penal impide subsumir en el primero de los preceptos referenciados aquellos supuestos en que el sujeto activo del delito haya sido previamente condenado por delitos leves. Según se indicaba en la STS 481/2017, de 28 de junio (Recurso núm. 2264/2016): «El artículo 22.8 establece que “Hay reincidencia cuando, al delinquir el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves”. Pues bien, si ese es el concepto de reincidencia y en él se excluye el cómputo de los delitos leves para apreciarla, no parece razonable hablar de multirreincidencia excluyendo el concepto básico de la parte general del Código de lo que debe entenderse por reincidencia. Si el legislador parte del principio general previo de que la escasa ilicitud que albergan los delitos leves impide que operen para incrementar las condenas del resto de los delitos, no parece coherente abandonar esa delimitación del concepto de reincidencia que se formula en la parte general del Código para exasperar la pena de un delito leve, hasta el punto de convertirlo en un tipo penal hiperagravado (art. 235.1.7.ª), saltándose incluso el tipo penal intermedio o básico

prescrito en el artículo 234.1 del Código penal. [...] Así las cosas, para interpretar los arts. 234 y 235 del Código Penal en un sentido que resulte congruente el concepto de multirreincidencia con el concepto básico de reincidencia, y que se respete al mismo tiempo el principio de proporcionalidad de la pena, ha de entenderse que cuando el texto legal se refiere a tres condenas anteriores, éstas han de ser por delitos menos graves o graves, y no por delitos leves. Y ello porque ese es el criterio coherente y acorde con el concepto básico de reincidencia que recoge el Código Penal en su parte general, y porque, además, en ningún momento se afirma de forma específica en los arts. 234 y 235 que las condenas anteriores comprendan a los delitos leves».

Criterio este reproducido en las SSTS 569/2017, de 17 de julio (Recurso núm. 488/2017); 738/2018, de 5 de febrero de 2019 (Recurso núm. 223/2018); 500/2018, de 24 de octubre (Recurso núm. 2755/2017), o 429/2018, de 27 de septiembre (Recurso núm. 2349/2017). Si bien, debe precisarse que no se ha apreciado obstáculo alguno para sancionar como autor de la modalidad hipergavada de hurto del art. 235.1.7 CP a quien, al tiempo de hurtar un objeto con un valor igual o inferior a 400 euros, había sido previamente condenado como autor de tres delitos menos graves de hurto—STS 550/2019, de 12 de noviembre (Recurso núm. 2125/2018)—.

Las anteriores consideraciones permiten afirmar que la interpretación ofrecida por los tribunales al artículo 235.1.7.º CP puede haber frustrado la finalidad perseguida por el legislador, pues en la actualidad el tratamiento punitivo ofrecido a quienes habitualmente ejecutan delitos leves de hurto resulta menos severo que el que se venía ofreciendo con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

Así las cosas, recuérdese que la redacción anteriormente ofrecida al art. 234 CP rezaba del siguiente modo: *«El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros. Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice tres veces la acción descrita en el apartado 1 del artículo 623 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito».*

Parecería así razonable que por el legislador se reformara la actual regulación del delito de hurto al objeto de ofrecer un nuevo tratamiento que ofrezca respuesta al fenómeno de la multirreincidencia en la ejecución de delitos leves.

Ciertamente se trata de una tarea compleja, a la vista de las dificultades de orden dogmático y axiológico tradicionalmente asociadas al tratamiento de la multirreincidencia. Pues, sin perjuicio de lo atractivas que puedan resultar algunas consideraciones de orden funcionalista que aconsejan la inocuización del delincuente multirreincidente mediante su ingreso en prisión, debe siempre insistirse en que el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho no puede sino alejarse de aquellos planteamientos que pongan en duda principios esenciales tales como los de culpabilidad o de responsabilidad personal por el hecho propio. Quedando, pues, proscritos, aquellos planteamientos dogmáticos que conduzcan a soluciones próximas a las tesis del denominado *derecho penal del enemigo*.

Como nos recuerda la STS 481/2017, de 28 de junio: *«Es cierto que el Tribunal Constitucional ha acogido en sus sentencias la constitucionalidad de la reincidencia, si bien con alguna cautela cuando se trata de principios constitucionales relacionados con el elemento de la culpabilidad, sobre todo al tratar de los principios de proporcionalidad y del non bis in ídem. Ahora bien, es importante no olvidar que esa jurisprudencia estaba referida siempre a la agravante genérica de reincidencia y no a la configuración de subtipos penales hiperagravados, en los que se produce un salto punitivo de tal entidad que se permitiría al juzgador convertir una condena de pena de multa en otra de pena privativa de libertad que tiene un techo de tres años y en otros casos de hasta de seis años de prisión. Es evidente, como ya se anticipó, que corresponde al legislador establecer la cuantía de las penas en cada uno de los tipos delictivos al ostentar la legitimidad de base para fijar las pautas de la política criminal en nuestro país. Y también es razonable y elogiable su preocupación por ciertos delitos que, no alcanzando un alto grado de ilicitud al contemplarlos desde una perspectiva individualizada, sí acaban afectando por su reiteración a la ciudadanía y generando cierta alarma social. Ahora bien, dentro del marco punitivo que establece el legislador, los tribunales, atendiendo a la redacción de la norma y a los principios constitucionales que han de guiar de forma primordial el significado de los preceptos penales, han de acudir cuando concurren interpretaciones en conflicto a seleccionar la que concilie en mayor medida los principios y valores constitucionales con las descripciones y connotaciones que se desprenden del texto legal, tanto desde una dimensión de cada precepto como del conjunto sistemático del Código. Especialmente cuando afloran contradicciones internas tanto de índole textual como sobre todo axiológicas, tal como se ha venido exponiendo en los fundamentos precedentes.*

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

De ahí que resulte aconsejable acometer una profunda revisión de la actual regulación del delito de hurto al objeto de articular mecanismos que permitan conjugar y ofrecer un oportuno equilibrio a las tensiones que, en este ámbito más que en ningún otro, se producen entre la necesaria adopción de medidas útiles y funcionales al objeto de poner freno al fenómeno de la multirreincidencia, y, por otro lado, la legitimidad axiológica de las mismas con arreglo a parámetros de naturaleza dogmática y constitucional.

Se propone, así, como punto de partida, la conveniencia de prever que el delito leve de hurto pueda, además de con pena de multa, ser sancionado con penas de otra naturaleza tales como la localización permanente o los trabajos en beneficio de la comunidad. Pues no debe olvidarse que, por lo general, suelen ser los más desfavorecidos económicamente quienes aparecen como sujetos activos prototípicos de esta conducta criminal, por lo que la imposición de penas de multa, además de acarrear notables dificultades de ejecución de la pena fruto de la insolvencia del reo –conduciendo en un elevado número de casos a su prescripción–, puede incluso llegar a convertirse en un estímulo para la ejecución de nuevos delitos.