

## CIRCULARES

### **CIRCULAR 1/2022, DE 12 DE DICIEMBRE, SOBRE LA REFORMA DEL DELITO DE HURTO OPERADA EN VIRTUD DE LA LEY ORGÁNICA 9/2022, DE 28 DE JULIO**

1. Consideraciones preliminares. 2. Antecedentes legislativos. 3. La nueva modalidad agravada del delito de hurto introducida por la Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio. 4. Cuestiones específicas. 4.1 La relación entre la modalidad agravada del inciso segundo del art. 234.2 CP y la modalidad hiperagravada del art. 235.1.7.º CP. 4.2 La coexistencia con la figura del delito continuado. 4.3 Consideraciones en materia de autoría y participación. 4.4 Cuestiones de régimen transitorio. 4.5 Criterios de actuación. 5. Conclusiones

#### 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La Ley Orgánica 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, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas y otras disposiciones conexas y de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, ha acometido una importante reforma del delito de hurto mediante la introducción de un nuevo subtipo agravado, vigente desde el pasado 29 de agosto.

Conforme a lo dispuesto en la disposición final sexta de esta ley orgánica, el apartado segundo del art. 234 CP pasa a quedar redactado como sigue:

*2. Se impondrá una pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediese de 400 euros, salvo si concuriere 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 euros, se impondrá la pena del apartado 1 de este artículo. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo.*

Según se indica en el preámbulo de la ley, la reforma del delito de hurto trata de ofrecer una «respuesta adecuada a los casos de multirreincidencia». De este modo, el legislador pretende dar solución a esta problemática tras la doctrina sentada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en relación con el subtipo hiperagravado de hurto del art. 235.1.7.º CP. En palabras del preámbulo, «[e]sta 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». En definitiva, el legislador trata de hacer frente al fenómeno de la pequeña delincuencia patrimonial no violenta de carácter habitual y, muy singularmente, a la de carácter profesional.

La necesidad de una nueva regulación en esta materia ya fue apuntada en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020 en la que se señaló que «[p]arecería 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* [...] 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».

La reforma operada por la LO 9/2022, de 28 de julio, a buen seguro reabrirá un debate –nunca completamente cerrado– sobre la política criminal y, más en concreto, sobre la respuesta del derecho penal a la pequeña delincuencia patrimonial de carácter habitual. Frente a quienes defienden la necesidad de ofrecer una respuesta punitiva ejemplar ante un fenómeno que consideran masivo, susceptible de generar importantes daños económicos a escala local, autonómica y nacional, así como una notable sensación de inseguridad entre la ciudadanía, no faltan quienes denuncian que este tipo de medidas frente a la multirreincidencia chocan con algunos de los más valiosos principios constitucionales y nos aproxima a un indeseable derecho penal de autor.

Sin perjuicio de la valoración que pueda merecer la reforma, la enorme trascendencia que está llamada a tener desde el instante mismo de su entrada en vigor aconseja ofrecer pautas que arrojen luz sobre las principales dificultades interpretativas que el nuevo precepto plantea y que contribuyan con ello a promover la unidad de actuación del Ministerio Fiscal.

## 2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

La preocupación del legislador por la delincuencia patrimonial leve de carácter habitual o profesional no es reciente. Desde la aprobación del Código Penal de 1995 se han sucedido numerosas reformas legislativas al objeto de dar respuesta a este fenómeno delictivo, por lo general, mediante la implementación de formas agravadas que han introducido progresivamente un mayor rigor punitivo.

Mediante la reforma del delito de hurto introducida por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, el legislador trató de replicar el fenómeno de la multirreincidencia en el ámbito de la delincuencia patrimonial leve elevando a la categoría de delito menos grave la conducta consistente en cometer cuatro hechos constitutivos de falta de hurto (art. 623.1 CP), siempre que el valor total de lo sustraído superase los 300,50 euros, que por entonces era la cuantía prevista para el tipo básico de

hurto. Esta nueva modalidad delictiva, configurada como delito habitual, estaba castigada con la pena prevista para el tipo básico de hurto, es decir, de seis a dieciocho meses de prisión.

Según se indicaba en la exposición de motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, «la realidad social ha puesto de manifiesto que uno de los principales problemas a los que tiene que dar respuesta el ordenamiento jurídico penal es el de la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, o lo que es lo mismo, la delincuencia profesionalizada».

Tan solo unos pocos meses después, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, suprimió el párrafo segundo del art. 234 CP y con ello el subtipo agravado antes reseñado, dejando sin efecto la reforma de 29 de septiembre de aquel mismo año, equivocación que el legislador subsanó mediante una corrección de errores publicada en el BOE en fecha 16 de marzo de 2004 a través de la cual reintrodujo aquella modalidad agravada.

Fruto de la preocupación que seguía suscitando el fenómeno de la multirreincidencia asociada al delito de hurto, en gran parte a causa del escaso éxito de la reforma del año 2003, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, ofreció una nueva redacción al párrafo segundo del art. 234 CP, consistente en reducir el número de faltas que resultaba preciso cometer para provocar la conversión de la falta a delito menos grave. Así, de las cuatro faltas que hasta entonces era necesario apreciar, el legislador pasó a exigir solo tres, castigando «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».

La LO 5/2010, de 22 de junio, también incorporó un segundo párrafo al art. 623.1 CP (falta de hurto) con el ánimo de establecer como preceptiva la imposición de la pena de localización permanente en los casos de perpetración reiterada de faltas de hurto que no encontrasen acomodo en el art. 234 CP; y añadió, por último, una regla específica para la apreciación de dicha reiteración: «En los casos de perpetración reiterada de esta falta, se impondrá en todo caso la pena de localización permanente. En este último supuesto, el Juez podrá disponer en sentencia que la localización permanente se cumpla en sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 37.1. Para apreciar la reiteración, se aten-

derá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas, y a la proximidad temporal de las mismas».

La constitucionalidad de esta reforma fue avalada por la STC 185/2014, de 6 de noviembre, que tras examinar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, concluyó que «[l]a disyuntiva a la que recurre el legislador para definir la falta reiterada –enjuiciada o no– se refiere a la circunstancia contingente de que las infracciones anteriores hayan sido o no objeto de enjuiciamiento [...] no introduce una presunción incompatible con la presunción de inocencia, pues no se altera la carga de la prueba ni se limita o imposibilita la defensa del acusado, sino que sigue teniéndose que probar que la infracción se cometió. En definitiva, el precepto no alude a infracciones presuntamente cometidas, sino a infracciones cometidas, distinguiendo entre supuestos ya enjuiciados y no enjuiciados en alusión a los dos *iter* procesales que pueden concluir con la apreciación de la falta reiterada. [...] Por el contrario, la interpretación del precepto en lo atinente a la expresión «infracciones cometidas no enjuiciadas» que demanda que esos ilícitos se traigan al proceso en el que se pretende aplicar la falta reiterada y se acrediten en él no sólo es la exégesis respetuosa con la Constitución desde la perspectiva de los derechos a la presunción de inocencia y el principio de responsabilidad por el hecho y, por ello, la interpretación razonable desde las pautas axiológicas constitucionales, sino que respeta de forma exquisita el tenor literal del precepto como criterio primero de interpretación de todo precepto y barrera infranqueable en el ámbito de la hermenéutica penal (STC 129/2008, FJ 3). No se sostiene el rechazo de la interpretación conforme por parte del órgano judicial, pues dista de ser una reconstrucción del precepto contraria a la literalidad de la norma y a la voluntad del legislador».

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, introdujo modificaciones de gran calado en la regulación del delito de hurto. Además de suprimir el Libro III del Código Penal y, en consecuencia, transformar la falta de hurto en delito leve de hurto (art. 234.2 CP), el legislador de 2015 ofreció una novedosa regulación a los supuestos de reiteración delictiva mediante la instauración de una modalidad hiperagravada en casos de multirreincidencia (art. 235.1.7.º CP): «1. El hurto será castigado con la pena de prisión de uno a tres años: [...] 7.º Cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título,

siempre que sean de la misma naturaleza. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo».

Según se indicaba en el preámbulo de la norma, «[l]a 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».

La Circular de la FGE núm. 1/2015, *sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la Ley Orgánica 1/2015*, tras afirmar que «[l]os antecedentes penales correspondientes a delitos leves no se computarán a efectos de la aplicación de la agravante genérica de reincidencia del art. 22.8.<sup>a</sup> CP», señaló que «[e]l delito leve, sin embargo, sí puede integrar ciertos subtipos agravados previstos en delitos contra el patrimonio como el hurto (art. 235.1.7.<sup>o</sup> CP), la estafa (art. 250.1.8.<sup>o</sup> CP), la administración desleal y la apropiación indebida (arts. 252 y 253 CP por remisión al art. 250.1.8.<sup>o</sup> CP) pues estos preceptos, que instituyen tipos penales especiales cualificados, no hacen distinción entre delitos leves y menos graves, y sólo excluyen los antecedentes cancelados o susceptibles de cancelación».

Sin embargo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo consideró – en lo que actualmente constituye una tesis consolidada– que la respuesta ofrecida por el legislador de 2015 resultó de todo punto desproporcionada, así como que la interpretación sistemática de los arts. 235.1.7.<sup>o</sup> y 22.8.<sup>a</sup> CP impedía subsumir en el primero de los preceptos citados los supuestos en los que las condenas a las que el sujeto activo del delito hubiera sido previamente condenado tuvieran por objeto un delito leve, pues, con arreglo al tenor literal de los arts. 22.8.<sup>a</sup>, 234 y 235 CP, solo los antecedentes por delitos menos graves y graves resultan susceptibles de agravar la pena.

En palabras de la STS 481/2017, de 28 de junio, «[e]l artículo 22.8.<sup>a</sup> 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 hipergravado (art. 235.1.7.º), 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» (*vid.* SSTS 569/2017, de 17 de julio; 176/2018, de 12 de abril; 500/2018, de 24 de octubre; 579/2018, de 21 de noviembre; 155/2019, de 7 de noviembre; 550/2019, de 7 de noviembre; 691/2021, de 15 de septiembre).

### 3. LA NUEVA MODALIDAD AGRAVADA DEL DELITO DE HURTO INTRODUCIDA POR LA LEY ORGÁNICA 9/2022, DE 28 DE JULIO

La disposición final sexta de la Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio, ha introducido un nuevo inciso en el apartado segundo del art. 234 CP que eleva a la categoría de delito menos grave la ejecución de hurtos leves siempre que concurren determinadas circunstancias:

1.ª) Que el culpable haya sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos, aunque sean de carácter leve.

La apreciación del nuevo tipo penal exige, en primer lugar, que al momento de ejecutarse el delito el autor haya sido ejecutoriamente condenado, cuando menos, por tres delitos, con independencia de si se trata de delitos graves, menos graves o leves.

En otras palabras, al momento de realizar la sustracción típica, el sujeto activo del delito deberá haber sido previamente condenado, mediante sentencia firme, por haber ejecutado al menos otros tres delitos, aun cuando todos o alguno de ellos fueran delitos leves. De este modo, el legislador huye de la definición de reincidencia y multi-reincidencia que contienen los arts. 22.8.<sup>a</sup> y 66.1.5.<sup>a</sup> CP, ofreciendo un concepto especial de reincidencia y de exclusiva aplicación a este nuevo subtipo agravado de hurto.

Recuérdese que la propia STS 481/2017, de 28 de junio, señalaba que una de las razones por las que no resultaba posible computar las condenas anteriores por delitos leves al objeto de integrar el tipo descrito por el art. 235.1.7.º CP obedecía al hecho de que «en ningún momento se afirma de forma específica en los arts. 234 y 235 que las condenas anteriores comprendan a los delitos leves».

Del tenor literal del inciso segundo del art. 234.2 CP se infiere la imposibilidad de aplicar la agravación si al momento de ejecutar el delito el sujeto activo tan solo ha sido condenado por sentencia no firme, al igual que en los casos en los que tenga lugar el enjuiciamiento conjunto de tres o más delitos de hurto ejecutados en relación de concurso real por el mismo sujeto (art. 17.3 LECrim), pues las condenas deben ser necesariamente previas.

2.<sup>a</sup>) Que los delitos por los que el sujeto hubiera resultado previamente condenado se hallen comprendidos en el Título XIII del Libro II del Código Penal y sean de la misma naturaleza que el delito de hurto.

La amplitud con la que el legislador construye esta modalidad delictiva, debido a la posibilidad de extender su aplicación a cualesquiera condenas por delitos comprendidos en el Título XIII del Libro II del Código Penal (delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) resulta, en verdad, más aparente que real.

Al igual que sucede en la modalidad hiperagravada del art. 235.1.7.º CP, el hecho de que las condenas previas deban serlo por delitos de la misma naturaleza que el hurto reduce notablemente la posibilidad de apreciar el nuevo subtipo agravado.

3.<sup>a</sup>) Que el montante acumulado entre el delito leve de hurto ejecutado y los resultantes de las condenas anteriores supere la cantidad de 400 euros.

Esta condición se tendrá por cumplimentada cuando la suma de las cantidades o importe de los objetos sustraídos en relación con el delito leve de hurto imputado y la de los tres o más delitos por los que el sujeto activo ya fue condenado supere los 400 euros.

Del preámbulo de la LO 9/2022, de 28 de julio, se infiere que la introducción de este requisito se dirige a garantizar la proporcionalidad de la respuesta penal consistente en elevar a la categoría de delito menos grave hechos que individualmente considerados tan solo merecerían ser castigados como delito leve de hurto. En palabras del propio legislador –que revelan con claridad la *voluntas legislatoris*– «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 multi-reincidente y la cuantía total de lo sustraído, incluyendo los delitos de hurto cometidos con anterioridad, exceda los 400 euros».

Tal y como señala la STS 340/2021, de 23 de abril, «no olvidemos que aunque carente de valor normativo, la exposición de motivos (SSTC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 7; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 2; 173/1998, de 23 de julio, FJ 4; 116/1999, de 17 de junio, FJ 2; y 222/2006, de 6 de julio, FJ 8), conjuntamente con su tramitación parlamentaria, constituyen un elemento importante de interpretación para desentrañar el alcance y sentido de las normas (SSTC 15/2000, de 20 de enero, FJ 7; y 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 6; y también STC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 6)». En sentido similar se pronuncian las SSTS 113/2022, de 10 de febrero; y 339/2021, de 23 de abril; y el ATS 294/2019, de 14 de marzo.

Diversos argumentos ilustran que la conducta descrita en el inciso segundo del art. 234.2 CP no ostenta plena autonomía o sustantividad respecto de la modalidad básica del delito leve de hurto del inciso primero:

i) A diferencia del delito habitual por la realización homogénea de tres o cuatro faltas de hurto, previsto en el extinto párrafo segundo del art. 234 CP (introducido por la LO 11/2003, de 29 de septiembre), las descripciones de la nueva conducta típica y del delito leve de hurto aparecen en un mismo párrafo y apartado.

ii) El sujeto activo del delito del inciso segundo del art. 234.2 CP aparece descrito por referencia al «culpable» de la conducta sancionada en el inciso primero.

A la hora de describir al sujeto activo de la modalidad delictiva examinada, el precepto se limita a señalar lo siguiente: «[n]o obstante, en el caso de que el culpable...». Por consiguiente, el sujeto activo del delito se identifica con el que, a su vez, describe el inciso primero del art. 234.2 CP. En otras palabras, el autor de esta nueva modalidad delictiva es, por imperativo legal, el sujeto activo responsable de la ejecución del tipo básico del delito leve de hurto.

El legislador podría haber empleado otras fórmulas que dotaran de sustantividad propia a la nueva modalidad delictiva introducida por la LO 9/2022, de 28 de julio. Cláusulas tales como «el que...», «quien...», «los que...». Sin embargo, se emplea una fórmula que revela la conexión entre los incisos primero y segundo del art. 234.2 CP, precisando que el sujeto activo de la nueva modalidad típica es el «culpable» de ejecutar la conducta descrita en el inciso primero. Extremo que, a su vez, revela que la subsunción de la acción enjuiciada en este precepto exige la previa consumación del tipo básico de hurto leve.

Se infiere así que el inciso segundo del art. 234.2 CP opera como modalidad agravada del tipo básico del delito leve de hurto. Su aplicación impone la previa comprobación de la realización de la conducta típica descrita en el inciso primero, expresándose que es al culpable de la realización de dicho tipo penal a quien se castiga más gravemente para el caso de que, además, concurran las circunstancias contempladas en el inciso segundo.

Esta conexión entre los incisos primero y segundo del art. 234.2 CP resulta fundamental a la hora de interpretar la expresión «y que el montante acumulado de las infracciones sea superior a 400 euros» y, más en concreto, de resolver cuáles deben tomarse en consideración para determinar dicho montante.

La locución «siempre que sean de la misma naturaleza» –que precede a «que el montante acumulado de las infracciones sea superior a 400 euros»– alude a la totalidad de las infracciones ejecutadas por el culpable, es decir, comprende tanto al delito leve de hurto cometido por el culpable, como a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico por los que resultó anteriormente condenado. La homogeneidad que el precepto exige no solo debe predicarse de los delitos por los que el sujeto activo resultó previamente condenado, sino que también debe darse entre estos y el delito leve de hurto ejecutado por el culpable. Lo contrario se opone a la más elemental lógica sistemática y a la finalidad que inspira el precepto.

En definitiva, parece acertado entender que la proposición «y el montante acumulado de las infracciones sea superior a 400 euros» y la

inmediatamente anterior tienen un mismo objeto, es decir, aluden a un mismo grupo de infracciones. En otras palabras, el objeto al que se refieren las proposiciones «siempre que sean de la misma naturaleza» y «el montante acumulado de las infracciones sea superior a 400 euros» no puede ir referido a un grupo de infracciones distinto. En apoyo de esta tesis cabe señalar que el uso de la conjunción copulativa «y» para unir ambas proposiciones refuerza los anteriores argumentos.

Por otro lado, el uso de la expresión «las infracciones» revela que la proposición analizada no alude únicamente a los delitos por los que «el culpable» ya fue ejecutoriamente condenado, pues de ser así hubiera sido más razonable ofrecer otra redacción al precepto. Sin embargo, este incorpora la locución «las infracciones», lo que en buena lógica debe entenderse referido al mismo tipo de infracciones que aquellas que el legislador exige que sean de la misma naturaleza al igual que a todas aquellas cuya ejecución se atribuye al sujeto cuya conducta describe el inciso segundo, es decir, al «culpable» de cometer el tipo básico de hurto del inciso primero del art. 234.2 CP.

A mayor abundamiento, el hecho de que la oración vaya referida a «el culpable» de ejecutar el tipo básico del delito leve de hurto aconseja entender que la alusión que el precepto realiza a «las infracciones» deba ir referida a todas las ejecutadas por dicho sujeto. Además del tenor literal y, por lo tanto, del sentido propio de las palabras con las que se describe la conducta típica, los antecedentes históricos y legislativos y razones de orden dogmático refuerzan esta opción hermenéutica.

Al hilo de lo anterior, deben tomarse en consideración las siguientes cuestiones:

a) Cuando alguna de las condenas previas que integran la acumulación jurídica que permite la conversión lo fuera por el tipo básico de hurto del art. 234.1 CP bastará con que la hoja histórico-penal aparezca incorporada al procedimiento judicial para tener por acreditado el resultado exigido por el tipo, es decir, que el montante acumulado por los distintos delitos supera los 400 euros.

b) Cuando las condenas previas lo fueran por delitos leves de hurto y/o por alguna de las modalidades hiperagravadas de hurto del art. 235 CP, de suerte que la hoja histórico-penal no permita conocer si el montante acumulado por los distintos delitos supera los 400 euros, las/los fiscales recabarán de los respectivos órganos judiciales testimonio íntegro de cada una de las sentencias condenatorias, permitiendo de ese modo conocer con seguridad dicho extremo al objeto de acreditarlo con las necesarias garantías.

4.<sup>a</sup>) Que los antecedentes penales resultantes de las condenas sobre las que se asienta la acumulación jurídica que permite la conversión en delito menos grave no hayan sido cancelados o deban serlo con arreglo al ordenamiento jurídico.

Según el párrafo segundo del art. 234.2 CP, «[n]o se tendrán en cuenta los antecedentes cancelados o que debieran serlo», circunstancia que necesariamente conduce a rechazar la posibilidad de aplicar el inciso segundo del art. 234.2 CP cuando los antecedentes penales derivados de las condenas que fundamentan la aplicación del tipo no se encuentren vigentes al momento de ser ejecutado el delito. Los/las fiscales habrán de atenerse, por lo tanto, a las reglas generales sobre cancelación de antecedentes penales del art. 136 CP.

Por lo que se refiere a la responsabilidad penal de los menores y en lo concerniente a la cancelación de los antecedentes, las/los fiscales se atenderán a las reglas del art. 137 CP y a las pautas ofrecidas en la Circular de la FGE núm. 1/2007, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006*, que determina que «debe recordarse que la interpretación que de la reincidencia hizo la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, supone una drástica reducción del ámbito de esta disposición. En la reseñada circular –que a tales efectos debe estimarse plenamente vigente– se declara que se impone en este tema la aplicación supletoria del CP teniendo en cuenta que las medidas de la LORPM no son propiamente penas y que el régimen de cancelación más favorable al reo es el de las medidas de seguridad. Ello lleva a aplicar el art. 137 CP, según el cual las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto en este Código o en otras leyes penales serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida. Por tanto, no procederá considerar reincidente a un menor aun cuando hubiera sido condenado con anterioridad por un delito comprendido en el mismo Título y de la misma naturaleza, cuando al tiempo de cometer el nuevo hecho ya hubiera cumplido la medida, sin necesidad de tener en cuenta ningún otro plazo adicional».

Atendiendo a las anteriores consideraciones, las/los fiscales reflejarán con precisión en el escrito de acusación los antecedentes penales que justifican la conversión en delito menos grave y en concreto:

- i) Las fechas de las sentencias condenatorias.
- ii) El delito por el que se dictó cada una de las condenas.
- iii) Las penas impuestas.
- iv) Las fechas en las que las penas fueron definitivamente extinguidas.

v) El importe sustraído en cada caso, según resulte del relato de hechos probados. No obstante, cuando del contenido de la hoja histórico-penal se infiera sin ningún género de dudas que la condena necesariamente hubo de ser por importe superior a 400 euros, bastará con especificarlo así sin necesidad de concretar la cuantía.

En este sentido, la STS 670/2022, de 30 de junio, señala que «[l]a jurisprudencia de esta Sala ha reiterado que para que sea procedente la aplicación de la agravación de la reincidencia es preciso que consten expresamente en la sentencia los datos fácticos que acreditan la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 22.8.ª del Código Penal, de manera que no exista duda sobre si los antecedentes penales han podido quedar cancelados por el transcurso de los plazos previstos en el artículo 136 del texto punitivo. Hemos expresado que el relato fáctico debe recoger la fecha de la sentencia condenatoria precedente, el delito por el que se dictó la condena, y la fecha de cumplimiento efectivo de la pena impuesta, pues es esa fecha la que debe tenerse en cuenta para el cómputo de los plazos señalados en el citado artículo 136 del Código Penal. Sin estas menciones, hemos subrayado que la reincidencia no podrá apreciarse, pues se crea una situación de indefinición que debe resolverse a favor del reo» (*vid.* SSTS 461/2020, de 25 de junio; 350/2019, de 5 de julio; 68/2019, de 13 de diciembre; 538/2017, de 11 de julio).

Sin embargo, como dispone la STS 97/2021, de 4 de febrero, no será preciso hacer constar en el *factum* la fecha de extinción de la condena cuando el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual (*vid.* STS 336/2018, de 4 de julio).

Asimismo, debe recordarse que, conforme al párrafo tercero del art. 22.8.ª CP, las condenas firmes impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al derecho español. Tales condenas podrán recabarse a través del Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS-TCN).

Finalmente, conviene precisar que conforme al art. 234.3 CP la modalidad agravada de hurto del inciso segundo del art. 234.2 CP será castigada con la pena respectivamente prevista en su mitad superior cuando «en la comisión del hecho se hubieran neutralizado, eliminado o inutilizado, por cualquier medio, los dispositivos de alarma o seguridad instalados en las cosas sustraídas».

#### 4. CUESTIONES ESPECÍFICAS

##### 4.1 **La relación entre la modalidad agravada del inciso segundo del art. 234.2 CP y la modalidad hiperagravada del art. 235.1.7.º CP**

La nueva redacción ofrecida al art. 234.2 CP por la LO 9/2022, de 28 de julio, admite diferentes interpretaciones.

Por un lado, cabe la posibilidad de entender que el inciso segundo del art. 234.2 CP castiga sin excepción todos los supuestos en los que el autor de un delito leve de hurto hubiera sido previamente condenado por tres delitos de la misma naturaleza, siempre que los antecedentes penales resultantes de aquellas condenas fueran computables con arreglo a las reglas especiales que contiene el citado precepto y que el montante acumulado de las infracciones sea superior a 400 euros. Y ello sin atender al hecho de que las condenas previas lo sean por delitos leves, menos graves o graves.

En apoyo de esta interpretación la LO 9/2022, de 28 de julio, señala en su preámbulo que «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».

Una segunda opción hermenéutica, que es la asumida por la presente circular, pasa por entender que el inciso segundo del art. 234.2 CP, al igual que el inciso primero, solo resultan de aplicación en defecto de las modalidades hiperagravadas descritas en el art. 235 CP. En otras palabras, solo cuando la conducta no sea subsumible en el art. 235 CP será posible acudir al art. 234.2 CP.

La jurisprudencia ha admitido la posibilidad de subsumir en el tenor del art. 235.1.7.º CP los supuestos en los que, a pesar de resultar inferior a 400 euros la cuantía de lo sustraído, el responsable del delito ha sido previamente condenado por tres delitos menos graves de hurto [vid. SSTs 579/2018, de 21 de noviembre; 738/2018, de 5 de febrero; 550/2019, de 12 de noviembre, 918/2021, de 24 de noviembre; y SAP Cantabria (Sección 3.ª) 230/2020, de 27 de mayo; SAP Valladolid (Sección 2.ª) 167/2021, de 19 de julio; SAP Barcelona (Sección 5.ª) 565/2021, de 6 de septiembre; SAP Barcelona (Sección 2.ª) 114/2022, de 16 de febrero]. En definitiva, si la interpretación sistemática de los arts. 235.1.7.º, 22.8.ª y 66.1.5.ª CP impide computar, al objeto de aplicar esta modalidad hiperagravada, los antecedentes por delito leve, ningún obstáculo existirá a la hora de contabilizar a tal efecto los antecedentes por delitos menos grave de los que sea acreedor el responsable del delito.

La reforma del art. 234.2 CP operada por la LO 9/2022, de 28 de julio, en nada ha alterado las anteriores consideraciones, pues la modificación no ha ido acompañada de una reforma del art. 235.1 CP. De ahí que deba concluirse que su ámbito de aplicación permanece incólume. Por consiguiente, el nuevo subtipo agravado del inciso segundo del art. 234.2 CP no sustituye ni absorbe, y mucho menos deroga, la modalidad hiperagravada de hurto castigada por el art. 235.1.7.º CP.

Claro ejemplo de la sustantividad propia de que sigue gozando esta última modalidad delictiva resulta de la constatación de espacios de aplicación propios no susceptibles, tan siquiera en abstracto, de ser incardinados en el nuevo inciso segundo del art. 234.2 CP. Así sucede, por ejemplo, en el caso de quien comete un hurto por cuantía inferior a 400 euros, tras haber sido previamente condenado por tres delitos menos graves de hurto, cuando la cuantía acumulada de lo sustraído no supere el importe de 400 euros.

Piénsese, asimismo, en el supuesto de un sujeto a quien se atribuyera la sustracción de una cartera que contiene 30 euros, siendo el valor venal de la cartera de 10 euros, cuando aquel hubiera sido previamente condenado con arreglo al art. 235.1.8.º CP por utilizar a menores de dieciséis años en la sustracción de productos que se hallaban a la venta en distintos establecimientos comerciales abiertos al público por importes de 40, 50 y 35 euros, siempre que no se hubiera apreciado relación de continuidad entre dichas sustracciones.

En el caso descrito en el párrafo anterior, si el montante acumulado por las distintas infracciones sí superase, por el contrario, el importe de 400 euros, los hechos también deberían castigarse con arreglo al art. 235.1.7.º CP. A pesar de que en este segundo caso sí

concurrirían los elementos objetivos y subjetivos del inciso segundo del art. 234.2 CP, sería absurdo ofrecer una respuesta punitiva más leve a un hecho objetivamente más grave. Ello obedece a la circunstancia de que el supuesto descrito por el art. 235.1.7.º CP contiene una exigencia típica que, a pesar de las notables similitudes concurrentes, no se encuentra presente en el inciso segundo del art. 234.2 CP: la necesidad de que las tres condenas previas computables a efectos de reincidencia lo sean por delitos menos graves o graves. Premisa que, por lo demás, singulariza el tipo hiperagravado de hurto por razón de la multirreincidencia del art. 235.1.7.º CP respecto a la modalidad agravada del inciso segundo del art. 234.2 CP que, cuando menos en este punto, regula un supuesto más amplio y, por lo tanto, menos específico y que opera a modo de precepto subsidiario.

Las anteriores consideraciones revelan que cuando una misma conducta resulte simultáneamente susceptible de ser subsumida en el supuesto típico comprendido en el inciso segundo del art. 234.2 CP y en el castigado en el art. 235.1.7.º CP deberá apreciarse un concurso de normas a resolver en favor de esta modalidad hiperagravada por razón del principio de subsidiariedad (art. 8.2.ª CP). No en vano, la nueva modalidad de hurto recogida en el inciso segundo del art. 234.2 CP solo será de aplicación en caso de no entrar en juego el art. 235.1.7.º CP, que a tal efecto debe ser considerado como precepto principal.

*A contrario sensu*, la modalidad agravada de hurto introducida por la LO 9/2022, de 28 de julio, no resulta más especial que la hiperagravada del art. 235.1.7.º CP, pues esta exige que las condenas previas computables a efectos de reincidencia sean por delitos menos graves o graves, con exclusión de los delitos leves. También debe descartarse que el art. 235.1.7.º CP sea subsidiario frente al inciso segundo del art. 234.2 CP, en tanto en cuanto la posibilidad de aplicar el art. 234.2 CP pasa por el hecho de que no concorra alguna de las circunstancias del art. 235.1 CP. De ahí que el inciso primero del art. 234.2 CP especifique que la aplicación de dicho apartado solo procederá «salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235». Por último, es evidente que el inciso segundo del art. 234.2 CP no describe, con arreglo al art. 8.3.ª CP, un supuesto más amplio que el contemplado en el art. 235.1.7.º CP ni tampoco una conducta más grave conforme a lo previsto por el art. 8.4.ª CP.

El inciso primero del art. 234.2 CP indica claramente que aun cuando la cantidad sustraída o el valor del objeto material del delito sea inferior a 400 euros la conducta se castigará conforme al art. 235 CP siempre que concurren las circunstancias que en este se prevén. A su vez, el nuevo inciso segundo del art. 234.2 CP se limita a

indicar que «no obstante» lo dispuesto en el inciso primero, cuando «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 de las infracciones sea superior a 400 euros», el hecho será castigado con arreglo a la pena prevista para el tipo básico del delito de hurto del art. 234.1 CP.

La expresión «no obstante» admite dos posibles acepciones en función de si consideramos que nos hallamos ante una locución adverbial o ante una locución preposicional. En el primer caso, según el diccionario panhispánico de dudas, «no obstante» resulta equivalente a «sin embargo», mientras que en el segundo caso aquella expresión se equipara con la locución «a pesar».

Si entendiéramos que nos encontramos ante una locución adverbial, deberíamos concluir que la expresión «no obstante» resulta sustituible por el giro «sin que sirva de impedimento», circunstancia que aconsejaría considerar que la posibilidad de subsumir una conducta en el art. 235.1 CP en ningún caso constituiría un obstáculo para aplicar el inciso segundo del art. 234.2 CP.

Por el contrario, de entender que nos encontramos ante una locución preposicional, esta sería sustituible por la expresión «a pesar de», extremo que permitiría considerar que el inciso segundo del art. 234.2 CP únicamente resulta de aplicación en el caso de que la conducta ejecutada no sea susceptible de ser castigada con arreglo a alguna de las modalidades hiperagravadas del art. 235.1 CP. Opción interpretativa esta que se suscribe en la presente circular.

De todo lo anterior resultan las siguientes reglas de actuación:

1.<sup>a</sup>) Cuando la cuantía de lo sustraído no exceda de 400 euros, no concurra ninguna de las circunstancias del art. 235 CP y el responsable del delito no cuente con antecedentes penales, los hechos serán calificados como delito leve de hurto del inciso primero del art. 234.2 CP.

2.<sup>a</sup>) Cuando la cuantía de lo sustraído no exceda de 400 euros, no concurra ninguna de las circunstancias del art. 235 CP y el responsable del delito hubiera sido previamente condenado por uno o dos delitos graves o menos graves computables a efectos de reincidencia, los hechos serán calificados como delito leve de hurto del inciso primero del art. 234.2 CP, con independencia de si el montante acumulado por las distintas infracciones supera el importe de 400 euros.

3.<sup>a</sup>) Cuando la cuantía de lo sustraído no exceda de 400 euros, no concurra ninguna de las circunstancias del art. 235 CP y el responsable del delito hubiera sido previamente condenado por tres o más deli-

tos –incluso leves– computables a efectos de reincidencia, los hechos serán calificados como delito leve de hurto del inciso primero del art. 234.2 CP, siempre que el montante acumulado por las distintas infracciones no supere el importe de 400 euros y el número de condenas computables por delitos graves y/o menos graves no sean superiores a dos.

4.<sup>a</sup>) Cuando la cuantía de lo sustraído no exceda de 400 euros pero el responsable del delito hubiera sido previamente condenado por tres o más delitos graves o menos graves computables a efectos de reincidencia y el montante acumulado por las distintas infracciones supere el importe de 400 euros, los hechos serán calificados con arreglo al art. 235.1.7.º CP en concurso de normas con el inciso segundo del art. 234.2 CP (a resolver en favor del primer precepto conforme a la regla de la subsidiariedad del art. 8.2.ª CP). En caso de no superarse la suma acumulada de 400 euros los hechos serán calificados conforme al art. 235.1.7.º CP.

5.<sup>a</sup>) Cuando la cuantía de lo sustraído no exceda de 400 euros, no concorra ninguna de las circunstancias del art. 235 CP y el responsable del delito hubiera sido previamente condenado por tres o más delitos –incluso leves– computables a efectos de reincidencia, los hechos serán calificados con arreglo al inciso segundo del art. 234.2 CP, siempre que el montante acumulado por las distintas infracciones supere el importe de 400 euros y que el número de condenas computables por delitos graves o menos graves no sean superiores a dos.

En fin, en aquellos supuestos en los que se aprecie la existencia de un concurso de normas entre las modalidades delictivas contempladas en el inciso segundo del art. 234.2 y el art. 235.1.7.º CP, las/los fiscales especificarán en la conclusión segunda de sus escritos de acusación que esa relación concursal se resolverá en favor del art. 235.1.7.º CP con arreglo al art. 8.2.ª CP. Es decir, precisarán de modo expreso la existencia de la referida relación concursal. Asimismo, aun cuando no lo exija el art. 235.1.7.º CP, en estos casos las/los fiscales precisarán en la conclusión primera de sus escritos de acusación que el montante acumulado por las distintas infracciones supera el importe de 400 euros, extremo que cuidarán de acreditar con arreglo a las pautas sentadas en esta circular en relación con el inciso segundo del art. 234.2 CP.

## 4.2 La coexistencia con la figura del delito continuado

La nueva modalidad de hurto introducida por la Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio, plantea no pocas dificultades interpretati-

vas. Una de las dudas que suscita la lectura del nuevo precepto guarda relación con el tratamiento que debe ofrecerse a los supuestos de continuidad delictiva.

Así las cosas, pudiera suceder que unos mismos hechos resultasen aparentemente susceptibles de ser calificados de forma simultánea como delito continuado del art. 234.1 CP y, a su vez, como delito de hurto del inciso segundo del art. 234.2 CP.

La figura del delito continuado permite aglutinar, a los solos efectos jurídicos y como si de una única acción se tratara, una pluralidad de infracciones penales que individualmente consideradas no encajan en el concepto de unidad típica o natural de acción.

Por más que desde una perspectiva ontológica resulte posible distinguir perfectamente las distintas infracciones que se encuentran en relación de continuidad delictiva, apreciando la sustantividad que ostentan todas y cada una de ellas, desde una perspectiva normativa debe entenderse que los diversos delitos que integran el delito continuado se unifican y pasan a conformar una unidad de acción jurídica a los efectos penales (*vid.* SSTS 536/2022, de 30 de mayo; 395/2021, de 6 de mayo; 447/2017, de 21 de junio; 374/2017, de 24 de mayo). Por consiguiente, el delito continuado constituye una figura que aún en una sola infracción compleja, sancionable como delito único, distintas acciones homogéneas realizadas en momentos distintos y que ostentan unidad resolutoria. De este modo, como señala la STS 395/2021, de 6 de mayo, «el delito continuado se constituye por varias actuaciones individuales típicamente relevantes pero que, por su unidad de dolo, son finalmente contempladas como una unidad jurídica a la que, ante la intensificación del injusto, se le aplica sin embargo una pena más grave que la que resultaría imponible a la unidad típica de acción» (*vid.*, igualmente, las SSTS 530/2022, de 27 de mayo; 521/2021, de 16 de junio; 458/2019, de 9 de octubre; 262/2019, de 24 de mayo).

En definitiva, la continuidad delictiva no constituye una mera consecuencia penológica, sino una regla jurídica que dota de unidad a distintos hechos delictivos que pasan a concebirse como una sola infracción cuando concurren los presupuestos del art. 74 CP. En palabras de la STS 671/2006, de 21 de junio, «el delito continuado no es concebido como una mera ficción jurídica destinada a resolver en beneficio del reo los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos, sino como una verdadera «realidad jurídica» que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva, pues como señalan las SSTS. 2.2.98 y 25.5.99, si de los hechos que se declaran

probados surge una homogeneidad de actos que responden a un único fin o plan del autor, difícilmente aislables unos de otros, surgiendo un dolo unitario y no renovado en cada acto, cuya meta se trata de conseguir a través de esa progresión de actos, si está construyendo la unidad objetiva y subjetiva que jurídicamente se realiza a través de la continuidad delictiva» (*vid.*, asimismo, SSTS 810/2022, de 13 de octubre; 710/2022, de 13 de julio; 176/2021, de 18 de febrero; 265/2021, de 22 de abril; 127/2020, de 16 de enero; 650/2018, de 14 de diciembre; 826/2017, de 14 de diciembre).

En el caso de infracciones patrimoniales continuadas se ha admitido de forma unánime que la calificación jurídica debe realizarse atendiendo al perjuicio total causado. La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha señalado, entre otras, en la STS 308/2022, de 28 de marzo, que «[l]a jurisprudencia ha concedido virtualidad cumulativa y no disyuntiva a los arts. 74.1 y 2 en los delitos patrimoniales. La regla del art. 74.2 no excluye la general del art. 74.1, salvo que se produzca una doble agravación por idéntica razón (que la cuantía sea superior a 400 o, en su caso, a 50.000 euros): la primera (art. 74.2) por cuanto la agravación por la cuantía del art. 250 –o 249.2.º– solo se obtiene a base de sumar todo lo defraudado; la otra (art. 74.1) por tratarse de varias acciones. No siempre es incompatible el art. 74.1 CP con los delitos patrimoniales agravados por la cuantía. Solo cuando se identifica un *idem* (varias acciones) que ocasionan un *bis* (agravación por la cuantía que solo se alcanza a base de sumar acciones individuales y nueva agravación por la pluralidad de acciones). La regla general es la compatibilidad; la excepción es la exclusión de la regla 1.ª del art. 74 cuando solo sumando lo defraudado en las diferentes acciones se colma una agravación por el monto. [...] Se ensamblan ambas reglas –la general del art. 74.1 y la especial para delitos patrimoniales del art. 74.2– cuando la consideración del total perjuicio causado no representa cambio agravatorio de calificación. En otro caso, cede la del artículo 74.1. Así lo determinó el citado Acuerdo de 30 de octubre de 2007 del Pleno no jurisdiccional de esta Sala que invoca explícitamente el fiscal: El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1 CP queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración» (*vid.*, asimismo, SSTS 530/2022, de 27 de mayo; 507/2020, de 14 de octubre; 482/2020, de 30 de septiembre; 35/2020, de 6 de febrero; 684/2019, de 3 de febrero de 2020; 419/2020, de 22 de julio).

Las consideraciones anteriores permiten concluir que los diversos hechos delictivos susceptibles de ser individualmente calificados como delito leve de hurto del inciso primero del art. 234.2 CP, para el caso de hallarse en relación de continuidad delictiva y superar conjuntamente el importe de 400 euros, deben ser calificados como un único delito continuado de hurto de los arts. 74.2 y 234.1 CP (*vid.* SSTS 691/2021, de 15 de septiembre; 530/2022, de 27 de mayo). Y ello aun cuando individualmente considerados también resultaren susceptibles de ser incardinados en la modalidad del inciso segundo del art. 234.2 CP.

La apuntada opción hermenéutica garantiza la coherencia lógico-sistemática en la respuesta penal que debe ofrecerse a los supuestos en los que la relación de continuidad delictiva se aprecia entre uno o más delitos menos graves de hurto del art. 234.1 CP y uno o más delitos menos graves de hurto del inciso segundo del art. 234.2 CP. Supuesto este que parece razonable entender que debe ser calificado como delito continuado de hurto de los arts. 234.1 y 74.1 y 2 CP. También garantiza la coherencia en el tratamiento de los supuestos en los que la relación de continuidad delictiva se aprecia entre uno o más delitos menos graves de hurto del art. 235 CP y uno o más delitos menos graves de hurto del inciso segundo del art. 234.2 CP, principalmente cuando la cuantía de lo sustraído en el primer supuesto no supere los 400 euros.

Idéntica solución debe ofrecerse al supuesto en el que la suma de lo sustraído determine, a causa de apreciarse la continuidad delictiva, la aplicación del subtipo agravado por razón de especial gravedad en atención al valor de los objetos sustraídos (art. 235.1.5.º CP).

Asimismo, dicho criterio se muestra más respetuoso con el tenor del art. 74.2 CP. En concreto, con la exigencia de que en las infracciones patrimoniales continuadas la pena se imponga atendiendo al perjuicio total causado y a la interpretación que sobre esta cláusula se ha efectuado por la doctrina y la jurisprudencia.

Por último, este criterio se halla en mejor sintonía con la consideración del delito continuado como delito único que actualmente impera en la doctrina y la jurisprudencia.

Incluso, para el caso de considerar –a los meros efectos dialécticos– la existencia de un concurso de normas entre el art. 234.1 CP y el inciso segundo del art. 234.2 CP, por entender que las distintas infracciones que integran la continuidad delictiva no pierden su sustantividad por efecto del art. 74 CP, la solución, en última instancia, debería ser la misma: el concurso de normas entre ambos delitos se resolverá

en favor de la aplicación del art. 234.1 CP en virtud de la regla de la subsidiariedad del art. 8.2.<sup>a</sup> CP.

El delito menos grave de hurto y el delito leve de hurto tienen, en realidad, el mismo nivel de especialidad. Mientras que el primero exige que el importe de lo sustraído supere la cantidad de 400 euros, el segundo se caracteriza por lo contrario. Idénticas consideraciones pueden realizarse acerca de la relación entre el art. 234.1 CP y el inciso segundo del art. 234.2 CP. El principio de especialidad no es útil en este caso para resolver el conflicto existente. Ambas figuras comparten un núcleo común junto con elementos específicos. No en vano, un precepto tan solo puede ser considerado más especial que otro cuando contiene, además de los elementos objetivos y subjetivos de aquel, algún otro adicional.

Tampoco resulta de aplicación el principio de consunción del art. 8.3.<sup>a</sup> CP. Como señala la STS 39/2020, de 6 de febrero, «cuando hay una conducta penal compleja, a veces queda absorbida una infracción en otra más grave que abarca la totalidad del comportamiento ilícito. Tal absorción se produce cuando, pese a su complejidad, todo el significado antijurídico del comportamiento correspondiente queda cubierto con la aplicación de una sola norma, mientras que en el caso contrario estaríamos ante un concurso de delitos. Es decir, el que mejor delimita la conducta prima sobre el que la designa en términos más amplios o vagos. En este caso, el precepto penal más amplio o complejo absorbe a los preceptos que tipifiquen infracciones consumidas en aquel, pero el quebrantamiento verificado en la amenaza es el que constituye aquí el subtipo agravado, pero el resto de quebrantamientos y su pluralidad de actos no pueden hacerlo en vía consuntiva, porque quedarían impunes». (*vid.* SSTS 268/2022, de 22 de marzo; 807/2017, de 11 de diciembre; 892/2021, de 18 de noviembre). Así las cosas, puede concluirse que la nueva modalidad de hurto del inciso segundo del art. 234.2 CP no absorbe la completa significación antijurídica de la figura descrita en el art. 234.1 CP, por más que ambas presenten un grado de antijuridicidad similar. No existen, por lo demás, razones que justifiquen alterar dicho criterio para el caso de que ambos delitos se encuentren en relación de continuidad delictiva.

La relación entre ambos preceptos debiera resolverse, en caso de apreciarse un concurso de normas, con arreglo al principio de subsidiariedad. El delito menos grave de hurto del art. 234.1 CP debe considerarse como delito principal frente al castigado en el inciso segundo del art. 234.2 CP, que en consecuencia aparece como delito subsidiario. No en vano, la nueva modalidad de hurto introducida por la LO 9/2022,

de 28 de julio, toma como presupuesto la previa ejecución de un delito leve de hurto. Nótese que el sujeto activo del delito se describe como «el culpable» de la infracción del inciso primero de ese mismo precepto. Esta circunstancia revela el vínculo existente entre los incisos primero y segundo del art. 234.2 CP y, en particular, que el hecho típico exige la previa constatación de la realización de un delito leve de hurto. De ahí que, si el delito leve de hurto solo puede ser aplicado en defecto de las modalidades previstas en los arts. 234.1 y 235 CP, debemos concluir que la relación entre el inciso segundo del art. 234.2 y los arts. 234.1 y 235 CP deba ser concebida de forma análoga.

Por consiguiente, siempre que no resulte de aplicación la modalidad hiperagravada del art. 235.1.7.º CP, en el supuesto de diversos hurtos leves en relación de continuidad delictiva, cuyo montante acumulado – sin tomar en consideración las condenas previas– supere la suma de 400 euros los hechos serán calificados como delito continuado de hurto de los arts. 234.1 y 74 CP, y ello con independencia de que el responsable del delito haya sido previamente condenado por tres delitos de la misma naturaleza en los términos previstos por el inciso segundo del art. 234.2 CP. Todo ello sin perjuicio de apreciar la agravante de reincidencia cuando así proceda conforme al art. 22.8.ª CP.

Véase el siguiente ejemplo:

*El sujeto A, obrando en ejecución de un plan preconcebido, sustrae al descuido en diferentes establecimientos del mismo centro comercial los relojes del sujeto B (valor venal de 150 euros), del sujeto C (valor venal de 100 euros) y del sujeto D (valor venal de 200 euros), hallándose las distintas infracciones en relación de continuidad delictiva con arreglo al art. 74 CP.*

*i) Si el sujeto A carece de antecedentes penales computables, el hecho será calificado como delito continuado de hurto de los arts. 234.1 y 74.2 CP.*

*ii) Si el sujeto A cuenta con antecedentes por delito leve por haber sido previamente condenado como responsable de uno o dos delitos leves, comprendidos en el Título XIII del Libro II CP y de la misma naturaleza que el hurto, aquellos no serán computables con arreglo al art. 22.8.ª CP y, por tanto, el hecho será calificado como delito continuado de hurto de los arts. 234.1 y 74.2 CP.*

*iii) Si el sujeto A cuenta con antecedentes penales computables por haber sido previamente condenado como responsable de uno o dos delitos menos graves o graves, comprendidos en el Título XIII del Libro II CP y de la misma naturaleza que el hurto, el hecho será calificado como delito continuado de hurto de los arts. 234.1 y 74.2 CP,*

*siendo de aplicación la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8.ª CP.*

*iv) Si el sujeto A cuenta con antecedentes penales computables por haber sido previamente condenado en los términos contemplados en el inciso segundo del art. 234.2 CP, el hecho será calificado como delito continuado de hurto de los arts. 234.1 y 74.1 y 2 CP, en cuyo caso no será de aplicación la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8 CP.*

Un supuesto diferente a los anteriores es aquel en el que, no siendo de aplicación el art. 235.1.7.º CP, la suma del importe sustraído derivado de las distintas infracciones continuadas no supere la cantidad de 400 euros, pero sí lo haga al sumarse el importe de lo sustraído en relación con los delitos por los que el sujeto fue previamente condenado.

En tal caso, en aplicación de lo establecido en el art. 74.1 y 2 CP, los hechos serán calificados como un delito continuado de hurto del inciso segundo del art. 234.2 CP, siendo preceptiva la imposición de la pena en su mitad superior. Nótese que, a diferencia del supuesto anterior, el perjuicio total causado no superará los 400 euros, circunstancia que impide la apreciación del tipo básico de hurto del art. 234.1 CP, pues las cantidades previamente sustraídas no pueden ser nuevamente tomadas en consideración a tal efecto en virtud del principio *ne bis in idem*.

En definitiva, al margen de aquellos casos incardinables en el art. 235 CP, pueden distinguirse los siguientes supuestos de hecho:

1.º) Responsable de un delito leve de hurto que carezca de antecedentes penales.

*Calificación jurídica: delito leve de hurto del inciso primero del art. 234.2 CP.*

2.º) Responsable de un delito leve de hurto previamente condenado en sentencia firme por uno o dos delitos comprendidos en el Título XIII del Libro II CP de la misma naturaleza, con independencia de que el montante acumulado de las infracciones enjuiciadas y no enjuiciadas sea o no superior a 400 euros.

*Calificación jurídica: delito leve de hurto del inciso primero del art. 234.2 CP. A la hora de valorar la reincidencia, se estará a lo dispuesto en el art. 66.2 CP.*

3.º) Responsable de un delito leve de hurto previamente condenado en sentencia firme por tres o más delitos comprendidos en el Título XIII del Libro II CP de la misma naturaleza, cuando el mon-

tante acumulado de las infracciones enjuiciadas y no enjuiciadas sea igual o inferior a 400 euros.

*Calificación jurídica: delito leve de hurto del inciso primero del art. 234.2 CP. A la hora de valorar la reincidencia, se estará a lo dispuesto en el art. 66.2 CP.*

4.º) Responsable de un delito leve de hurto previamente condenado en sentencia firme por tres o más delitos comprendidos en el Título XIII del Libro II CP de la misma naturaleza, cuando el montante acumulado de las infracciones enjuiciadas y no enjuiciadas sea superior a 400 euros.

*Calificación jurídica: delito menos grave de hurto del inciso segundo del art. 234.2 CP.*

5.º) Responsable de un delito menos grave de hurto del art. 234.1 CP, con independencia de que haya sido o no condenado previamente por uno o más delitos comprendidos en el Título XIII del Libro II CP de la misma naturaleza.

*Calificación jurídica: delito menos grave de hurto del art. 234.1 CP. La circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8.ª CP podrá ser de aplicación, además, cuando concurrieran los presupuestos para ello.*

6.º) Responsable de varios delitos leves de hurto en relación de continuidad delictiva cuando el montante acumulado de lo sustraído sea igual o inferior a 400 euros y aquel carezca de antecedentes penales.

*Calificación jurídica: delito continuado leve de hurto de los arts. 234.2, inciso primero, y 74.1 y 2 CP (preceptiva imposición de la pena en su mitad superior).*

7.º) Responsable de varios delitos leves de hurto en relación de continuidad delictiva cuando el montante acumulado de lo sustraído sea igual o inferior a 400 euros y aquel haya sido ejecutoriamente condenado por uno o dos delitos comprendidos en el Título XIII del Libro II CP de la misma naturaleza, con independencia de que el montante acumulado de las infracciones enjuiciadas y no enjuiciadas supere el importe de 400 euros.

*Calificación jurídica: delito continuado leve de hurto de los arts. 234.2, inciso primero, y 74.1 y 2 CP (preceptiva imposición de la pena en su mitad superior).*

8.º) Responsable de varios delitos leves de hurto en relación de continuidad delictiva cuando el montante acumulado de lo sustraído sea igual o inferior a 400 euros, aquel haya sido ejecutoriamente condenado en los términos previstos en el inciso segundo del art. 234.2 CP

y el montante acumulado de las infracciones enjuiciadas y no enjuiciadas no sea superior a 400 euros.

*Calificación jurídica: delito continuado leve de hurto de los arts. 234.2, inciso primero, y 74.1 y 2 CP (preceptiva imposición de la pena en su mitad superior).*

9.º) Responsable de varios delitos leves de hurto en relación de continuidad delictiva cuando el montante acumulado de lo sustraído no supere el importe de 400 euros, aquel haya sido ejecutoriamente condenado en los términos previstos en el inciso segundo del art. 234.2 CP y el montante acumulado resultante de sumar una o algunas –pero no todas– de las infracciones enjuiciadas y no enjuiciadas sea superior a 400 euros.

*Calificación jurídica: delito continuado menos grave de hurto de los arts. 234.2, inciso segundo, 74.1 y 2 CP (preceptiva imposición de la pena en su mitad superior).*

10.º) Responsable de varios delitos leves de hurto en relación de continuidad delictiva cuando el montante acumulado de lo sustraído no supere el importe de 400 euros, aquel haya sido ejecutoriamente condenado en los términos previstos en el inciso segundo del art. 234.2 CP y el montante acumulado resultante solo supere los 400 euros para el caso de sumarse todas las infracciones no enjuiciadas y enjuiciadas conjuntamente.

*Calificación jurídica: delito continuado menos grave de hurto de los arts. 234.2, inciso segundo, y 74.2 CP (imposición de la pena en atención al perjuicio total causado).*

11.º) Responsable de varios delitos leves de hurto en relación de continuidad delictiva cuando el montante acumulado de lo sustraído supere el importe de 400 euros y aquel no haya sido ejecutoriamente condenado en los términos previstos en el inciso segundo del art. 234.2 CP.

*Calificación jurídica: delito continuado menos grave de hurto de los arts. 234.1 y 74.2 CP. La circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8.ª CP podrá ser de aplicación, además, cuando concurrieran los presupuestos para ello.*

12.º) Responsable de varios delitos leves de hurto en relación de continuidad delictiva cuando el montante acumulado de lo sustraído supere el importe de 400 euros y aquel haya sido ejecutoriamente condenado en los términos previstos en el inciso segundo del art. 234.2 CP.

*Calificación jurídica: delito continuado menos grave de hurto de los arts. 234.1 y 74.1 y 2 CP (preceptiva imposición de la pena en su mitad superior).*

13.º) Responsable de uno o más delitos menos graves de hurto del art. 234.1 CP y de uno o más delitos leves de hurto del inciso primero del art. 234.2 CP, todos ellos en relación de continuidad delictiva.

*Calificación jurídica: delito continuado menos grave de hurto de los arts. 234.1 y 74.1 y 2 CP (preceptiva imposición de la pena en su mitad superior). La circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8.ª CP podrá ser de aplicación, además, cuando concurrieran los presupuestos para ello.*

14.º) Responsable de uno o más delitos menos graves de hurto del art. 234.1 CP y de uno o más delitos leves de hurto cuando aquel hubiera sido previamente condenado en los términos previstos en el inciso segundo del art. 234.2 CP, todos ellos en relación de continuidad delictiva.

*Calificación jurídica: delito continuado menos grave de hurto de los arts. 234.1 y 74.1 y 2 CP (preceptiva imposición de la pena en su mitad superior). La circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8.ª CP podrá ser de aplicación, además, cuando concurrieran los presupuestos para ello.*

#### **4.3 Consideraciones en materia de autoría y participación**

En la práctica no resulta infrecuente hallar supuestos de ejecución concertada de un delito leve de hurto por dos o más personas en los que tan solo alguna de ellas reúna las condiciones previstas en el inciso segundo del art. 234.2 CP. Es decir, casos en los que tan solo alguno o algunos de los intervinientes en la sustracción hubieran sido previamente condenados por sentencia firme por la ejecución de tres delitos contra el patrimonio u el orden socioeconómico de la misma naturaleza que el hurto.

En estas ocasiones podría suscitarse la duda de si quienes contribuyen a la ejecución del subtipo agravado del inciso segundo del art. 234.2 CP, sin reunir las concretas condiciones personales exigidas por dicha modalidad delictiva, deben responder como partícipes de este delito o, por el contrario, como meros autores o partícipes de un delito leve de hurto a castigar con arreglo al inciso primero de aquel precepto.

A pesar de que las denominadas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal específicas o de carácter específico, es decir, aquellas que al margen de hallarse contempladas como circunstancias genéricas son empleadas por el legislador para construir subtipos agravados o privilegiados, suelen constituir auténticos elementos estructurales del delito, existe consenso en que su comunicabilidad se rige por los mismos parámetros que las atenuantes y agravantes reguladas en los arts. 21 a 23 CP.

La STS 318/2003, de 7 de marzo, dispone que «[e]l art. 65, aplicable literalmente a las circunstancias atenuantes y agravantes de carácter genérico, también es aplicable a las que la ley penal establece para cada delito (incluso a las eximentes), al obedecer a un principio superior más amplio. En su texto, en cada uno de sus dos párrafos distingue dos clases de circunstancias diferentes: 1.º Aquellas que consisten en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, que se comunican a todos los que hayan tenido conocimiento de ella (art. 65.2). 2.º Las que tienen carácter personal, como las relativas a la disposición moral del delincuente o a sus relaciones particulares con el ofendido, que sólo alcanzan a aquel en el que concurren (art. 65.1)».

Este criterio se halla igualmente presente, entre otras muchas, en las SSTS 896/2021, de 18 de noviembre; 468/2020, de 23 de septiembre; 384/2019, de 23 de julio; 521/2015, de 13 de octubre; 889/2012, de 15 de noviembre; 950/2007, de 13 de noviembre; 367/2004, de 22 de marzo.

Por consiguiente, en aplicación del art. 65.1 CP, atendida la naturaleza estrictamente personal de la circunstancia agravante de reincidencia y multirreincidencia y, por ello, del fundamento que subyace tras la cualificación del delito leve de hurto introducida por la LO 9/2022, de 28 de julio, debe rechazarse la comunicabilidad de la agravación a los coautores o partícipes en quienes no concurren los presupuestos exigidos por el inciso segundo del art. 234.2 CP.

#### **4.4 Cuestiones de régimen transitorio**

Otra de las cuestiones que pueden suscitarse en la aplicación del nuevo art. 234.2 CP guarda relación con la posibilidad de que las condenas que fundamenten la conversión en delito menos grave de hurto sean anteriores a la entrada en vigor de la reforma.

Esta posibilidad fue rechazada por algunas audiencias provinciales en relación con el art. 235.1.7.º CP al entender que suponía una aplicación retroactiva de una disposición sancionadora desfavorable (art. 9.3 CE y 2.2 CP). Es el caso de la SAP Salamanca (Sección 1.ª) 56/2019, de 5 de noviembre, cuando señala que «[d]e la redacción de dicho precepto resulta evidente que las anteriores condenas al menos por tres delitos del mismo Título, y siempre que sean de la misma naturaleza, constituyen un elemento del tipo penal y, por lo tanto, estos elementos deben ser especialmente valorados a la hora de considerar la aplicación retroactiva de la norma, según lo previsto en

el artículo 2 CP, en relación con los artículos 9.3 y 25 de la Constitución Española. Por constituir un elemento objetivo del tipo penal, y al margen del grado de conocimiento por parte del acusado de la situación en la que se encontraba cuando cometió el delito de hurto, y en particular, del hecho de haber sido anteriormente condenado por delitos menos graves, no es suficiente para justificar la aplicación retroactiva de la norma penal desfavorable, en cuanto supone una evidente agravación de la pena señalada para el delito de hurto, debiendo entender que las condenas anteriores deberían ser firmes con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015» [en similar sentido, *vid.* SAP Madrid (Sección 29.ª) 547/2019, de 18 de octubre].

A pesar de lo anterior, debe precisarse que se trata de una cuestión ya resuelta por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. La STS 684/2019, de 3 de febrero de 2020, señalaba al respecto que «los antecedentes penales que pesaban sobre el condenado cuando cometió los hechos ahora enjuiciados, son idóneos para integrar la modalidad agravada del artículo 250.1.7.º CP, con la configuración que la doctrina de esta Sala le ha asignado. Ninguno de ellos era cancelable cuando en el mes de octubre del año 2016 cometió el delito de estafa que ahora se enjuicia [...] El que algunos de tales antecedentes condenen hechos anteriores a la entrada en vigor de la LO 1/2015, carece de relevancia. Aquellos fueron enjuiciados con arreglo a la legislación que les era aplicable. Lo que ahora importa es que a la fecha de comisión de los nuevos hechos, el tipo agravado que ahora se aplica ya estaba en vigor, que colma los presupuestos del principio de legalidad».

Esta interpretación ya había sido mayoritariamente asumida por las audiencias provinciales [*vid.* SAP Barcelona (Sección 2.ª) 297/2016, de 21 de abril; SAP Valencia (Sección 2.ª) 814/2017, de 22 de diciembre; SAP Cantabria (Sección 3.ª) 230/2020, de 27 de mayo; SAP Barcelona (Sección 21.ª) 104/2020, de 26 de junio].

Tal y como ha señalado la doctrina, la prohibición de retroactividad de las leyes penales entronca directamente con los principios de seguridad jurídica y legalidad penal. La irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables tiene por objeto que las leyes no puedan ser aplicadas a acciones ejecutadas bajo la vigencia de una ley anterior. En definitiva, las acciones deben ser enjuiciadas con arreglo a las normas penales rectoras al tiempo de los hechos, con la lógica excepción de la aplicación retroactiva de las normas más favorables para el infractor.

Por consiguiente, debe concluirse que el hecho de que la aplicación del nuevo inciso segundo del art. 234.2 CP se fundamente en la

existencia de condenas anteriores a la entrada en vigor de la LO 9/2022, de 28 de julio, en ningún caso supone una aplicación retroactiva de la ley. En tales supuestos, la aplicación del nuevo tipo resultará de un juicio de subsunción realizado con arreglo a la redacción del precepto vigente al momento de los hechos que en ningún caso producirá consecuencias respecto a situaciones jurídicas acaecidas antes de la entrada en vigor de la nueva figura delictiva.

En consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo puede concluirse que las modalidades agravadas de hurto previstas en el inciso segundo del art. 234.2 CP y en el art. 235.1.7.º CP no castigan dos veces una misma conducta. Al contrario, se limitan a agravar el nuevo hecho ejecutado por aquel a quien se considere multirreincidente. De ahí, precisamente, que por el Tribunal Supremo se haya negado que la aplicación del art. 235.1.7.º CP implique vulneración del principio *ne bis idem*.

A este respecto, la STS 481/2017, de 28 de junio, afirma que «[e]n el caso enjuiciado es palmario que concurre un mismo sujeto activo del delito y también un mismo fundamento de condena, ya que en la sentencia en liza se condena por delitos leves de hurto, coincidiendo así la tutela de un mismo bien jurídico: el derecho de propiedad de las víctimas. Sin embargo, no puede decirse lo mismo con respecto a que se trate de una condena por los mismos hechos, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, en la conocida sentencia del TC 150/1991, de 4 de julio, en la que se examina la constitucionalidad de la agravante de reincidencia, argumenta el supremo intérprete de la norma constitucional que «del propio significado del *non bis in idem* se desprende que la agravante de reincidencia del art. 10.15.<sup>a</sup> CP no conculca dicho principio constitucional. En efecto, la apreciación de la agravante de reincidencia supone, como al principio se expuso, la obligatoriedad de tomarla en consideración, como cualquier otra agravante, para aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en el propio Código (art. 58 CP), y, más concretamente, para determinar el grado de aplicación de la pena prevista para el delito y, dentro de los límites de cada grado, fijar –discrecionalmente– la extensión de la pena. Es claro, en consecuencia, que con la apreciación agravante de reincidencia, ya se entienda que afecta al núcleo del delito o sólo a la modificación de la pena, no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores, por lo demás ya ejecutoriamente juzgados –art. 10.15.<sup>a</sup> CP– y con efectos de cosa juzgada (efectos que no se ven, pues, alterados), sino única y exclusivamente el hecho posterior». [...] Ciertamente, esta doctrina ha sido muy cuestionada por importantes sectores

doctrinales al entender que no es fácil compatibilizar la advertencia de que los hechos de las condenas precedentes «no vuelven a castigarse» con la afirmación de que «tan sólo han sido tenidos en cuenta». Sin embargo, lo cierto e incuestionable es que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional se ha consolidado en precedentes posteriores, quedando así excluida la tesis de que el hecho de que se tengan en cuenta las sentencias anteriores en la sentencia que aplica la reincidencia suponga una infracción del principio *non bis in ídem*. Así pues, la mera aplicación de la agravante de reincidencia no implica de por sí incurrir en un *bis in ídem*. Con lo cual, si era esa la razón de la inaplicación del art. 235.1.7.º del tribunal de instancia –cuestión que tampoco ha quedado esclarecida–, no puede considerarse suficiente para inaplicar ese precepto y acudir a la aplicación del art. 234.1, subsunción que tampoco se explica en la sentencia recurrida. [...] Por lo tanto, a tenor de la jurisprudencia del TC, el legislador lo que hace realmente no es castigar dos veces por un mismo hecho, sino que agrava la pena por el nuevo hurto que se está juzgando y acude a imponer un tipo hiperagravado acudiendo sólo a los antecedentes penales del acusado. Es decir, el legislador opera en el tipo con un cuarto delito de hurto, con su correspondiente hecho, y para aplicar el tipo hiperagravado atiende al dato de tres condenas previas relativas a otros tantos delitos de hurto comprendidos dentro del mismo título».

En similar sentido, la STC 86/2017, de 4 de julio, señala que «es preciso reconocer que este Tribunal ha admitido, en efecto, la constitucionalidad de la agravante de reincidencia, indicando expresamente que no conculca el principio *non bis in ídem*. Como decíamos en la STC 188/2005, de 4 de junio, FJ 4, hemos hecho esta declaración cuando mediante dicha agravante lo que el legislador pretendía era castigar una conducta ilícita posterior del mismo sujeto de una manera más severa, sin que ello signifique que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan solo tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos o, en su caso, para las posteriores infracciones administrativas. No concurre, en consecuencia, una identidad de hechos, sino que los hechos anteriores han sido castigados con su correspondiente sanción administrativa o penal y el hecho ilícito posterior ha sido castigado de una manera más severa por la aplicación de la referida agravante» (*vid.* SSTC 189/2013 de 7 de noviembre; 152/1992, de 19 de octubre; 150/1991, de 4 de julio).

En análogos términos se pronuncia la STEDH (Gran Sala) de 29 de marzo de 2006 (asunto *Achour c. Francia*):

51. *El Tribunal de Justicia señala, sin embargo, que la condena inicial del demandante, de 16 de octubre de 1984, no había sido suprimida y seguía figurando en sus antecedentes penales. Por lo tanto, los tribunales nacionales tenían derecho a tenerla en cuenta como primer elemento de reincidencia, entendiéndose, además, que la condena y el hecho de que constituyera una cosa juzgada no se vieron alterados ni afectados en modo alguno por la promulgación de la nueva legislación. A este respecto, el Tribunal de Justicia no puede aceptar la alegación del demandante (véase el apartado 40 supra) de que la expiración del período pertinente a efectos de la reincidencia, tal como se preveía en el momento de su primera infracción, le había otorgado el derecho a que no se tuviera en cuenta su primera infracción («droit à l'oubli»), no existiendo ninguna disposición sobre tal derecho en la legislación aplicable...*

52. *El Tribunal de Justicia observa además que existe una jurisprudencia consolidada del Tribunal de Casación sobre la cuestión de si una nueva ley que amplía el tiempo que puede transcurrir entre los dos componentes de la reincidencia puede aplicarse a un segundo delito cometido después de su entrada en vigor. La Sala de lo Penal del Tribunal de Casación -y el demandante no lo discutió- ha adoptado una posición clara y coherente desde finales del siglo XIX en el sentido de que, cuando una ley introduce nuevas normas en materia de reincidencia, para que estas se apliquen inmediatamente basta con que el delito que constituye el segundo componente de la reincidencia se haya cometido después de la entrada en vigor de la ley. Esta jurisprudencia era manifiestamente capaz de permitir al demandante regular su conducta (véanse, entre otras, las siguientes sentencias: Kokkinakis, citada anteriormente, p. 19, § 40; Cantoni, citada anteriormente, pp. 1628-29, § 34; y Streletz, Kessler y Krentz v. Germany [GC], nos. 34044/96, 35532/97 y 44801/98, § 82, ECHR 2001-II).*

Los argumentos que permiten rechazar la vulneración del principio *ne bis idem* ofrecen explicación, *mutatis mutandis*, de las razones por las que resulta admisible que las condenas que fundamenten la conversión de delito leve de hurto en delito menos grave puedan ser anteriores a la entrada en vigor de la LO 9/2021, de 28 de julio, sin que ello implique en ningún caso vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables (arts. 9.3 CE y 2.2 CP).

Como señalan las SSTC 42/1986, de 10 de abril, y 216/2015, de 22 de octubre, «lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece

al campo estricto de la irretroactividad». Idea que también se halla presente en las SSTC 234/2007, de 5 de noviembre; 49/2015, de 5 de marzo; y 1/2018, de 10 de mayo.

#### 4.5 Criterios de actuación

A la vista de los argumentos expuestos en los anteriores epígrafes, se considera conveniente ofrecer unas pautas que garanticen la unidad de actuación del Ministerio Fiscal en la interpretación y aplicación del subtipo agravado regulado por el inciso segundo del art. 234.2 CP. A tal efecto, deben distinguirse distintos supuestos de hecho:

A.) Cuando el órgano judicial acuerde la incoación de juicio sobre delito leve de hurto, las/los fiscales, tras ser notificados de la resolución que así lo acuerde, verificarán con celeridad que la hoja histórico-penal de la persona encausada se encuentre debidamente incorporada al proceso y, acto seguido, constatarán si concurren los presupuestos del subtipo agravado del inciso segundo del art. 234.2 CP.

A.1.) En el supuesto de concluir que la modalidad agravada del inciso segundo del art. 234.2 CP, o la hiperagravada del art. 235.1.7.º CP, resulta de aplicación, siendo incorrecta la calificación jurídica practicada por el órgano judicial, las/los fiscales interpondrán los recursos que procedan frente a aquella resolución e interesarán que se dicte el correspondiente auto de incoación de diligencias previas o, de resultar procedente, de procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

Idéntica actuación procederá en el caso de considerar que los hechos resultan constitutivos de un delito continuado de hurto de los arts. 234.1 y 74.1 y 2 CP con arreglo a lo indicado en el epígrafe 4.2 de la presente circular.

A.2.) En el supuesto de que la hoja histórico-penal no permita determinar si resulta de aplicación el inciso segundo del art. 234.2 CP o la modalidad hiperagravada del art. 235.1.7.º CP, siendo preciso recabar testimonio de resoluciones judiciales ante otros órganos judiciales, las/los fiscales interpondrán los recursos que procedan a fin de que quede sin efecto la resolución acordando la incoación del procedimiento para el juicio sobre delitos leves y de que, en su lugar, se dicte el correspondiente auto de incoación de diligencias previas o, excepcionalmente, de procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos en el que se acuerde recabar los citados testimonios.

Dicho testimonio, tal y como se especifica en el epígrafe 3 de la presente circular, deberá recabarse tanto para determinar si el mon-

tante acumulado por los delitos ya sentenciados –junto con el que ahora se enjuicia– supera la cantidad de 400 euros, como para verificar si los antecedentes penales de la persona encausada que justifican la conversión de delito leve en menos grave siguen vigentes con arreglo a lo preceptuado por los arts. 136 y 137 CP.

A.3.) En el supuesto de verificar que los hechos no resultan susceptibles de ser incardinados en el subtipo agravado del inciso segundo del art. 234.2 CP, las/los fiscales expresarán su conformidad con el auto de incoación de juicio sobre delitos leves a través del oportuno visto.

A.4.) En el supuesto de que la hoja histórico-penal de la persona encausada no se halle incorporada a las actuaciones, las/los fiscales la recabarán e instarán su incorporación al procedimiento. Una vez analizada, procederán de conformidad con alguna las tres formas anteriormente señaladas.

B.) Cuando el órgano judicial recabe el parecer del Ministerio Fiscal antes de acordar la incoación del procedimiento, las/los fiscales analizarán la hoja histórico-penal de la persona investigada a través de las aplicaciones informáticas de la Fiscalía, si fuera preciso.

B.1.) En el supuesto de concluir que resulta de aplicación la modalidad agravada o hiperagravada por razón de multirreincidencia, las/los fiscales instarán la incoación del oportuno procedimiento de diligencias previas o, de resultar procedente, del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

Idéntica actuación procederá practicar en el caso de reputarse que los hechos resultan constitutivos de un delito continuado de hurto de los arts. 74.1 y 2 y 234.1 CP con arreglo a lo indicado en el epígrafe 4.2 de la presente circular.

B.2.) En el supuesto de que la hoja histórico-penal no permita determinar si resulta de aplicación el inciso segundo del art. 234.2 CP o la modalidad hiperagravada del art. 235.1.7.º CP, siendo preciso recabar testimonio de resoluciones judiciales ante otros órganos judiciales, las/los fiscales instarán la incoación de diligencias previas, interesando asimismo que dichos testimonios sean recabados por el órgano judicial.

B.3.) En el supuesto de verificar que los hechos no resultan indiciariamente susceptibles de ser incardinados en el subtipo agravado del inciso segundo del art. 234.2 CP o en la modalidad hiperagravada del art. 235.1.7.º CP, siendo evidente que son constitutivos de un delito leve de hurto, las/los fiscales instarán la incoación del oportuno procedimiento para el juicio sobre delitos leves.

C.) Cuando tras la incoación de diligencias previas o del procedimiento para el enjuiciamiento rápido por el subtipo agravado de hurto del inciso segundo del art. 234.2 CP o de la modalidad hiperagravada del art. 235.1.7.º CP se constate que los hechos únicamente son constitutivos de un delito leve de hurto, las/los fiscales promoverán la conversión en juicio sobre delitos leves tan pronto como les resulte posible.

En otro orden de cosas, debe precisarse que las anteriores consideraciones no constituyen obstáculo para que en los supuestos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, las/los fiscales puedan, en su caso, acordar o instar el archivo de las actuaciones en atención a criterios de oportunidad con arreglo a lo dispuesto en los arts. 18, 19 y 27.4 LORPM y en las Circulares de la FGE núm. 1/2007 y 9/2011.

## 5. CONCLUSIONES

Primera. La Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio, ha operado una importante reforma del delito de hurto mediante la introducción de un nuevo subtipo agravado en cuya virtud se eleva a la categoría de delito menos grave la ejecución de hurtos leves siempre que concurren determinadas circunstancias: i) que al momento de ejecutarse el delito el autor haya sido ejecutoriamente condenado por al menos tres delitos, con independencia de si se trata de delitos graves, menos graves o leves; ii) que los delitos por los que el sujeto hubiera resultado previamente condenado se hallen comprendidos en el Título XIII del Libro II del Código Penal y sean de la misma naturaleza que el hurto; iii) que el montante acumulado entre el delito leve de hurto ejecutado y los resultantes de las condenas anteriores supere la cantidad de 400 euros; iv) que los antecedentes penales resultantes de las condenas sobre las que se asienta la acumulación jurídica que permite la conversión en delito menos grave no hayan sido cancelados o deban serlo con arreglo al ordenamiento jurídico.

Segunda. Cuando alguna de las condenas previas sea por el tipo básico de hurto del art. 234.1 CP bastará para tener por acreditado que el montante total supera la cantidad de 400 euros con que la hoja histórico-penal aparezca debidamente incorporada al procedimiento penal.

Cuando las condenas previas lo fueran por delitos leves de hurto y/o por alguna de las modalidades hiperagravadas de hurto del art. 235

CP, de suerte que la hoja histórico-penal no permita conocer si el montante acumulado por los distintos delitos supera los 400 euros, será necesario recabar testimonio íntegro de cada una de las sentencias condenatorias.

Tercera. El escrito de acusación deberá reflejar con precisión los antecedentes penales que fundamentan la aplicación del subtipo agravado de hurto del inciso segundo del art. 234.2 CP y, en concreto: i) la fecha de las sentencias condenatorias; ii) los delitos por los que se dictaron las condenas; iii) las penas impuestas; v) las fechas en las que fueron definitivamente extinguidas; vi) el importe sustraído en cada caso, según resulte del relato de hechos probados.

Cuando del contenido de la hoja histórico-penal se infiera de forma objetiva que la condena hubo de ser necesariamente por importe superior a 400 euros, bastará con especificarlo así en la conclusión primera del escrito de acusación sin necesidad de concretar la cuantía.

Cuarta. La reforma del delito de hurto operada por la LO 9/2022 se limita a modificar el art. 234.2 CP sin alterar la configuración típica del art. 235.1.7.º CP.

Tras la reforma operada por la LO 9/2022, de 28 de julio, algunas acciones pueden resultar simultáneamente subsumibles en el inciso segundo del art. 234.2 CP y en el art. 235.1.7.º CP. En tales casos, deberá apreciarse un concurso de normas entre ambas figuras delictivas que se resolverá en favor de la modalidad hiperagravada del art. 235.1.7.º CP, conforme al art. 8.2.ª CP (principio de subsidiariedad). Las/los fiscales harán constar expresamente esta circunstancia en los escritos de acusación.

Quinta. Al margen de aquellos casos en los que resulte de aplicación el art. 235 CP, pueden distinguirse los siguientes supuestos:

1.º) Responsable de un delito leve de hurto que carezca de antecedentes penales.

*Calificación jurídica: delito leve de hurto del inciso primero del art. 234.2 CP.*

2.º) Responsable de un delito leve de hurto previamente condenado en sentencia firme por uno o dos delitos comprendidos en el Título XIII del Libro II CP de la misma naturaleza, con independencia de que el montante acumulado de las infracciones enjuiciadas y no enjuiciadas sea o no superior a 400 euros.

*Calificación jurídica: delito leve de hurto del inciso primero del art. 234.2 CP. A la hora de valorar la reincidencia, se estará a lo dispuesto en el art. 66.2 CP.*

3.º) Responsable de un delito leve de hurto previamente condenado en sentencia firme por tres o más delitos comprendidos en el Título XIII del Libro II CP de la misma naturaleza, cuando el montante acumulado de las infracciones enjuiciadas y no enjuiciadas sea igual o inferior a 400 euros.

*Calificación jurídica: delito leve de hurto del inciso primero del art. 234.2 CP. A la hora de valorar la reincidencia, se estará a lo dispuesto en el art. 66.2 CP.*

4.º) Responsable de un delito leve de hurto previamente condenado en sentencia firme por tres o más delitos comprendidos en el Título XIII del Libro II CP de la misma naturaleza, cuando el montante acumulado de las infracciones enjuiciadas y no enjuiciadas sea superior a 400 euros.

*Calificación jurídica: delito menos grave de hurto del inciso segundo del art. 234.2 CP.*

5.º) Responsable de un delito menos grave de hurto del art. 234.1 CP, con independencia de que haya sido o no condenado previamente por uno o más delitos comprendidos en el Título XIII del Libro II CP de la misma naturaleza.

*Calificación jurídica: delito menos grave de hurto del art. 234.1 CP. La circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8.º CP podrá ser de aplicación, además, cuando concurrieran los presupuestos para ello.*

6.º) Responsable de varios delitos leves de hurto en relación de continuidad delictiva cuando el montante acumulado de lo sustraído sea igual o inferior a 400 euros y aquel carezca de antecedentes penales.

*Calificación jurídica: delito continuado leve de hurto de los arts. 234.2, inciso primero, y 74.1 y 2 CP (preceptiva imposición de la pena en su mitad superior).*

7.º) Responsable de varios delitos leves de hurto en relación de continuidad delictiva cuando el montante acumulado de lo sustraído sea igual o inferior a 400 euros y aquel haya sido ejecutoriamente condenado como responsable de uno o dos delitos comprendidos en el Título XIII del Libro II CP de la misma naturaleza, con independencia de que el montante acumulado de las infracciones enjuiciadas y no enjuiciadas supere el importe de 400 euros.

*Calificación jurídica: delito continuado leve de hurto de los arts. 234.2, inciso primero, y 74.1 y 2 CP (preceptiva imposición de la pena en su mitad superior).*

8.º) Responsable de varios delitos leves de hurto en relación de continuidad delictiva cuando el montante acumulado de lo sustraído sea igual o inferior a 400 euros, aquel haya sido ejecutoriamente con-

denado en los términos previstos en el inciso segundo del art. 234.2 CP y el montante acumulado de las infracciones enjuiciadas y no enjuiciadas no sea superior a 400 euros.

*Calificación jurídica: delito continuado leve de hurto de los arts. 234.2, inciso primero, y 74.1 y 2 CP (preceptiva imposición de la pena en su mitad superior).*

9.º) Responsable de varios delitos leves de hurto en relación de continuidad delictiva cuando el montante acumulado de lo sustraído no supere el importe de 400 euros, aquel haya sido ejecutoriamente condenado en los términos previstos en el inciso segundo del art. 234.2 CP y el montante acumulado resultante de sumar una o algunas –pero no todas– de las infracciones enjuiciadas y no enjuiciadas sea superior a 400 euros.

*Calificación jurídica: delito continuado menos grave de hurto de los arts. 234.2, inciso segundo, 74.1 y 2 CP (preceptiva imposición de la pena en su mitad superior).*

10.º) Responsable de varios delitos leves de hurto en relación de continuidad delictiva cuando el montante acumulado de lo sustraído no supere el importe de 400 euros, aquel haya sido ejecutoriamente condenado en los términos previstos en el inciso segundo del art. 234.2 CP y el montante acumulado resultante solo supere los 400 euros para el caso de sumarse todas las infracciones no enjuiciadas y enjuiciadas conjuntamente.

*Calificación jurídica: delito continuado menos grave de hurto de los arts. 234.2, inciso segundo, y 74.2 CP (imposición de la pena en atención al perjuicio total causado).*

11.º) Responsable de varios delitos leves de hurto en relación de continuidad delictiva cuando el montante acumulado de lo sustraído supere el importe de 400 euros y aquel no haya sido ejecutoriamente condenado en los términos previstos en el inciso segundo del art. 234.2 CP.

*Calificación jurídica: delito continuado menos grave de hurto de los arts. 234.1 y 74.2 CP. La circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8.ª CP podrá ser de aplicación, además, cuando concurren los presupuestos para ello.*

12.º) Responsable de varios delitos leves de hurto en relación de continuidad delictiva cuando el montante acumulado de lo sustraído supere el importe de 400 euros y aquel haya sido ejecutoriamente condenado en los términos previstos en el inciso segundo del art. 234.2 CP.

*Calificación jurídica: delito continuado menos grave de hurto de los arts. 234.1 y 74.1 y 2 CP (preceptiva imposición de la pena en su mitad superior).*

13.º) Responsable de uno o más delitos menos graves de hurto del art. 234.1 CP y de uno o más delitos leves de hurto del inciso primero del art. 234.2 CP, todos ellos en relación de continuidad delictiva.

*Calificación jurídica: delito continuado menos grave de hurto de los arts. 234.1 y 74.1 y 2 CP (preceptiva imposición de la pena en su mitad superior). La circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8.ª CP podrá ser de aplicación, además, cuando concurrieran los presupuestos para ello.*

14.º) Responsable de uno o más delitos menos graves de hurto del art. 234.1 CP y de uno o más delitos leves de hurto cuando aquel hubiera sido previamente condenado en los términos previstos en el inciso segundo del art. 234.2 CP, todos ellos en relación de continuidad delictiva.

*Calificación jurídica: delito continuado menos grave de hurto de los arts. 234.1 y 74.1 y 2 CP (preceptiva imposición de la pena en su mitad superior). La circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8.ª CP podrá ser de aplicación, además, cuando concurrieran los presupuestos para ello.*

Sexta. Con arreglo al art. 65.1 CP, atendida la naturaleza estrictamente personal de la circunstancia agravante de reincidencia y del fundamento que subyace tras la cualificación del delito leve de hurto introducida por la LO 9/2022, de 28 de julio, debe rechazarse la comunicabilidad de la agravación a los coautores o partícipes en quienes no concurren los presupuestos exigidos por el inciso segundo del art. 234.2 CP.

Séptima. Cuando el órgano judicial acuerde la incoación de juicio sobre delito leve de hurto, las/los fiscales, tras ser notificados de la resolución que así lo acuerde, verificarán con celeridad que la hoja histórico-penal de la persona encausada se encuentre debidamente incorporada al proceso y, acto seguido, constatarán si concurren los presupuestos del subtipo agravado castigado por el inciso segundo del art. 234.2 CP o, en su caso, de la modalidad hiperagravada del art. 235.1.7.º CP.

i) En el caso de concluir que la modalidad agravada o hiperagravada resulta de aplicación, siendo incorrecta la calificación jurídica practicada por el órgano judicial, las/los fiscales interpondrán los recursos que procedan a fin de que quede sin efecto aquella resolución y de que, en su lugar, se dicte el correspondiente auto de incoación de diligencias previas o, para el supuesto de resultar procedente, el auto de incoación del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

Idéntica actuación procederá practicar cuando los hechos resulten constitutivos de un delito continuado de hurto con arreglo a los arts. 234.1 y 74.1 y 2 CP.

ii) En el caso de que la hoja histórico-penal no permita determinar si resulta de aplicación el inciso segundo del art. 234.2 CP o la modalidad hiperagravada del art. 235.1.7.º CP, siendo preciso, a tal fin, recabar testimonios de resoluciones judiciales ante otros órganos judiciales, las/ los fiscales interpondrán los recursos que procedan a fin de que quede sin efecto la resolución acordando la incoación del procedimiento para el juicio sobre delitos leves y que, en su lugar, se dicte el correspondiente auto de incoación de diligencias previas o, excepcionalmente, de procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, en el que se acuerde recabar los citados testimonios.

Dicho testimonio deberá recabarse tanto para determinar si el montante acumulado por los delitos ya sentenciados junto con el que ahora se enjuicia supera la cantidad de 400 euros, como para verificar si los antecedentes penales de la persona investigada que justifican la conversión de delito leve en menos grave siguen vigentes con arreglo a los arts. 136 y 137 CP.

iii) En el caso de verificar que los hechos no resultan susceptibles de ser incardinados en el subtipo agravado del inciso segundo del art. 234.2 CP o en la modalidad hiperagravada del art. 235.1.7.º CP, las/los fiscales expresarán su conformidad con el auto de incoación de juicio sobre delitos leves a través del oportuno visto.

iv) En el caso de que la hoja histórico-penal de la persona investigada no se hallase incorporada a las actuaciones, los/las fiscales la recabarán e instarán su incorporación al procedimiento. Una vez analizada, procederán de alguna de las tres formas anteriormente señaladas.

Octava. Cuando el órgano judicial solicite el parecer del Ministerio Fiscal antes de acordar la incoación del procedimiento penal los/ las fiscales analizarán la hoja histórico-penal de la persona investigada, recabándola a través de las aplicaciones informáticas de la Fiscalía, si fuera preciso.

i) En el caso de concluir que la modalidad agravada por razón de multirreincidencia resulta de aplicación, bien con arreglo al inciso segundo del art. 234.2 CP, bien conforme al art. 235.1.7.º CP, las/los fiscales instarán la incoación del oportuno procedimiento de diligencias previas o, cuando resulte procedente, del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

Idéntica actuación procederá practicar en el caso de considerarse que los hechos sean constitutivos de delito continuado de hurto de los arts. 234.1 y 74.1 y 2 CP.

ii) En el caso de que la hoja histórico-penal no permita determinar si resulta de aplicación el inciso segundo del art. 234.2 CP o la modalidad hiperagravada del art. 235.1.7.º CP, siendo preciso, a tal fin, recabar testimonios de resoluciones judiciales ante otros órganos judiciales, las/los fiscales instarán la incoación de diligencias previas, interesando asimismo que sean recabados dichos testimonios por el órgano judicial.

iii) En el caso de verificar que los hechos no resultan tan siquiera indiciariamente susceptibles de ser incardinados en el subtipo agravado del inciso segundo del art. 234.2 CP o en la modalidad hiperagravada del art. 235.1.7.º CP, siendo evidente que son constitutivos de un delito leve de hurto, las/los fiscales instarán la incoación del oportuno procedimiento para el juicio sobre delitos leves.

Novena. Cuando tras la incoación de diligencias previas o de juicio rápido por el subtipo agravado de hurto del inciso segundo del art. 234.2 CP o de la modalidad hiperagravada del art. 235.1.7.º CP se constate que los hechos únicamente resultan constitutivos de un delito leve de hurto, las/los fiscales promoverán la conversión en juicio sobre delitos leves tan pronto como resulte posible.

Décima. Por lo que se refiere a la responsabilidad penal de los menores y en lo concerniente a la cancelación de los antecedentes, las/los fiscales se atenderán a las reglas del art. 137 CP y a las pautas ofrecidas en la Circular de la FGE núm. 1/2007, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006*.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la interpretación del delito de hurto tras la reforma operada en virtud de la Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio, las/los fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente circular.