

La regulación de la multirreincidencia en los delitos de hurto tras la reforma producida por la Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio *

Mario Maraver Gómez

Universidad Autónoma de Madrid

MARAVÉR GÓMEZ, MARIO. La regulación de la multirreincidencia en los delitos de hurto tras la reforma producida por la Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm. 25-13, pp. 1-29.
<http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-13.pdf>

RESUMEN: El tratamiento de la reincidencia y la multirreincidencia en el delito de hurto plantea varios interrogantes. Junto a la pregunta sobre la legitimidad constitucional y político criminal del castigo de la reincidencia, existen dudas sobre la necesidad de una regulación específica en el delito de hurto, así como sobre la conveniencia de extender esta aplicación a los hurtos leves. En todas estas cuestiones se aprecia una tensión entre la voluntad de dar respuesta a una determinada forma de criminalidad y la necesidad de respetar los principios que inspiran el Derecho penal español. Ello ha dado lugar no solo a diferentes regulaciones, sino también a diferentes interpretaciones que han sido igualmente objeto de controversia. El presente trabajo aborda estas cuestiones a partir de la reforma del delito de hurto producida por la LO 9/2022, de 28 de julio. Por una parte, se hace una valoración de la reforma y, por otra parte, se analizan sus principales problemas de interpretación y aplicación.

PALABRAS CLAVE: reincidencia, multirreincidencia, reiteración delictiva, delito continuado, delito de hurto, delito leve de hurto, principio de proporcionalidad.

TITLE: **Consensual incest between adults: an act still outlawed in many legal orders**

ABSTRACT: The treatment of recidivism and multi-recidivism in the crime of theft raises several questions. Along with the question of the constitutional and criminal policy legitimacy of the punishment of recidivism, there are doubts about the need for a specific regulation of recidivism in the crime of theft, as well as about the advisability of extending its application to petty theft. Within all these questions there is a tension between the desire to respond to a certain form of criminality and the need to respect the principles that inspire Spanish criminal law. This has given rise not only to different regulations, but also to different interpretations that have also been the subject of controversy. This paper addresses these issues on the basis of the reform of the crime of theft produced by LO 9/2022, of 28 July. On the one hand, it assesses the reform and, on the other hand, it analyses the main problems of its interpretation and application.

KEYWORDS: recidivism, multi-recidivism, repeated offenses, continuous offense, theft offense, misdemeanor theft, principle of proportionality.

Fecha de recepción: 15 mayo 2023

Fecha de publicación en RECPC: 2 agosto 2023

Contacto: mario.maraver@uam.es

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La regulación de la reincidencia y la multirreincidencia en el delito de hurto: evolución histórica. 3. Problemas de interpretación anteriores a la reforma del Código Penal producida por la LO 9/2022, de 28 de julio. 4. La multirreincidencia como motivo de agravación de la pena. 5. Valoración de la reforma. 6. Conclusiones. Bibliografía.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva” (DER2017-86139-P), de la Universidad Autónoma de Madrid, financiado por AEI-MINECO-FEDER (IP: PEÑARANDA RAMOS, E. / POZUELO PÉREZ, L.)

1. Introducción

Una de las últimas reformas que ha experimentado el Código Penal es la que afecta al delito de hurto, y más concretamente al tipo atenuado del apartado 2 del art. 234, en el que se castiga como delito leve, con multa de 1 a 3 meses, el hurto inferior a los 400 euros, salvo que concurra alguna de las circunstancias del tipo agravado del art. 235, que lleva aparejado una pena de prisión de 1 a 3 años.

La reforma ha consistido en introducir una regla especial para agravar la pena de este delito leve de hurto en caso de multirreincidencia. Se añade así, en el mencionado apartado 2 del art. 234, que “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” (prisión de 6 a 18 meses), indicándose también, en un nuevo párrafo 2º, que “no se tendrán en cuenta los antecedentes cancelados o que debieran serlo”.

Esta reforma se produjo a través de la disposición final sexta de la Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio, relativa a un tema que poco o nada tiene que ver con el delito de hurto como es el uso de la información financiera¹. De hecho, dicha disposición final no formaba parte inicialmente del proyecto de ley², sino que se incluyó como enmienda durante su tramitación parlamentaria³.

El objeto del presente trabajo es analizar la reforma del art. 234.2 CP y, con ello, la regulación de la multirreincidencia en el delito hurto. Para ello, primero se expondrá el contexto en el que se produce la reforma, recordando la evolución legislativa seguida en esta materia (*infra* 2), así como los problemas interpretativos que se venían planteando en los últimos años (*infra* 3). A continuación, se explicarán algunas

¹ Se trata exactamente de la LO 9/2022, de 28 de julio, por la que se establecen normas que faciliten el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales, de modificación de la LO 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas y otras disposiciones conexas y de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

² BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 99-1, 22-4-2022.

³ BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 99-2, 23-5-2022 (enmienda nº 1), sometida luego a una transaccional de la que resultaría la redacción finalmente aprobada, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 99-3, 8-6-2022.

de las reservas que suscita el incremento de pena en caso de multirreincidencia (*infra* 4) y se hará una valoración general de la reforma y del tratamiento de la multirreincidencia en el delito de hurto (*infra* 5). Para finalizar, se ofrecerán unas breves conclusiones a modo de resumen (*infra* 6).

2. La regulación de la reincidencia en el delito de hurto: evolución histórica

Entre los aspectos que el legislador español ha tenido en cuenta tradicionalmente para determinar la gravedad del delito de hurto se encuentran tanto el valor de la cosa sustraída como la reiteración de la conducta delictiva. Así, por ejemplo, en el Código Penal de 1944 -texto refundido de 1973- (arts. 514 a 516), como también en Códigos anteriores como el de 1870 (arts. 530 a 533), la pena del delito de hurto se agrava, entre otros motivos, por la cuantía de la cosa sustraída y por el hecho de que el culpable sea “dos veces reincidente”. Igualmente, se realiza una distinción entre el delito y la falta de hurto que atiende conjuntamente a la cuantía de lo sustraído y a la reiteración delictiva, pues conforme a los arts. 515.4º y 587.1º CP 1944 -texto refundido de 1973- los hurtos de cuantía igual o inferior a las 25.000 pesetas se castigan como falta, salvo que el culpable hubiera sido condenado previamente por un delito o dos faltas de carácter patrimonial, en cuyo caso tales hurtos se convierten en delito; de forma parecida a lo que se establecía antiguamente en los arts. 531.5º y 606.1º CP 1870, que permitían castigar por delito lo que sería una falta de hurto, por ser inferior a 10 pesetas, si el autor había sido condenado previamente por dos faltas de hurto.

Junto a estas agravaciones específicas del delito de hurto se mantiene, además, por lo general, la agravante genérica de reincidencia. Según el art. 61.2ª CP 1944 -texto refundido de 1973-, esta agravante de reincidencia, regulada en el art. 10.15ª, obliga -al igual que resto de circunstancias agravantes- a imponer la pena del delito correspondiente en su grado máximo, sin llegar a la pena superior en grado, salvo que se produzca una segunda reincidencia (art. 61.6ª), tal y como se prevé específicamente para el delito hurto (art. 516).

Con la reforma del CP producida por la LO 8/1983, de 25 de junio, se excluyó, sin embargo, la posibilidad de convertir las faltas en delito con motivo de la reiteración delictiva, así como la posibilidad de castigar la segunda reincidencia con pena superior en grado, tanto con carácter general, como en el delito de hurto.

En el nuevo CP de 1995, se mantiene en un primer momento la diferencia entre el delito y la falta de hurto en función del valor de la cosa sustraída (arts. 234 y 623.1) y se continúa con el modelo establecido en 1983; lo que significa que no se prevé ninguna agravación específica para el delito de hurto basada en la reincidencia o en la reiteración delictiva y que la agravante genérica de reincidencia sólo permite imponer la pena en su mitad superior, sin llegar en ningún caso a la pena superior en grado.

En realidad, esta agravación por reincidencia, que se regula en los arts. 22.8^a y 66.3^a, se contempla solo para los casos en que se comete un *delito* de hurto, pues el art. 638 (igual que el art. 601 CP 1944 -texto refundido de 1973-) reconocía, dentro de las disposiciones comunes relativas a la faltas, que en esta clase de infracciones no es necesario atender a las reglas de determinación de la pena recogidas en los arts. 61 a 72, sino que es el Juez o Tribunal quien, dentro de los límites establecidos, debe fijar la pena según su prudente arbitrio, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable⁴.

Fue la reforma producida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, la que introdujo dentro del art. 234, en un nuevo apartado 2, una regla especial para permitir que lo que en principio sería una falta de hurto del art. 623.1, por el valor de lo sustraído, se castigase con la misma pena del tipo básico del apartado 1 siempre que, en el plazo de un año, el culpable hubiera realizado cuatro veces esa falta del art. 623.1 y el montante acumulado superase las 50.000 pesetas, que era la cantidad que marcaba entonces la diferencia entre el delito y la falta⁵.

Se volvía así a permitir la conversión de faltas en delito por la reiteración delictiva, con la particularidad de que, por una parte, no se exige que el culpable haya sido previamente condenado y, por otra parte, se tiene en cuenta el valor total de lo sustraído, lo que supone un tratamiento de la reiteración delictiva más cercano al delito continuado. Se establecía así una diferencia no solo con respecto a la tradicional regulación del delito de hurto, sino también con respecto a la regulación de la reincidencia y de la propia multirreincidencia que se incorporaba al CP 1995 en esa misma reforma.

La LO 11/2003, de 29 de septiembre, efectivamente, introducía una nueva circunstancia genérica de reincidencia cualificada o multirreincidencia en el art. 66.1.5^a para los casos en que el autor del delito hubiera sido ejecutoriamente condenado por tres delitos del mismo título del CP, siempre que fueran de la misma naturaleza, permitiendo que en tales casos se impusiera la pena superior en grado y no solo la pena en su mitad superior.

Aunque esta circunstancia de multirreincidencia se configura como una circunstancia genérica común a toda clase de delitos, su incorporación al CP se produce pensando principalmente en los delitos patrimoniales. De hecho, la Exposición de Motivos de esta LO 11/2003, de 29 de septiembre, apela para justificar la reforma a la voluntad de dar una mejor respuesta a la delincuencia que se produce de manera

⁴ Si se repasa la jurisprudencia relativa a la falta de hurto, pueden encontrarse algunas sentencias en las que se tiene en cuenta expresamente la reincidencia para incrementar la pena (SSTS 18 octubre 1999 [ECLI:ES:TS:1999:6434], 22 diciembre 1999 [ECLI:ES:TS:1999:8384], 15 febrero 2000 [ECLI:ES:TS:2000:1086], 17 mayo 2000 [ECLI:ES:TS:2000:3998] y 7 noviembre 2000 [ECLI:ES:TS:2000:8082]), y otras sentencias en las que se hace mención a la reincidencia pero no se llega a agravar la pena (SSTS 15 abril 1999 [ECLI:ES:TS:1999:2499], 24 enero 2000 [ECLI:ES:TS:2000:303] y 10 julio 2001 [ECLI:ES:TS:2001:5962]).

⁵ Sobre la tramitación y el contenido de esta importante reforma, desde una perspectiva crítica, cfr. AGUADO LÓPEZ, 2008, pp. 21-32.

profesionalizada, sobre todo en aquellos casos en los que el delito, por su escasa cuantía, no obtiene una respuesta adecuada.

Con esa reforma de 2003 se modificaba también la pena de la falta de hurto del art. 623.1, cambiando la pena de arresto de 2 a 6 fines de semana por una pena de localización permanente de 4 a 12 días, aunque manteniendo la alternativa de multa de 1 a 2 meses.

Posteriormente, la LO 5/2010, de 22 de junio, reformó el art. 234.2 CP para rebajar de 4 a 3 el número de veces que debía haberse cometido el hurto para poder convertir la falta en delito, manteniendo la exigencia de que el montante acumulado fuera superior a la cantidad de 400 euros, que era la que, tras la reforma producida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, había pasado a marcar la diferencia entre el delito y la falta. Al mismo tiempo, se cambiaba la redacción del art. 623.1 para que en los casos de perpetración reiterada de la falta de hurto se impusiera necesariamente, y no como alternativa, la pena de localización permanente, pudiendo fijarse en la sentencia que ésta se cumpliera en sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado, y reconociendo además que la reiteración delictiva se determinará atendiendo al número de infracciones cometidas y a la proximidad temporal de las mismas, hayan sido o no enjuiciadas.

Finalmente, la reforma del CP producida por LO 1/2015, de 30 de marzo, modificó también de manera sustancial la regulación del delito de hurto, dando lugar a la situación que ahora se ha querido corregir con la nueva reforma de 2022.

En primer lugar, como consecuencia de la supresión de las faltas, el hurto inferior a los 400 euros dejaba de regularse como falta en el art. 623.1 y pasaba a configurarse como tipo atenuado del delito de hurto en el art. 234.2, con una pena de multa ligeramente superior a la que tenía cuando se regulaba como falta: de 1 a 3 meses, en lugar de 1 a 2 meses, eliminando además la pena alternativa de localización permanente y prescindiendo de la referencia a los supuestos de comisión de varios hurtos inferiores a los 400 euros. Conforme a la clasificación de los delitos ofrecida por los arts. 13 y 33 CP tras esta reforma que suprime las faltas, el delito del nuevo tipo atenuado del art. 234.2 sería un delito leve, en lugar de una falta (art. 13.3), mientras que el delito del tipo básico del art. 234.1 sería un delito menos grave (art. 13.2).

En segundo lugar, se introducía una nueva circunstancia de multirreincidencia en el tipo agravado del art. 235.1.7^a, permitiendo castigar el hurto con prisión de 1 a 3 años si el sujeto ha sido condenado ejecutoriamente por al menos tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza y los antecedentes no hubieran sido cancelados o debieran haberlo sido⁶; omitiéndose, no obstante, toda

⁶ Originariamente, en el Proyecto de 2013 lo que se pretendía introducir en este precepto no era una agravante de multirreincidencia, sino una agravante de “profesionalidad”, para los casos en los que el autor actúa “con el ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional” (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 66-1, 4-10-2013). Esta propuesta decayó, no obstante, durante la tramitación parlamentaria tras ser sometida a diferentes enmiendas en el Senado por parte de algunos grupos parlamentarios que

referencia a la cuantía, tanto a la que deben tener los hurtos cometidos como a la que debe alcanzar el montante resultante de la acumulación de los mismos. Esta nueva modalidad del tipo agravado del art. 235 coincide prácticamente en su formulación con la agravante de multirreincidencia en el art. 66.1.5^a, con la particularidad de que en el hurto agravado del art. 235 la pena no llega a ser la superior en grado de la que se recoge en el tipo básico, sino algo más leve, y que además se impone de manera imperativa y no facultativa, según se prevé en el art. 66.1.5^a, en atención a las condenas anteriores y a la gravedad del nuevo delito cometido.

3. Problemas de interpretación anteriores a la reforma del Código Penal producida por la LO 9/2022, de 28 de julio

A raíz de los cambios introducidos por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y como consecuencia de la omisión de toda referencia a la cuantía de lo sustraído en la regulación de la agravación por multirreincidencia, se planteaban desde un primer momento dos problemas de interpretación: el primero sobre la posibilidad de aplicar el tipo agravado del art. 235.1.7^a a los hurtos inferiores a 400 euros y el segundo sobre la posibilidad de computar los hurtos previos inferiores a 400 euros.

Por lo que respecta al primero de estos problemas, la solución a simple vista parece sencilla, pues bastaría acudir a un criterio de interpretación literal o gramatical para entender que cuando el art. 234.2 excluye expresamente la posibilidad de aplicar este tipo atenuado si en el hurto igual o inferior a los 400 euros concurre alguna de las circunstancias del art. 235, está estableciendo la obligación de aplicar también a estos hurtos leves el tipo agravado del art. 235, incluyendo el que se basa en la multirreincidencia (art. 235.1.7^a)⁷.

Ahora bien, partiendo igualmente de una interpretación gramatical, cabría sostener que lo que dice únicamente el art. 234.2 es que si concurren las circunstancias del art. 235 no se podrá imponer la pena de este apartado 2, pero no que se deba imponer la del art. 235; de modo que se podría llegar a la conclusión de que la pena

consideraban que se trataba de una cuestión de peligrosidad criminal que debía abordarse con medidas de seguridad y no con incrementos de pena (BOCG, Senado, núm. 475, 23-2-2015, enmiendas 206 y 624). Se optaba así finalmente por una agravante de multirreincidencia. Cfr., a este respecto, DEL CARPIO DELGADO, 2015, p. 14.

⁷ Debe llamarse la atención sobre el hecho de que en el delito leve de estafa del art. 249.2º CP (estafa inferior a 400 euros) no se hace una previsión parecida, por lo que cabría deducir que no es posible aplicar en estos delitos de estafa el tipo agravado de multirreincidencia del art. 250.1.8º CP. Cfr., en este sentido, LIÑÁN LAFUENTE, 2020, p. 263, haciéndose eco de la STS 3 febrero 2020 (ECLI:ES:TS:2020:203), en la que se llega a esta misma conclusión apelando a la prohibición de interpretaciones analógicas y extensivas en perjuicio del reo, y criticando por ello la posición contraria expresada por la Circular FGE 1/2015, de 19 de junio, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma operada por la LO 1/2015, pp. 18-19.

que debe imponerse en ese caso es la del tipo básico del art. 234.1⁸. Esta interpretación, no obstante, resulta un tanto forzada si se tiene en cuenta lo que dice el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, acerca de la finalidad de la reforma⁹. En el punto XIV del Preámbulo se explica que la reforma de los delitos patrimoniales pretende dar respuesta, entre otros, al problema de la multirreincidencia. En este sentido, se reconoce expresamente la voluntad de que la falta de hurto se convierta en delito leve y de que, no obstante, se excluya la calificación como leve cuando concurra alguna circunstancia de agravación del art. 235. Entre esas circunstancias, además, se destaca de manera especial la relativa a la multirreincidencia, porque “los delinquentes habituales anteriormente eran condenados por meras faltas, pero con esta modificación pueden ser condenados como autores de un tipo agravado castigado con penas de uno a tres años de prisión”.

La combinación de una interpretación gramatical y teleológica parece, por tanto, llevar a la conclusión de que el tipo agravado del delito de hurto, incluyendo el que se basa en la multirreincidencia, podría aplicarse a los hurtos leves¹⁰.

Esta conclusión, sin embargo, plantea un problema de proporcionalidad, pues implica que la agravación se produciría por igual en los hurtos menos graves (superiores a 400 euros) y en los hurtos leves (iguales o inferiores a los 400 euros), obviando la diferente gravedad que el propio legislador reconoce a los delitos de hurto en función del valor de la cosa sustraída¹¹.

De hecho, la propia LO 1/2015, de 30 de marzo, se preocupa de reivindicar el tratamiento diferenciado que con carácter general debe darse a la reincidencia y a la multirreincidencia cuando los delitos tienen menor gravedad, ya se definan como faltas o como delitos leves. Introduce, en este sentido, importantes modificaciones en el CP relativas al tratamiento de la reincidencia y la multirreincidencia que afectan a su posible aplicación a los delitos leves de hurto. Por un lado, en el art. 66.2 se hace ahora una expresa mención a los delitos leves, junto a los delitos imprudentes, con objeto de dejar claro que tampoco en estos delitos leves deberán aplicarse las reglas del apartado 1 sobre la determinación de la pena por la concurrencia de atenuantes o agravantes, incluyendo las relativas a la reincidencia y a la multirreincidencia; como tampoco se venían aplicando, en virtud del art. 638, cuando no eran definidos como delitos leves, sino como faltas. Por otro lado, en la agravante genérica de reincidencia

⁸ En el Proyecto de 2013 la redacción del apartado 2 apuntaba en realidad en ese sentido, pues simplemente se establecía que este tipo atenuado, que estaba previsto para hurtos de “escasa gravedad”, no podría aplicarse si el valor de lo sustraído superaba los 1000 euros (antes de que se redujera a los 400 euros) o si concurría alguna de las circunstancias del art. 235. Cfr., a este respecto, DEL CARPIO DELGADO, 2015, p. 3.

⁹ Considera forzada y descartable esta interpretación JUANATEY DORADO, 2020, p. 19.

¹⁰ De esta opinión, por ejemplo, SOUTO GARCÍA, 2019, p. 3; y CADENA SERRANO, 2019, pp. 3-4 y 9, quien destaca que cuando el legislador quiere evitar saltos punitivos lo hace expresamente, como en el art. 148 CP, cuando reserva la posibilidad de aplicar el tipo agravado a las lesiones del apartado 1 del art. 147 CP, dejando fuera las de los apartados 2 y 3. Cfr., también, Circular FGE 1/2015, pp. 18-19.

¹¹ Cfr., en este sentido, NAVARRO BLASCO, 2015, p. 47; SÁNCHEZ BENÍTEZ, 2020, p. 233; DE VICENTE MARTÍNEZ, 2022, p. 2.

del art. 22.8^a se añade también ahora una salvedad para excluir la posibilidad de computar los antecedentes que correspondan a delitos leves, al igual que se hacía con los antecedentes ya cancelados o que debieran serlo.

En cuanto al segundo problema de interpretación, el relativo a la posibilidad de computar, para castigar la multirreincidencia del art. 235.1.7^a, los hurtos previos inferiores a los 400 euros, la solución también puede parecer sencilla desde el punto de vista gramatical, pues el precepto simplemente exige que el autor hubiera sido condenado ejecutoriamente por al menos tres delitos comprendidos en el mismo Título y de la misma naturaleza, excluyendo solo de este cómputo los antecedentes que hubieran sido cancelados o que debieran haberlo sido; de la misma forma en que se hace en el art. 66.1.5^a cuando se regula la multirreincidencia con carácter general¹².

El problema deriva principalmente de que la propia LO 1/2015, de 30 de marzo, como acaba de verse, modifica la regulación de la agravante genérica de reincidencia del art. 22.8^a para que no se computen los que correspondan a delitos leves, como es el caso de los hurtos inferiores a 400 euros. Aunque es cierto que esta salvedad relativa a los delitos leves no se introduce en la regulación de la multirreincidencia (ni en la regla general art. 66.1.5^a ni en el delito de hurto agravado del art. 235.1.7^a), conforme a una interpretación sistemática puede resultar incoherente que los previos delitos leves no se computen en la reincidencia y sí en la multirreincidencia, pues esta última no deja de ser una reincidencia cualificada, como dice expresamente el art. 66.1.5^a.

La Sala 2^a del TS se ha pronunciado sobre ambas cuestiones, pero no con la misma claridad. La Sentencia de Pleno 28 junio 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2497), que es la que directamente aborda este tema y la que ha definido la línea jurisprudencial posterior, solo llega a una conclusión definitiva sobre la segunda de las cuestiones, la que se refiere a la posibilidad de computar los hurtos inferiores a los 400 euros a la hora de aplicar el hurto agravado por multirreincidencia.

Se enjuiciaba en esta sentencia la responsabilidad de una persona que había intentado hurtar una cosa de valor inferior a los 400 euros y que había sido previamente condenada por varios delitos leves de hurto. El Juzgado de lo Penal n^o 16 de Barcelona había condenado a 8 meses de prisión por tentativa de hurto del tipo agravado por multirreincidencia del art. 235.1.7^a CP y la Sección 6^a de Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente el recurso e impuso una pena de 3 meses de prisión por tentativa de hurto del tipo básico del art. 234.1. El Ministerio Fiscal sostuvo que

¹² A tal conclusión llegaba la Circular FGE 1/2015, pp. 18-19, cuando después de recordar que los delitos leves no pueden computar a efectos de la agravante genérica de reincidencia del art. 22.8^a CP, afirmaba que “el delito leve, sin embargo, sí puede integrar ciertos subtipos agravados previstos en delitos contra el patrimonio como el hurto (art. 235.1.7^o CP), la estafa (art. 250.1.8^o CP), la administración desleal y la apropiación indebida (arts. 252 y 253 CP por remisión al art. 250.1.8^o CP) pues estos, que instituyen tipos penales especiales cualificados, no hacen distinción entre delitos leves y delitos menos graves, y sólo excluyen los antecedentes cancelados o susceptibles de cancelación”. En sentido parecido, CADENA SERRANO, 2019, pp. 2-3.

no hay duda acerca de la posibilidad de aplicar el tipo agravado aun cuando el delito de hurto cometido sea el hurto leve del apartado 2 del art. 234 y aunque los delitos previos sean igualmente hurtos leves de ese apartado 2. La interpretación gramatical de los arts. 234 y 235 no deja, a su juicio, espacio para la confusión, y además se ve reforzada por una interpretación teleológica y sociológica basada en la explicación ofrecida por el legislador en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que modifica ambos preceptos. En ningún caso, dice el Ministerio Fiscal, tendría sentido aplicar el tipo básico del art. 234.1, como hizo la AP Barcelona; aspecto este último que es confirmado por el TS en su sentencia (FJ 2º).

El TS, no obstante, se muestra en cierto modo comprensivo con la solución de la AP porque, en su opinión, resulta “sustancialmente desproporcionado” que se pueda pasar del tipo atenuado del art. 234.2 (castigado como máximo con multa de 3 meses) al tipo agravado del art. 235.1.7 (castigado con pena de prisión de hasta 3 años), saltándose el tipo intermedio que sería el tipo básico del art. 234.1. Esa desproporción, añade el TS, es especialmente grave cuando se basa solo en la circunstancia de reincidencia (multirreincidencia), pues, a diferencia de otras circunstancias del art. 235.1, la reincidencia no atiende a nuevos hechos del delito, sino a hechos anteriores. El delito cometido de manera reincidente no tiene, desde este punto de vista, un mayor contenido de injusto¹³.

Reconoce el TS que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 150/1991, de 4 de julio (ECLI:ES:TC:1991:150), ha manifestado que la agravante de reincidencia ni supone una vulneración de la prohibición de *bis in idem* ni atenta necesariamente contra el principio de culpabilidad. Recuerda también que, según el TC, el juicio sobre la proporcionalidad de la pena es competencia del legislador, que puede fijar la pena en función de los objetivos que persiga desde el punto de vista político criminal, aunque respetando los derechos fundamentales de la persona y sin incurrir en una desproporción que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la personas o el principio de culpabilidad derivado de ella; algo que no puede extraerse sin más, dice el TC, de la apreciación de una agravante de reincidencia. Ello, entiende el TS, no es óbice, sin embargo, para que los tribunales descarten aquellas interpretaciones que se encuentren “al borde de los límites de la proporcionalidad punitiva”, hasta el punto, añade, que la jurisprudencia constitucional recomienda a los tribunales acudir a sentencias interpretativas acordes a los principios constitucionales para “solventar las deficiencias gramaticales de la norma sin necesidad de acudir a la solución drástica de anular un precepto por razones de inconstitucionalidad” (FJ 3º).

¹³ Al castigar la reincidencia, dice el TS, se está atendiendo más a razones de peligrosidad que a la reprochabilidad de la conducta, por lo que debería afrontarse con medidas de seguridad, recordando a este respecto la jurisprudencia del TS, recogida inicialmente en la STS 6 abril 1990 (ECLI:ES:TS:1990:14936), que considera que la agravación por reincidencia no debería superar el límite de la pena que resulte adecuado a la gravedad de la culpabilidad por el hecho cometido (FJ 3º).

A partir de ahí, el TS llega a la conclusión de que en este caso concreto se debería castigar por el tipo atenuado del art. 234.2 en lugar de por el tipo agravado del art. 235.1.7^a, pero lo justifica no tanto por la imposibilidad de que al tipo atenuado del hurto leve se le aplique el tipo agravado, como por la imposibilidad de computar los hurtos leves a la hora de fundamentar la multirreincidencia. De hecho, el argumento relativo a la falta de proporcionalidad se combina con un argumento sistemático basado en la regulación de la reincidencia como agravante genérica en el art. 22.8^a, que como se ha visto excluye del cómputo los antecedentes que correspondan a delitos leves¹⁴.

Menciona también el TS, como “argumento complementario y secundario”, el particular tratamiento que se le ha dado tradicionalmente a las faltas, ahora convertidas en delitos leves, y que se refleja en normas como el actual art. 66.2, que excluye estos delitos de las normas generales de aplicación de las penas. No obstante, no llega el TS a explicar si tal argumento debería llevar a excluir la aplicación del tipo agravado del art. 235.1.7^a cuando, a pesar de que los delitos de hurto anteriores fueran menos graves, en lugar de leves, el hurto cometido es de carácter leve (FJ 3^o).

En el Voto Particular de esta sentencia se llama también la atención sobre la falta de concreción con la que se expresa la sentencia acerca de la posibilidad de aplicar el tipo agravado de multirreincidencia a los delitos leves. Sostiene, no obstante, que “aunque la sentencia no lo identifica abiertamente, su propia argumentación parece adelantar cuál sería el criterio jurisprudencial que complementaría el supuesto. En la eventualidad en que los tres delitos precedentes sí tuvieran la consideración de menos graves, pero el delito sometido a enjuiciamiento fuera un delito leve, la argumentación de la Sala parece sustentar que tampoco resultaría de aplicación el art. 235.1.7 CP”. Y ello, dice el Voto Particular, porque siguiendo el razonamiento de la sentencia también en este supuesto se estaría dando un salto cualitativo en la pena tomando como referencia la mera reiteración delictiva, además de que el art. 66.2 excluye la posibilidad de que la reincidencia o la multirreincidencia condicionen normativamente la pena de los delitos leves.

En cualquier caso, el Voto Particular critica estas conclusiones. Por una parte, porque el juicio de proporcionalidad sobre la pena es una potestad que corresponde al legislador y sobre la que este goza de un amplio margen de libertad, como ha declarado el TC. Por otra parte, porque la regulación de los arts. 234 y 235 es suficientemente clara desde el punto de vista gramatical y teleológico; no habiendo ningún problema ni para aplicar el tipo agravado del delito de hurto a los hurtos leves ni para valorar la multirreincidencia de este tipo agravado computando los hurtos leves cometidos con anterioridad.

¹⁴ La combinación de ambos argumentos, el de la proporcionalidad y el de la literalidad del art. 22.8^a CP, avalaría la idea, no manifestada expresamente en la sentencia, de que la exclusión del cómputo de los delitos leves sólo se establece para los casos en que a su vez el hurto enjuiciado es también un hurto leve. A la misma conclusión llega JUANATEY DORADO, 2020, p. 28, reconociendo la ambigüedad de la sentencia en este punto.

Hay que reconocer que, si bien el hecho de agravar o computar por igual los delitos menos graves y los delitos leves puede resultar desproporcionado, no parece que tal desproporción sea suficiente para priorizar una interpretación de los arts. 234 y 235 que corrija la literalidad y finalidad de la norma. No está claro que ese salto penológico de la pena del delito del art. 234.2 a la pena del delito del art. 235 implique una desproporción de tal entidad que vulnere los límites constitucionales, que es el supuesto en el que el TC sugiere a los tribunales optar por una interpretación que sea más acorde con el principio de proporcionalidad.

El TS combina por ello el criterio de la proporcionalidad con argumentos de carácter estrictamente sistemáticos. De un lado, alude sucintamente a que el art. 66.2 excluye la aplicación a los delitos leves de las reglas sobre reincidencia y multirreincidencia y, de otro, señala que el art. 22.8^a impide fundamentar la reincidencia computando los antecedentes que se correspondan con delitos leves. El problema es que incluso con esta interpretación sistemática es difícil desplazar una interpretación gramatical y teleológica, sobre todo en relación con la primera cuestión, pues a pesar de la excepción que establece el art. 66.2 con carácter general, es evidente la apuesta del legislador de 2015 por una regulación específica de la multirreincidencia en los delitos leves de hurto, y no parece derivarse ninguna antinomia sistemática de esta regulación, como tampoco parece existir ninguna deficiencia gramatical. De hecho, el TS no llega a pronunciarse sobre esta cuestión con la misma contundencia que lo hace con respecto a la segunda. En lo que se refiere a la segunda cuestión, sobre el cómputo de los delitos leves en la multirreincidencia, la interpretación gramatical y teleológica es desde luego menos concluyente, de manera que una interpretación sistemática como la que propone el TS resulta más plausible. Es verdad que el art. 235.1.7^a, al igual que el art. 66.2, no recoge expresamente la salvedad que se introduce en el art. 22.8^a, pero a diferencia de lo que sucede con el art. 234.2, ni se hace explícita la excepción con respecto a la regla general ni se hace ninguna afirmación en tal sentido en el Preámbulo que explica la reforma. La interpretación sistemática del TS en el sentido de que los delitos de hurto leve deben quedar fuera del cómputo de la multirreincidencia no solo es más acorde con el principio de proporcionalidad, sino que además resulta menos forzada desde un punto de vista gramatical y teleológico¹⁵.

Sea como fuere, en sentencias posteriores se fue confirmando este criterio fijado en la STS 28 junio 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2497) sobre la imposibilidad de computar los hurtos inferiores a los 400 a la hora de aplicar el art. 235.1.7 CP¹⁶, pero no se

¹⁵ Valora también positivamente esta solución, por semejantes razones, JUANATEY DORADO, 2020, p. 26. Se muestra crítica, en cambio, por considerarla contraria a la finalidad expresamente reconocida por el legislador de 2015, SOUTO GARCIA, 2019, pp. 9-11.

¹⁶ Cfr. SSTS 17 julio 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3031), 27 septiembre 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3489), 24 octubre 2018 (ECLI:ES:TS:2018: 3690), 21 noviembre 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3901), 5 febrero 2019 (ECLI:ES:TS:2019:326), 12 noviembre 2019 (ECLI:ES:TS:2017:3688), 15 septiembre 2021

llegó a descartar la aplicación de este tipo agravado en los casos en que el hurto enjuiciado es inferior a los 400 euros¹⁷.

No obstante, dado que buena parte de los hurtos que se cometen de forma reincidente o multirreincidente son inferiores a 400 euros, la interpretación del TS venía a limitar considerablemente la posibilidad de agravar la pena del delito de hurto en caso de multirreincidencia. Teniendo en cuenta, además, que la reforma de 2015 había derogado el párrafo 2º del art. 234 CP, que permitía imponer la pena del tipo básico del delito de hurto cuando en el plazo de un año se cometen tres faltas de hurto, esta interpretación del TS suponía dejar de dar un tratamiento penal específico a la reiteración o la habitualidad en la comisión de hurtos inferiores a 400 euros.

De hecho, la Fiscalía General del Estado, en su Memoria de 2020, decía a este respecto que la interpretación ofrecida por los tribunales al art. 235.1.7ª CP podía “haber frustrado la finalidad perseguida por el legislador, pues en la actualidad el tratamiento punitivo ofrecido a quienes habitualmente ejecutan delitos leves de hurto resulta menos severo que el que se venía ofreciendo con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”¹⁸. Ante esta situación, la propia FGE, en esa misma Memoria, manifestaba que “parecería 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”.

Por su parte, diversos agentes sociales, especialmente los representantes empresariales de los sectores del comercio, la restauración y el turismo, así como algunos ediles municipales, venían defendiendo en los últimos tiempos la necesidad de reformar nuevamente el CP para incrementar las penas del delito leve de hurto en caso de

(ECLI:ES:TS:2021:3316). No han faltado, sin embargo, sentencias de tribunales inferiores criticando esta sentencia o mostrando su apoyo al Voto Particular. Cfr., por ejemplo, SAP B 20 enero 2020 (ECLI:ES:APB:2020:932), SAP B 13 octubre 2020 (/ ECLI:ES:APB:2020:10761).

¹⁷ Dice la SAP B 26 junio 2020 (ECLI:ES:APB:2020:14564) que la cuestión sobre si el hurto leve, inferior a los 400 euros, puede ser castigado por el tipo agravado del art. 235.1.7ª no está respondida en la STS 28 junio 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2497), pero que al no haberse excluido expresamente esa posibilidad, y teniendo en cuenta que esa misma sentencia se refería a un caso de hurto leve inferior a los 400 euros en el que bien podía haberse manejado ese argumento, es posible concluir que no hay problema en aplicar el tipo agravado cuando el hurto cometido es leve. Según esta sentencia de la AP Barcelona, ello habría sido ya reconocido por el propio TS en su Sentencia 12 noviembre 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3688), que permitió aplicar el tipo agravado en un hurto inferior a los 400 euros. Afirma en este mismo sentido la SAP B 23 diciembre 2020 (ECLI:ES:APB:2020:14098) que “no excluye el criterio del Pleno del Tribunal Supremo que estos antecedentes por delitos menos graves operen para la aplicación del tipo hiperagravado cuando el hecho enjuiciado sea un delito leve, como ocurre en el caso que nos ocupa”, afirmando igualmente que ya el TS habría ratificado este criterio en la referida Sentencia 12 noviembre 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3688). No obstante, en esta última sentencia el TS tampoco se pronuncia expresamente sobre esta cuestión, y aunque es cierto que el hurto enjuiciado en la misma era inferior a los 400 euros, la argumentación que se utiliza para confirmar la condena por el art. 235.1.7ª se centra solo en la posibilidad de computar los hurtos anteriores por ser varios de ellos superiores a los 400 euros.

¹⁸ Cap. VI.2. Cfr., también, DE VICENTE MARTÍNEZ, 2022, p. 6, afirmando que con su Sentencia de 2017 el TS parecía haber puesto a “una gran mayoría de operadores jurídicos en su contra”.

multirreincidencia¹⁹. Advierten, en este sentido, de la frecuencia con la que los hurtos leves son cometidos por autores reincidentes que de alguna manera se profesionalizan en la comisión de estos delitos y para los que la pena de multa no resulta suficientemente disuasoria²⁰.

Estas son también las reivindicaciones de las que han partido expresamente algunos grupos parlamentarios para proponer la reforma tanto de la regulación de la reincidencia y de la multirreincidencia con carácter general, como de la regulación del delito leve de hurto del art. 234.2.

Así, por ejemplo, en esta XIV Legislatura, el Grupo Parlamentario Plural presentaba el 28 de mayo de 2021 una Proposición de Ley Orgánica de reforma del Código Penal para elevar las penas en los supuestos de reincidencia y multirreincidencia en la comisión de delitos leves de hurto²¹. Por una parte, proponía reformar, dentro de la Parte General, los arts. 22.8^a y 66.2 para suprimir en ambos preceptos la referencia a los delitos leves, de tal manera que se puedan computar en la reincidencia y pueden ser sometidos a la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena en caso de concurrir circunstancias agravantes. Por otra parte, proponía una nueva redacción del art. 234.2 para permitir que en los hurtos inferiores a 400 euros se imponga la pena del tipo básico “cuando el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente por un delito leve de hurto”²². Al especificarse que solo en este caso de reincidencia procedería aplicar la pena del tipo básico, se viene a decir que en los demás supuestos de hurtos inferiores a los 400 euros a los que alude el art. 234.2, que son aquellos en los que concurren las circunstancias del art. 235, incluyendo el supuesto de la multirreincidencia, no se podrá aplicar la pena de multa del art. 234.2, ni la pena de prisión de 6 a 18 meses del tipo básico del art. 234.1, sino solo la del tipo agravado del art. 235. Por otra parte, al modificarse el art. 22.8^a para permitir computar en la reincidencia los delitos leves y hacerse explícito en el art. 234.2 que en caso de previa comisión de un hurto leve se agravará la pena, se hace más fácil

¹⁹ Reivindicación a la que se sumaba la Fiscal jefa de Barcelona (El Periódico, 22/7/2019) y la Asociación de Fiscales (La Vanguardia, 2/9/2019). Desde este ámbito de la fiscalía, había de hecho quien reconocía que la aplicación del tipo agravado del art. 235.1.7 no planteaba problemas de proporcionalidad en el caso de los hurtos leves, atendiendo a la intensidad de pena necesaria para proteger el bien jurídico, la inexistencia de instrumentos alternativos menos gravosos que sean suficientes para esa finalidad o incluso la correspondencia entre la entidad del delito y la dimensión aflictiva de la pena. Cfr., en este sentido, CADENA SERRANO, 2019, p. 10.

²⁰ Cfr., por ejemplo, el “Documento de posición sobre el hurto multirreincidente en el comercio en España” elaborado por la CEOE (2019) o la “Propuesta” de Proposición de Ley realizada por Foment del Treball Nacional (2019). Sobre las preocupaciones y reivindicaciones de algunos ediles como los de Barcelona o Mataró, vid., por ejemplo, La Vanguardia, 19/7/2019, El Periódico 7/7/2020.

²¹ BOCG, Congreso de los Diputados, serie B, núm. 168-1, 28-05-2021.

²² Concretamente, la redacción que se propone para este art. 234.2 es la siguiente: “Se impondrá la pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediese de los 400 euros, salvo si concurriese alguna de las circunstancias del art. 235 o, no concurriendo las mismas, cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente por un delito leve de hurto, en cuyo último caso se le impondrán las penas señaladas en el apartado 1 de este artículo”.

llegar a la conclusión de que es posible computar estos hurtos leves también para la multirreincidencia, dando lugar en tal caso a la aplicación del tipo agravado del art. 235.1.7^a, que es precisamente el objetivo de la reforma que se propone en esa Proposición de Ley Orgánica.

Poco tiempo después, el 18 de junio de 2021, el Grupo Parlamentario Vox presentaba también una Proposición de Ley Orgánica de reforma del Código Penal en relación con la agravante de multirreincidencia en el delito leve de hurto²³. En ella se pretendía modificar únicamente el art. 235.1.7^a para dejar claro que tal modalidad agravada “será igualmente aplicable a los delitos leves de hurto, sin sujetarse en ningún caso a las reglas prescritas en los artículos 22.8 y 66 del presente Código”.

El contenido de la Proposición de Ley Orgánica del Grupo Parlamentario Plural coincide con el de algunas enmiendas que este mismo Grupo fue presentando después en diversas iniciativas legislativas²⁴, incluida la que dio lugar a la LO 9/2022, de 28 de julio, con la que se produce finalmente la reforma del art. 234.2 CP, con una nueva redacción resultante de una transacción con el Grupo Socialista²⁵.

En su nueva redacción, se modifica solo el art. 234.2 y se hace en unos términos diferentes a los previstos en la enmienda inicial: 1^o) se agrava la pena de los delitos leves de hurto solo en caso de multirreincidencia, requiriendo que el autor haya sido condenado al menos por tres delitos de la misma naturaleza, 2^o) se exige que el montante acumulado de las infracciones supere los 400 euros, y 3^o) se opta por una menor agravación de la pena, haciéndose una remisión a la pena del tipo básico del art. 234.1 (prisión de 6 a 18 meses) en lugar de a la pena del tipo agravado del art. 235 (prisión de 1 a 3 años).

Para justificar la reforma, en el Preámbulo se alude a la voluntad de “dar una respuesta adecuada a los casos de multirreincidencia”, explicando que la jurisprudencia del TS ha traído como consecuencia 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”.

4. La multirreincidencia como motivo de agravación de la pena

Agravar la pena por el mero hecho de que el autor haya reincidido en la comisión del delito es algo que provoca reticencias no solo en el TS, como se ha podido comprobar al comentar la STS 28 junio 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2497), sino también en

²³ BOCG, Congreso de los Diputados, serie B, núm. 171-1, de 18/06/2021.

²⁴ Por ejemplo, en la Proposición de Ley Orgánica de modificación del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 179-4, de 23-5-2022).

²⁵ BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 99-3, de 08/06/2022.

un amplio sector de la doctrina, que considera que la reincidencia no debería agravar la pena²⁶.

Incluso el TC, cuando reconoce su conformidad con la Constitución, se ve obligado a hacer algunas advertencias sobre su posible uso desproporcionado. Y es que, efectivamente, junto a las críticas que pueden hacerse desde el punto de vista político-criminal, se ha llegado a poner en duda la propia constitucionalidad de la agravación de la pena por reincidencia²⁷. Sin ánimo de exhaustividad, y dejando ahora al margen otros argumentos que pueden considerarse secundarios, la constitucionalidad de esta agravante suele ser cuestionada por tres razones principalmente: 1) por suponer un *bis in idem*, 2) por vulnerar el principio de culpabilidad por el hecho y 3) por no respetar el principio de proporcionalidad.

En realidad, como viene a sostener en última instancia el Tribunal Constitucional en la ya mencionada Sentencia 150/1991, de 4 de julio (ECLI:ES:TC:1991:150), es solo el argumento basado en la falta de proporcionalidad el que podría servir, en su caso, para deslegitimar jurídicamente este motivo de agravación de la pena, y solo una vez alcanzado un grado inaceptable de desproporción²⁸.

En esa STC 150/1991, de 4 de julio, como es sabido, se descarta que la agravación por reincidencia vulnere el principio *ne bis in idem* y, con ello, el principio de legalidad penal del art. 25.1 de la Constitución, argumentando que no se trata de castigar de nuevo los hechos anteriores, sino tan solo de tenerlos en cuenta al valorar y sancionar el delito posterior (FJ 9º).

Aunque la expresión “tenerlos en cuenta” adolece de cierta imprecisión, cabe entender que lo determinante es poder llegar a la conclusión de que la comisión del delito previo o, más exactamente, el hecho de haber sido condenado por un delito previo, de la misma naturaleza, añade algún elemento de reproche al delito posterior. Las distintas teorías que la doctrina ha venido utilizando para fundamentar la reincidencia se caracterizan precisamente por tratar de identificar ese aspecto adicional

²⁶ Cfr., por ejemplo, con más referencias, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 1999, pp. 196-198 y 333-336; GUIASOLA LERMA, 2008, pp. 63-93; MONGE FERNÁNDEZ, 2009, pp. 134-138; y SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, 2013, pp. 97-148, pp. 104-111. Por lo que se refiere concretamente a los delitos patrimoniales, afirmando que no hay ninguna fundamentación convincente ni de la reincidencia ni de la conversión de faltas en delito, AGUADO LÓPEZ, 2008, p. 54. El propio legislador, en la Exposición de Motivos de la LO 1/1983, de 25 de junio, que derogaba la circunstancia de multirreincidencia, decía que tal circunstancia, “de por sí contraria al principio «non bis in idem», puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una sola ocasión, se ha mostrado además como poco eficaz solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva” y que “a ello se une la intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal de castigo previsto para la concreta figura del delito, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho”.

²⁷ Sobre los diferentes argumentos utilizados para ello, cfr., en detalle, AGUADO LÓPEZ, 2008, pp. 65 y ss., llegando a la conclusión de que, por varias razones, tal agravación por reincidencia debe considerarse inconstitucional.

²⁸ No porque haya un grado de desproporcionalidad aceptable, sino porque hay un grado de desproporcionalidad interpretable que no se puede considerar inconstitucional. Cfr., a este respecto, MIR PUIG, 1993, p. 1148.

del nuevo delito que justifica la agravación. En cualquier caso, lo cierto es que no solo el TC, sino tampoco el TS parece apreciar en esta agravación un posible *bis in idem*²⁹.

La siguiente cuestión es si, al margen del posible *bis in idem*, resulta constitucionalmente aceptable tomar en consideración ese aspecto relacionado con el delito ya sancionado para fundamentar la agravación en caso de reincidencia. Es aquí donde se plantea la posible vulneración del principio de culpabilidad por el hecho, que es sobre la que advierte la STS 28 junio 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2497), remitiéndose a la línea jurisprudencial establecida en la STS 6 abril 1990 (ECLI:ES:TS:1990:14936). En esta última sentencia, el TS se pronuncia sobre la constitucionalidad de la agravante de reincidencia regulada en los arts. 10.15 y 66.2^a CP 1944 –texto refundido 1973–, centrandó la atención precisamente en el principio de culpabilidad por el hecho que se deriva de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y la paz social, reconocidos en el art. 10 de la Constitución. La agravante de reincidencia puede resultar inconstitucional, dice el TS, cuando la pena sea “establecida tomando en cuenta la culpabilidad de hechos anteriores ya sancionados o la personalidad del hecho exteriorizada por hechos punibles cometidos en el pasado y que ya han sido motivo de sanción”. Para evitarlo, añade, es necesario que la agravación de la pena basada en la reincidencia no supere el límite o la medida determinada por la gravedad de la culpabilidad por el hecho. La consecuencia práctica de tal consideración afecta al automatismo de la aplicación del art. 61.2^a, que obliga a imponer la pena en su grado medio o máximo cuando concurre cualquier circunstancia agravante³⁰. Explica el TS que cuando, sin tomar en cuenta la conducta anterior ni los pronósticos de conducta desfavorables para el futuro, la gravedad de la reprochabilidad por el hecho “no alcance para justificar la aplicación del grado medio o máximo, el Tribunal no deberá agravar la pena, fundándose en la reincidencia, por encima de la que resulte de la gravedad de dicha reprochabilidad” (FJ 1^o)³¹. En esta sentencia, sin embargo, no se llega a la conclusión de que agravar la pena por reincidencia vulnera el princi-

²⁹ Cfr. por ejemplo, STS 5 febrero 1993 (ECLI:ES:TS:1993:10159), confirmando la tesis del TC y vinculándola a su propia doctrina sobre la posibilidad de aplicar la reincidencia solo si la pena no supera la merecida por la gravedad de la culpabilidad por el delito cometido.

³⁰ Tras la reforma del art. 61.2 CP 1944 -texto refundido 1973- introducida por la LO 8/1983, de 25 de junio, la concurrencia de una circunstancia agravante no obliga a imponer la pena en el grado máximo del marco punitivo, sino en el grado medio o máximo.

³¹ Se desarrolla algo más este planteamiento en la STS 5 julio 1991 (ECLI:ES:TS:1991:7555), donde se viene a reconocer que la reincidencia no afecta a la culpabilidad porque se centra en razones de prevención especial basadas en el pronóstico desfavorable de conducta. En consecuencia, para no ir más allá del límite de la culpabilidad por el hecho, la reincidencia solo podría operar dentro del grado de pena determinado conforme a la culpabilidad. Tal interpretación, sin embargo, como se indica en el texto, no solo contradice lo establecido en el art. 61. 2^a CP 1973, sino que no descarta que se pueda tomar en consideración la reincidencia para agravar la pena al margen de la culpabilidad por el hecho.

pio de culpabilidad por el hecho, sino que se opta por restringir su aplicación, sometiendo a ciertos límites, aunque sea corrigiendo la literalidad del art. 61.2ª CP 1973³².

El TC, en la mencionada Sentencia 150/1991, de 4 de julio (ECLI:ES:TC:1991:150), aunque descarta que la agravación por reincidencia pueda vulnerar el principio de culpabilidad, reconoce que partiendo de este principio se debería considerar ilegítimo “un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos” (FJ 4º).

La cuestión es, por tanto, si puede afirmarse categóricamente que la reincidencia es solo un aspecto vinculado a la personalidad del autor, que en modo alguno puede aportar mayor gravedad al hecho delictivo y que, en consecuencia, queda necesariamente al margen del juicio de culpabilidad por el hecho; algo que está lejos de ser evidente, con independencia de que se pueda abogar por su supresión con otro tipo de argumentos³³.

En cualquier caso, como se ha visto, la voluntad del TS no es descartar la posibilidad de tomar en consideración la reincidencia para agravar la pena, sino limitar su aplicación para que esa agravación no resulte desproporcionada en comparación con la responsabilidad o culpabilidad por el hecho³⁴.

El argumento de la posible desproporción es el único que el TC, en su Sentencia 150/1991, de 4 de julio, reconoce que puede llegar a poner en duda la constitucionalidad de la agravante de reincidencia. Ello, explica, solo ocurriría cuando entre el hecho punible y la pena establecida por el legislador “exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella”; algo “que no cabe extraer, en todo caso y necesariamente, de la apreciación de la circunstancia de reincidencia”. La eventual vulneración del principio de culpabilidad se produciría, por tanto, por alcanzar un grado de desproporción de cierta entidad. Por lo demás, afirma el TC, el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, “tanto en lo que se refiere a la previsión en general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal” (FJ 4º).

Con independencia de lo complicado que pueda ser identificar en abstracto el punto a partir del cual la desproporción de la pena con el hecho delictivo alcanza esa

³² La criticó, por ello, en su momento MIR PUIG, 1993, pp. 1140-1143.

³³ Cfr., en este sentido, MIR PUIG, 1993, pp. 1146-1148.

³⁴ De hecho, cuando esta misma STS 6 abril 1990 (ECLI:ES:TS:1990:14936) concluye diciendo que basta con aplicar esta solución para superar las objeciones de constitucionalidad, añade que “dado que la pena no será desproporcionada respecto de la culpabilidad por el hecho, no cabe pensar en la vulneración del art. 15 de la Constitución Española”.

entidad incompatible con la Constitución, lo que parece evidente, teniendo en cuenta el amplio margen de actuación que le reconoce el TC al legislador, es que las interpretaciones restrictivas defendidas por el TS en relación con la regulación de la reincidencia no se encuentran constitucionalmente justificadas. La regulación establecida en el art. 61.2 CP 1944 –texto refundido 1973–, conforme al cual, en caso de reincidencia, deberá imponerse la pena en su grado medio o máximo, dentro del marco de pena del correspondiente delito, no supone una respuesta penal desproporcionada. Como tampoco lo es la regulación por la que optó el CP de 1995 al establecer en el art. 66.1.3^a que, en caso de concurrir una circunstancia agravante, incluida la de reincidencia, se impondrá la pena en su mitad superior. Si lo que se pretende es que la pena no se fundamente únicamente en la peligrosidad del autor, bien podría tomarse como referencia el límite máximo de la pena prevista en cada delito. La misma STC 150/1991, de 4 de julio, al confirmar la compatibilidad de la agravación por reincidencia con el principio de proporcionalidad, destaca que esta agravación debía ser aplicada por los tribunales “únicamente dentro de unos límites fijados por cada tipo penal concreto y su respectiva sanción; es decir, para determinar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena”. Más dudoso puede ser, precisamente por esta última explicación ofrecida por el TC, el caso de la agravación por multirreincidencia que la LO 11/2003, de 29 de septiembre, introdujo en el art. 66.1.5^a CP, que admite la posibilidad de imponer la pena superior en grado y sobre la que no pudo pronunciarse expresamente el TC en su sentencia de 1991³⁵. Con todo, una vez que se descarta que la agravación por reincidencia sea en sí misma contraria al principio de culpabilidad por el hecho y su constitucionalidad se hace depender de un juicio de proporcionalidad para el que el legislador tiene tan amplio margen de actuación, es difícil afirmar que tal agravación resulta inconstitucional.

No obstante, que una sanción penal se mantenga en los límites constitucionales, no significa que no pueda ser cuestionada si se aleja de los principios que inspiran nuestro Derecho penal. Aceptada, dentro de unos límites, la constitucionalidad de la agravante de reincidencia o multirreincidencia, el siguiente paso es valorar si esta circunstancia resulta adecuada en términos dogmáticos y político-criminales, y para ello lo primero es indagar sobre su posible fundamentación; esto es, sobre las razones por las que la reincidencia puede justificar una mayor sanción penal.

De entre las diferentes razones que, según la doctrina, podrían justificar la agravación de la pena en caso de reincidencia, destacan las que se basan en la mayor gravedad del hecho y las que se centran en la peligrosidad del autor.

³⁵ Cfr., en este sentido, llamando la atención sobre la sombra de inconstitucionalidad que planea sobre la multirreincidencia, PUENTE RODRÍGUEZ, 2012, pp. 189-190; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, 2013, p. 119. Cfr., también, cuestionando abiertamente su constitucionalidad por quebrar el principio de proporcionalidad valorado en la STC 150/1991, de 4 de julio, LIÑÁN LAFUENTE, 2020, pp. 258-359.

La mayor gravedad del hecho, como ha señalado un sector de la doctrina, puede deducirse del especial desprecio o la especial desconsideración que con la conducta reincidente se manifiesta hacia el bien jurídico protegido³⁶. Es este un aspecto que, aun teniendo carácter subjetivo, forma parte del hecho delictivo, trasciende el fuero interno del individuo y no representa simplemente un rasgo o una cualidad personal del autor. Sin embargo, es también un aspecto que, en un ordenamiento jurídico que valore la libertad individual, debería resultar marginal. En tanto que el desprecio mostrado no se convierta de alguna forma en una mayor amenaza hacia el bien jurídico protegido, es un aspecto que debería tener menos relevancia que otros aspectos que inciden materialmente en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Es comprensible por ello que el TS llame la atención sobre el diferente tratamiento que puede merecer la reincidencia o la multirreincidencia en comparación con otras circunstancias del art. 235 CP que agravan el delito de hurto. La agravación fundamentada en ese concreto aspecto de la reincidencia debería, por principio, tener un alcance más limitado³⁷.

La mayor peligrosidad del autor es otra de las principales razones que suelen mencionarse para justificar la necesidad de dar a la reincidencia una específica respuesta penal. La reiteración delictiva, sobre todo en caso de multirreincidencia, puede ser la manifestación de una especie de profesionalización delictiva que resulte peligrosa y merezca por ello una concreta respuesta penal. A este respecto, no obstante, conviene hacer dos apreciaciones: la primera es que la peligrosidad del autor no es algo que deba deducirse automáticamente de la reincidencia o, incluso, de la multirreincidencia³⁸; la segunda es que, en un sistema dualista como el español, la peligrosidad criminal del sujeto no debería dar lugar a una agravación de la pena, sino a la aplicación de una medida de seguridad³⁹. En relación con esta segunda cuestión, es importante, además, evitar un fraude de etiquetas que conduzca a que, bajo la forma de una medida de seguridad, se agrave de manera desproporcionada la respuesta penal; y una buena manera de evitar una respuesta desproporcionada es que la duración de la medida no se extienda más allá del tiempo establecido para la pena⁴⁰.

³⁶ MIR PUIG, 1974, pp. 537-546.

³⁷ Hay, en este sentido, quienes no descartan por completo su toma en consideración, pero abogan por una aplicación restrictiva de la misma para que tenga carácter potestativo o se tenga en cuenta junto al resto de circunstancias personales en la individualización judicial de la pena. Cfr., por ejemplo, con más referencias, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 1999, pp. 334-336 y 381; GUIASOLA LERMA, 2008, p. 136.

³⁸ Cfr., en este sentido, diferenciando entre el concepto jurídico de reincidencia y el concepto criminológico de habitualidad o profesionalidad, RODRÍGUEZ MOURULLO, 1972, pp. 293-294. Cfr., también, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 1999, pp. 346 y 368; MONGE FERNÁNDEZ, 2009, pp. 109-111.

³⁹ Lo que para un sector de la doctrina sería la respuesta adecuada en los casos de reincidencia o multirreincidencia, y solo en caso de que efectivamente tal reincidencia sea síntoma o indicio de peligrosidad. Cfr., en este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, 1972, pp. 298-303; afirmando que no puede producirse una agravación de la pena fundamentada en la peligrosidad. Cfr., también, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 1999, pp. 372 y ss.; MONGE FERNÁNDEZ, 2009, pp. 134-139.

⁴⁰ Cfr., MARAVER GÓMEZ, 2019, pp. 1472-1476., con más referencias. Cfr., también, proponiendo que el tratamiento de la peligrosidad en los delincuentes imputables peligrosos se lleve a cabo durante la ejecución

Así pues, ni en atención a la gravedad del hecho ni en atención a la mayor peligrosidad del autor puede considerarse adecuada una agravación genérica de la pena basada en la reincidencia o en la multirreincidencia; sobre todo cuando esa agravación, como en el caso del multirreincidencia del art. 66.1.5ª CP, permite llegar a la pena superior en grado.

Por lo que se refiere, sin embargo, a la agravación por multirreincidencia que se establece de manera específica para los delitos leves de hurto, la valoración puede ser parcialmente distinta. Y ello porque, en este caso, debido a las características que presentan estos delitos, la multirreincidencia puede resultar especialmente desaprobada y merecedora de una mayor respuesta penal. La reiteración delictiva en estos delitos no supone simplemente un mayor desprecio hacia el bien jurídico protegido o una mayor peligrosidad personal del autor del delito, sino que es la manifestación del particular riesgo de reiteración que, por diversos motivos, encierran estos delitos. Entre esos motivos se encuentra, por ejemplo, la menor pena que llevan aparejada los delitos leves de hurto como consecuencia de la menor gravedad de la conducta. La pena de multa prevista en estos delitos puede no ser suficientemente disuasoria para prevenir el riesgo de reiteración delictiva. Esto es algo característico de ciertos delitos, como los patrimoniales, en los que existe una llamativa diferencia entre la gravedad del delito que se basa en el ataque que se produce al bien jurídico con la conducta aisladamente considerada y la gravedad que se desprende del riesgo de generalización o reiteración de esa conducta, de modo parecido a lo que sucede en los delitos acumulativos⁴¹. Por lo que se refiere concretamente a la reiteración de la conducta, esta es también la explicación que se encuentra detrás de los llamados delitos habituales; delitos a los que recurre a menudo el legislador para, a partir de la reiteración de hechos aislados, que en sí mismo pueden ser delictivos (delitos habituales impropios) o no delictivos (delitos habituales propios), configurar un nuevo delito o una modalidad agravada de un delito ya existente⁴². Una de las razones para hacerlo es precisamente el nulo o escaso desvalor penal de la conducta aisladamente considerada⁴³.

El mayor castigo de la habitualidad o de la multirreincidencia en estos delitos leves de hurto no responde, por tanto, a criterios preventivo especiales basados en la peligrosidad individual del autor, sino en criterios preventivo generales relacionados

de la pena, AGUADO LÓPEZ, 2008, pp. 139-147, reconociendo no obstante la dificultad en caso de delitos leves castigados con pena de multa.

⁴¹ Una diferencia entre el “daño material” de bagatela de estos delitos de hurto y su “daño intelectual” (psico-social o ideal), que puede ser mucho mayor, como advierte SILVA SÁNCHEZ, 2004, pp. 338-349, haciendo referencia a ese riesgo de generalización que, al igual que en los casos de acumulación, puede resultar problemático en términos de culpabilidad.

⁴² Cfr., al respecto, ALONSO ÁLAMO, 2004, pp. 58-67, incluyendo precisamente entre estos delitos la modalidad del art. 234.2 introducida con la reforma de 2003, y explicando las diferentes clases de delitos habituales que existen en el CP, con independencia de su denominación, el número de actos exigidos o la necesidad de que tales actos sean o no previamente sancionados.

⁴³ ALONSO ÁLAMO, 2004, pp. 67-68.

con la necesidad de disuadir en mayor medida de la comisión de una conducta particularmente recurrente⁴⁴.

Se trata, en este sentido, de una agravación que no tiene solo en cuenta la reiteración delictiva, sino también la particularidad de los delitos leves de hurto. Al fin y al cabo, la reiteración o la habitualidad no tiene por qué valorarse con la misma gravedad en todos los delitos. El tratamiento de la multirreincidencia no ha de ser el mismo en el asesinato, las agresiones sexuales o los hurtos leves, por ejemplo. Desde este punto de vista, una agravación por multirreincidencia en ciertos delitos puede estar más justificada que una agravación con carácter general⁴⁵.

5. Valoración de la reforma

Descartada la inconstitucionalidad de una agravación de la pena fundamentada en la multirreincidencia, y señalados los aspectos que pueden justificar la existencia de un tipo agravado para los delitos leves de hurto que tome como referencia esta circunstancia, procede finalmente valorar la reforma del art. 234.2 CP operada por la LO 9/2022, de 28 de julio.

De entrada, dado que es una reforma que supone un incremento de pena y que implica además el paso de una pena de multa a una pena de prisión, la primera consideración crítica debe dirigirse al hecho de que la reforma no haya ido acompañada de algún estudio criminológico que avale las afirmaciones realizadas en el Preámbulo de la Ley sobre la insuficiente respuesta penal actual. La gravedad inherente a la pena de prisión, con el efecto criminógeno que se le atribuye, y la vulnerabilidad social que muestran las personas que suelen cometer estos delitos leves de hurto hacen particularmente necesario ponderar detenidamente la necesidad de recurrir en estos casos a la pena de prisión, incluso en caso de multirreincidencia⁴⁶.

En la mencionada Memoria del año 2020, la FGE, después de instar al legislador a reformar la regulación del delito de hurto para dar respuesta al fenómeno de la multirreincidencia en los delitos leves, reconocía que ello representaba “una tarea compleja, a la vista de las dificultades de orden dogmático y axiológico tradicionalmente asociadas al tratamiento de la multirreincidencia”. Explicaba en este sentido

⁴⁴ Como explica ALONSO ÁLAMO, 2004, pp. 60-67, estos delitos habituales, a los que prefiere denominar delitos de conducta reiterada o de conducta homogénea múltiple, deben diferenciarse del tipo criminológico del delincuente habitual. A su juicio, en estos delitos se respeta el Derecho penal del hecho porque no se trata de castigar una forma de ser o una peligrosidad personal, sino de responder a la mayor dañosidad social que representa el carácter habitual o profesional de la conducta delictiva.

⁴⁵ Cfr., en un sentido parecido, SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, 2013, p. 99.

⁴⁶ Cfr., en esta misma línea, cuestionando que la pena de prisión sea la respuesta adecuada a la reiteración de los delitos leves de hurto, CAPITA REMEZA, 2018, pp. 9-10, quien, si bien reconoce que la pena de multa no resulta en estos casos suficientemente disuasoria, defiende que no puede dejar de favorecerse la rehabilitación y reinserción social del delincuente, por lo que conviene aplicar preferentemente programas formativos y de reeducación, incluyendo la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y otorgando a la pena de prisión un carácter subsidiario. Cfr., también, SÁNCHEZ BENÍTEZ, 2020, pp. 228-229 y 237-239.

que pese a lo atractivas que pudieran resultar algunas propuestas “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 responsabilidad personal por el hecho propio”, lo que supone excluir “aquellos planteamientos dogmáticos que conduzcan a soluciones próximas a las tesis del *derecho penal del enemigo*”. Continuaba la Memoria reivindicando la necesidad de encontrar un equilibrio entre “la necesaria adopción de medidas útiles y funcionales al objeto de poner freno al fenómeno de la multirreincidencia” y “la legitimidad axiológica de las mismas con arreglo a parámetros de naturaleza dogmática y constitucional”. Llegaba finalmente a la conclusión de que en estos casos, junto a la pena de multa, debían valorarse otras penas de distinta naturaleza “como la localización permanente o los trabajos en beneficio de la comunidad”, teniendo presente que los autores de estos delitos serán por lo general “los más desfavorecidos económicamente”, frente a los cuales la pena de multa no solo puede presentar “notables dificultades de ejecución..., fruto de la insolvencia del reo”, sino que incluso puede suponer un “estímulo para le ejecución de nuevos delitos”.

No es esta, como se ha visto, la opción que ha terminado adoptando el legislador de 2022, que ha dado prioridad al efecto disuasorio de la pena de prisión, renunciando una vez más a la pena de localización permanente, como ya lo hiciera en 2015 con respecto al propio delito leve de hurto (antes multa), y dejando únicamente la posibilidad de imponer trabajos en beneficio de la comunidad u otro tipo de medidas menos criminógenas a los pocos supuestos en los que ello lo permiten las reglas de la Parte General del CP relativas a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

Al margen de la crítica general que pueda hacerse al legislador en lo que se refiere al escaso uso de penas alternativas a la prisión en delitos de escasa gravedad como sin duda lo es el hurto inferior a 400 euros, aun en el caso producirse de manera reincidente o multirreincidente, lo cierto es que la reforma consigue que el incremento de pena resulte en estos casos proporcionado.

Por una parte, porque junto a la exigencia de que el autor haya sido condenado previamente por tres delitos del mismo título y de la misma naturaleza, se requiere que el montante acumulado de las infracciones sea superior a 400 euros, que es la cantidad que en caso de haberse cometido un solo hurto habría dado lugar a la misma pena a la que se remite este nuevo subtipo agravado: la pena de prisión de 6 a 18 meses del tipo básico del apartado 1 del art. 234. Se trata, por tanto, de una multirreincidencia *sui generis* que no se basa únicamente en la reiteración del delito, sino también en el valor acumulado de lo sustraído. En este sentido, aunque no deja de ser una agravación por multirreincidencia que presupone la existencia de condenas

previas, incorpora un criterio de valoración que se centra en la gravedad de la lesión material del bien jurídico, lo que contribuye a guardar una mayor proporcionalidad con el hecho delictivo. Se corrige así, en cierto modo, la paradoja que se plantea cuando, en los casos de reiteración de hurtos inferiores a 400 euros, la acumulación de penas de multa que se produce en casos de reincidencia o multirreincidencia resulta menos gravosa que la pena de prisión que podría llevar aparejada el delito continuado de hurto en virtud del art. 74.2 CP, pues, al exigir este precepto que en los delitos patrimoniales, en caso de darse las circunstancias del delito continuado definido en el apartado 1 de este art. 74, se tenga en cuenta el perjuicio total causado, habría que castigar por el tipo básico del art. 234.1 cuando tal perjuicio supere los 400 euros. Esta paradoja, resultante de la diferente naturaleza que tiene la pena del delito de hurto en función de la cuantía de los sustraído, se ve en cierto modo corregida si también en la toma en consideración de delitos independientes previamente castigados, que es lo que caracteriza a la multirreincidencia, se permite tener en cuenta el perjuicio total causado y, en consecuencia, imponer la pena del tipo básico cuando se superan los 400 euros. La diferencia con el delito continuado se apreciaría, además de en la independencia o heterogeneidad de los delitos anteriores, que no requieren un plan preconcebido o una idéntica ocasión, en el previo castigo de los delitos anteriores; lo que demuestra que, a pesar de todo, el fundamento agravatorio de la multirreincidencia regulada en el segundo inciso del art. 234.2 no se encuentra solo en la mayor gravedad de la lesión material del bien jurídico, sino también en la propia reiteración delictiva. De hecho, esta agravación por multirreincidencia se puede aplicar cuando alguno de los hurtos anteriores hubiera sido superior a los 400 euros y se hubiera castigado oportunamente con la pena del hurto menos grave, que implica pena de prisión. En realidad, una regulación de la reiteración delictiva que quisiera fundamentarse en el perjuicio ocasionado no solo hubiera establecido la necesidad de que el montante acumulado supere los 400 euros, sino que hubiera limitado su aplicación a los casos en que los hurtos anteriores son a su vez inferiores a los 400 euros; e incluso hubiera previsto la posibilidad de descontar las penas anteriormente impuestas⁴⁷. Con todo, no puede negarse que la exigencia de que el montante acumulado supere los 400 euros introduce un criterio de mayor proporcionalidad.

Por otra parte, el incremento penológico que se produce con la nueva regulación resulta proporcionado porque la pena que se prevé es la del tipo básico del delito del art. 234.1 y no la del tipo agravado del art. 235, evitando así el salto penológico criticado por el TS. A este respecto, la reforma en realidad supone un tratamiento punitivo más beneficioso que el que se venía dando, pues en los casos en que los delitos anteriores que deben computarse tienen carácter menos grave (superiores a

⁴⁷ Cfr., en este último sentido, ORTEGA CALDERÓN, 2022, quien sugiere que la sentencia que castiga condenatoria introduzca alguna corrección penológica para descontar las penas impuestas por los delitos anteriores.

los 400 euros) y el hurto enjuiciado es un hurto leve (inferior a los 400 euros) el TS no descartaba la posibilidad de aplicar el tipo agravado de art. 235.1.7ª CP, aunque criticara su carácter desproporcionado. Con la reforma queda claro que el hurto leve inferior a los 400 euros no puede llegar a ser castigado por el tipo agravado del art. 235.1.7ª. Tampoco en los casos en que el autor de un hurto inferior a 400 euros haya sido antes ejecutoriamente condenado por tres delitos de la misma naturaleza de carácter grave o menos grave.

Esto último es cuestionado por la FGE en su Circular 1/2022. En ella se sostiene que en este concurso de normas que se produce entre el tipo atenuado del art. 234.2 y el tipo agravado del art. 235.1.7, debe prevalecer la aplicación de este último atendiendo al criterio de subsidiariedad del art. 8.2 CP⁴⁸.

En contra de esta interpretación pueden esgrimirse los siguientes argumentos:

1) En primer lugar, que la regulación del art. 234.2 es una regulación nueva que introduce en el segundo inciso del art. 234.2 una regla especial con respecto a lo previsto en el inciso inicial, que es el que hace referencia a la posibilidad de aplicar el tipo agravado del art. 235 en los casos en que el hurto no supera los 400 euros. No sólo se utiliza la expresión “no obstante”, seguida de un coma, para presentar una salvedad con respecto a lo dicho en el inciso inicial -lo que, en contra de lo que sostiene la FGE, denota el valor adverbial de la expresión-, sino que además se prevé expresamente la aplicación de esta modalidad agravada cuando los delitos anteriores no sean leves; lo que, de hecho, se asume como regla general, pues lo que se aclara literalmente es que se podrá aplicar aunque los delitos anteriores sean de carácter leve.

2) En segundo lugar, que atendiendo a lo recogido en el Preámbulo de la LO 9/2022, de 28 de julio, que introduce la reforma, es evidente la voluntad del legislador de dar un tratamiento especial a la multirreincidencia en el delito de hurto con el objeto de que en los hurtos inferiores a 400 euros esta circunstancia no suponga un incremento desproporcionado de la pena; lo que significa tener que aumentar la pena de los delitos de hurto leve, pero sin llegar a la pena del tipo agravado del art. 235.

Así pues, desde un punto de vista no solo gramatical, sino también teleológico, parece claro que el nuevo inciso segundo del art. 234.2 debe ser visto como ley especial frente al art. 235.1.7 y su relación con el inciso primero de este mismo art. 234.2. Es el criterio de especialidad del art. 8.1 y no el de subsidiariedad del art. 8.2 el que debe en estos casos resolver el concurso de normas.

Se reconoce así un tratamiento especial y diferenciado de la multirreincidencia en comparación con el resto de las circunstancias del art. 235, lo que confirma la tesis, apuntada por el propio TS, de que esta circunstancia puede tener un menor -o, al menos, diferente- fundamento agravatorio.

⁴⁸ Circular FGE 1/2022, de 12 de diciembre, sobre la reforma del delito de hurto operada en virtud de la Ley Orgánica 9/2022, de 8 de julio (pp. 274-277)

En coherencia con esta idea, bien podría haberse llegado a la conclusión de que la agravación del art. 235.1.7^a, que ahora solo se podrá aplicar a los hurtos superiores a 400 euros, resulta innecesaria; sobre todo teniendo en cuenta que ya existe una circunstancia genérica de multirreincidencia en el art. 66.1.5^a que, aun dando lugar a un mayor incremento de pena y siendo igualmente criticable, prevé ya una agravación potestativa para los mismos casos que se agravan de manera imperativa en el art. 235.1.7^a.

Por lo demás, puede valorarse positivamente que la reforma no haya modificado las reglas generales de los arts. 22.8^a y 66.2 sobre el tratamiento de los delitos leves en materia de reincidencia y de determinación de la pena. La nueva regulación, efectivamente, no afecta a la Parte General del CP, sino únicamente al delito de hurto, en respuesta a los particulares problemas o la especial relevancia que, a juicio del legislador, presenta la reiteración delictiva en este concreto delito. En este sentido, merece igualmente una valoración positiva el hecho de que esta específica regulación de la multirreincidencia no se haya extendido a otros delitos patrimoniales como la estafa, la apropiación indebida o la administración desleal.

Queda pendiente explicar los posibles problemas de interpretación o de aplicación que pude plantear esta nueva modalidad de multirreincidencia.

En principio, no hay problema en entender que para aplicar esta nueva modalidad delictiva es necesario que se haya cometido un hurto, que el valor de la cosa hurtada no exceda los 400 euros, que el autor cuente con al menos tres condenas previas por un delito del mismo Título y de la misma naturaleza que el hurto y que el montante acumulado del hurto actual y de los anteriores exceda los 400 euros.

Esta última circunstancia exige conocer la cuantía de cada uno de los delitos de la misma naturaleza cometidos con anterioridad. A este respecto, señala la Circular FGE 1/2022, que “cuando las condenas previas lo fueran por delitos leves de hurto y/o alguna de las modalidades agravadas 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”⁴⁹.

Es posible, por otra parte, que se suscite alguna duda acerca de la forma de compatibilizar este nuevo tipo agravado basado en la multirreincidencia y el delito continuado del art. 74. Si el delito leve de hurto que es enjuiciado puede a su vez ser valorado como delito continuado, por haberse cometido junto con otros delitos de hurto, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando una idéntica ocasión, deberá por lo pronto calcularse el perjuicio total causado, tal y como exige el art. 74.2 CP. Dado que, en relación con el delito continuado, el TS ha declarado la incompatibilidad entre la agravación que prevé el art. 74.1, basada en la reiteración

⁴⁹ Pp. 274-277.

delictiva, y la agravación que, en su caso, puede derivarse de la necesidad de calcular el perjuicio total causado prevista en el art. 74.2, en virtud de la prohibición de doble valoración⁵⁰, lo primero que hay que hacer es comprobar si el perjuicio total del delito continuado supera los 400 euros y permite aplicar el tipo básico del art. 234.1 en lugar del tipo atenuado del art. 234.2. Ello implicaría una agravación de la pena que, según el TS, sólo sería compatible con la del art. 74.1 si la continuidad delictiva abarcara otros actos delictivos que van más allá de los computados para permitir la agravación derivada de la consideración del perjuicio total causado⁵¹. En cualquier caso, cuando el perjuicio total causado del delito continuado excede los 400 euros se producirá un delito de hurto del art. 234.1. Solo cuando el perjuicio total del delito continuado no supere los 400 euros será posible apreciar un delito de hurto del art. 234.2 y aplicar, en su caso, la nueva regla del segundo inciso, tomando en consideración los delitos de hurto anteriores ya castigados, además de la agravación prevista en el art. 74.1 que se deriva de la continuidad delictiva, lo que supone imponer la pena en su mitad superior, pudiendo llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado⁵². La duda que podría plantearse aquí es si en el caso en que el montante acumulado junto con los hurtos anteriores ya castigados superase los 400 euros y, por tanto, fuera posible aplicar la nueva regla del inciso segundo del art. 234.2, la exasperación de la pena derivada de la continuidad delictiva debería producirse sobre la pena del primer inciso del art. 234.2 (pena de multa) o sobre la pena resultante de aplicar el segundo inciso del art. 234.2 (pena de prisión). Dado que es propiamente el nuevo delito continuado de hurto leve el que, en su caso, implica una reincidencia o una multirreincidencia con los delitos de hurto anterior, lo correcto sería que la exasperación de la pena se produjese sobre la pena del hurto leve del primer inciso del art. 234.2, pues de lo contrario la exasperación se produciría no sobre la pena de una de las infracciones que conforman el delito continuado que fundamenta su aplicación, sino sobre la pena resultante de aplicar una regla relativa a la reincidencia que toma en consideración delitos independientes ya individualizados y enjuiciados⁵³.

Hechas estas aclaraciones, y pese a las necesarias cautelas con las que debe ser

⁵⁰ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 30 de octubre de 2007.

⁵¹ Cfr., por ejemplo, recientemente, SSTS 14 febrero 2023 (ECLI:ES:TS:2023:483), 10 marzo 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1222). Por otra parte, hay que tener en cuenta además que, como indican estas mismas sentencias, para “evitar el riesgo de pluspunción”, si en la continuidad delictiva concurren hurtos leves y hurtos menos graves o graves, la exasperación de la pena prevista en el art. 74.1 solo se podrá aplicar si concurren al menos dos hurtos menos graves o graves. Se advierte también, por otra parte, que, si la superación del importe que da lugar a la aplicación de un tipo más grave solo se produce computando las cuantías de delitos consumados y delitos intentados, lo correcto es apreciar un concurso de leyes entre el delito consumado del valor efectivamente hurtado y la tentativa del delito del valor que se podría alcanzar con el delito continuado.

⁵² Llega también a esta conclusión la Circular FGE 1/2022, pp. 277-282, que considera que en tal caso el segundo inciso del art. 234.2 no se aplica porque es subsidiario respecto al art. 234.1.

⁵³ Cfr., no obstante, considerando que el delito continuado que aquí se produce no es el del delito leve de hurto del inciso primero del art. 234.2, sino el delito de hurto menos grave del inciso segundo, Circular FGE 1/2022, pp. 281-282 (supuesto 9º).

valorada cualquier reforma penal que suponga un incremento de las penas, hay razones para afirmar que la reforma del art. 234.2 CP producida por la LO 9/2022, de 28 de julio, ha cumplido con su voluntad, expresada en el Preámbulo, de dar a estos casos “una respuesta penal más disuasoria y ajustada a la gravedad de la conducta, sin incurrir en un incremento desproporcionado de la pena”.

6. Conclusiones

A modo de resumen, las conclusiones a las que se llega en este trabajo son las siguientes:

1) la agravación de la pena por reincidencia ha sido prácticamente constante en la legislación penal española, tanto con carácter general, como en relación con el delito de hurto;

2) esta agravación no resulta en sí misma inconstitucional, pero corre el riesgo de resultar desproporcionada en la medida en que no se fundamenta necesariamente en una mayor lesión o peligrosidad del bien jurídico protegido;

3) la peligrosidad del autor no puede deducirse automáticamente de la reincidencia o incluso de la multirreincidencia, y en todo caso tal peligrosidad criminal no debería dar lugar a una agravación de la pena, sino a la aplicación de una medida de seguridad;

4) en delitos concretos como los hurtos leves, en los que se reconoce una especial necesidad de disuasión ante el riesgo de reiteración delictiva, puede estar justificada una agravación por reincidencia o multirreincidencia, pero siempre manteniendo un criterio de proporcionalidad;

5) el incremento de pena por reincidencia en los delitos leves de hurto no debería traducirse en el paso de una pena de multa a una pena de prisión sin explorar otras penas que, ajustándose a la gravedad del delito, puedan resultar disuasorias y al mismo tiempo menos criminógenas;

6) la reciente reforma de la multirreincidencia en el delito de hurto producida por la LO 9/2022, de 28 de julio, aunque lleva aparejada en algunos casos el paso de una pena de multa a una pena de prisión, puede considerarse proporcionada en atención al marco de pena establecido y a los concretos requisitos exigidos para su aplicación;

7) la regulación actual opta por una pena más disuasoria para los casos de multirreincidencia en los delitos de hurto, pero lo hace sin incurrir en la desproporción advertida por el Tribunal Supremo y aportando mayor claridad en cuanto a su diferente aplicación en función del carácter leve, menos grave o grave de los hurtos cometidos.

Bibliografía

- AGUADO LÓPEZ, S. (2008), *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, Madrid.
- ALONSO ÁLAMO, M. (2004), “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. / GURDIEL SIERRA, M. / CORTÉS BECHIARELLI, E., (coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Ruiz Antón*, Valencia, pp. 55-73.
- CADENA SERRANO, F. A. (2019), “Caso «La reiteración en los hurtos leves»”, *Diario La Ley*, nº 9485.
- CAPITA REMEZA, M. (2018), “La agravante de multirreincidencia en el delito de hurto. Una propuesta de regulación”, *La Ley Penal*, nº 132.
- DEL CARPIO DELGADO, J. (2015), “La regulación de los delitos de hurto tras la reforma de 2015 del Código Penal”, *Diario La Ley*, nº 8642.
- GUISASOLA LERMA, C. (2008), *Reincidencia y delincuencia habitual*, Valencia.
- JUANATEY DORADO, C. (2020), “El delito de hurto propio: algunas cuestiones de dogmática y política criminal, con especial referencia a la multirreincidencia”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 33.
- LIÑÁN LAFUENTE, A. (2020), “La agravante de multirreincidencia en los delitos leves contra el patrimonio”, *Sistema Penal Crítico*, nº 1, pp. 253-265.
- MARAVER GÓMEZ, M. (2019), “Algunas reflexiones sobre el sistema dualista de sanciones penales”, en VVAA, *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Madrid, vol. 2, 1461-1476.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (1999), *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político-criminales*, Granada.
- MIR PUIG, S. (1974), *La reincidencia en el Código Penal*, Barcelona.
- MIR PUIG, S. (1993), “Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 1139-1151.
- MONGE FERNÁNDEZ, A. (2009), *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, Barcelona.
- NAVARRO BLASCO, E. (2015), “Reforma de los delitos de hurto, robo y otros delitos patrimoniales”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor, pp. 469-486.
- ORTEGA CALDERÓN, J. L. (2022), “Breves reflexiones sobre el delito menos grave de hurto por reiteración delictiva tras la reforma operada por la LO 9/22 de 28 de julio”, *elderecho.com*, 9/8/2022
- PUENTE RODRÍGUEZ, L. (2012), “Fundamento dogmático de la agravación por reincidencia”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 26, pp. 138-202.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1972), “Aspectos críticos de la elevación de la pena en casos de multirreincidencia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 289-304.
- SÁNCHEZ BENÍTEZ, C. (2020), “Aporofobia y Derecho penal: el delito de hurto y la circunstancia agravante de multirreincidencia”, *Sistema Penal Crítico*, nº 1, pp. 225-240.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. (2013), “Reincidencia, habitualidad, y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 33, pp. 97-148.

- SILVA SÁNCHEZ, J. M^a. (2004), “Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 25, pp. 331-360.
- SOUTO GARCÍA, E. M. (2019), “La multirreincidencia en los delitos de hurto, tras la LO 1/2015, de 30 de marzo: su regulación y aplicación práctica”, *La Ley Penal*, nº 141.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2022), “El final de una errónea interpretación jurisprudencial: la reforma del art. 234.2 del Código Penal”, *Diario La Ley*, nº 10128.