



ASOCIACION  
DE JUEGES Y MAGISTRADOS  
FRANCISCO DE VITORIA



Dirección  
Natalia Velilla Antolín

Coordinación  
Luis Cáceres Ruiz



[www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)

# BOLETÍN DIGITAL PENAL

NÚMERO 20. DICIEMBRE 2017

**SENTENCIAS DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO REFERIDAS A LA NUEVA MODALIDAD DE CASACIÓN BASADA EN INTERÉS CASACIONAL FRENTE A SENTENCIAS DICTADAS EN APELACIÓN POR LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES, INTRODUCIDA POR LA LEY 41/2015 DE REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.  
AÑO 2017**

MANUEL JAÉN VALLEJO

Magistrado

Juzgado de lo Penal número 4 de Getafe

**SENTENCIAS DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO REFERIDAS A LA NUEVA MODALIDAD DE CASACIÓN BASADA EN INTERÉS CASACIONAL FRENTE A SENTENCIAS DICTADAS EN APELACIÓN POR LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES, INTRODUCIDA POR LA LEY 41/2015 DE REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.  
AÑO 2017.**

**MANUEL JAÉN VALLEJO**  
*Magistrado*

**1. SENTENCIA NÚM. 210/2017, de 28-3 ([ROJ: STS 1073/2017](#). [ECLI: ES: TS: 2017:1073](#)). Recurso de casación 1859/2016. Ponente: Magistrado D. Antonio del Moral García. PLENO. Desestima el recurso. Votos particulares.**

*DELITO DE NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS DE ALCOHOLEMIA (art. 383 CP): la negativa del conductor a someterse a una segunda prueba de alcoholemia, tras ser requerido para ello por el agente de la autoridad después de haber dado positivo en el primer test constituye delito del art. 383 CP, por cuanto que las dos mediciones de alcohol deben considerarse dos fases de una única prueba, siendo la segunda no sólo garantía de los derechos del conductor, sino también del sistema, por lo que es obligatoria, no potestativa, para el afectado.*

El TS destaca inicialmente el hecho de tratarse de la primera sentencia que aborda la nueva modalidad de casación introducida por el legislador de la Ley Orgánica 41/2015

“Inaugura esta sentencia del Pleno de esta Sala una nueva modalidad de casación con anclaje directo en la función nomofiláctica que se encuentra en los orígenes de la casación. Esa función, siempre presente, se ha difuminado, sin embargo, en los últimos años eclipsada y casi arrinconada como consecuencia de la irrupción de otras exigencias, también irrenunciables, de un plausible sistema de recursos

que, al no haber merecido la necesaria atención del legislador, han ido de manera suave, pero imparable y creciente, enturbiando o minimizando las genuinas misiones que un recurso de casación está llamado a cubrir.

De una parte, el papel estelar de los derechos fundamentales procesales, felizmente recuperado y reforzado en el régimen constitucional, reclamaba un más pulimentado sistema de tutela en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (art. 53 CE). El ensanchamiento de los espacios y materias a debatir en casación, producido inicialmente a impulsos de la jurisprudencia constitucional, se erigió en fórmula apta para satisfacer esas exigencias. Mediante sucesivas reformas legislativas (basta evocar ahora la aparición del art. 852 LECrim. y su precedente, art. 5.4 LOPJ) cristalizó esa mutación parcial de los perfiles de la casación.

Por otra parte, la ausencia de una real doble instancia en los delitos más graves reclamaba un paliativo en tanto el legislador no subsanase la laguna. El remiando provisional vino de la mano de un estiramiento de las posibilidades de revisión probatoria en casación tan restringidas (casi ausentes) en el diseño tradicional de tal recurso extraordinario.

En otro orden de cosas, la exclusión del ámbito de la casación de los delitos menos graves ha venido suponiendo un muy serio obstáculo para la creación de doctrina legal sobre un buen número de tipos penales, lo que acarreaba unas disfunciones que crecieron a medida que se sucedían las reformas del derecho penal sustantivo tan frecuentes como sobredimensionadas. Una buena parte del Código Penal de 1995 y sus nada esporádicas modificaciones han permanecido al margen de la doctrina jurisprudencial propiciando una dispersión interpretativa que exigía con urgencia la adopción de medidas legislativas correctoras.

El legislador de 2015 ha sido sensible a esta necesidad. Al tiempo que generaliza la doble instancia (otra sentida necesidad), ha abierto la casación, solo por infracción de ley del art. 849.1º (error *iuris*), a los

delitos cuyo enjuiciamiento viene atribuido a los Juzgados de lo Penal. De esa forma se implanta una herramienta procesal idónea para homogeneizar la interpretación del derecho penal sustantivo (vid. STC 134/1991, de 17 de junio), lo que repercute en una más efectiva satisfacción del principio de igualdad, minimizando (aunque sin llegar a neutralizar, lo que es objetivo no plenamente alcanzable) y reconduciendo a márgenes tolerables el peligro de respuestas judiciales desiguales ante situaciones iguales, con lo que ello comporta de erosión del principio constitucional de igualdad ( art. 14 CE ). No es admisible que una misma conducta pueda ser considerada delictiva en un territorio y atípica en otro. O que los contornos de lo punible en cuestiones discutidas dependan en último término del criterio de la Sección de la Audiencia a la que haya derivado el asunto la regla, objetiva pero aleatoria, consagrada en las normas de reparto.

Estamos ante una modalidad de recurso que enlaza más con el art. 9.3 CE (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva). Salvando las gotas de simplificación que anidan en esa disyuntiva, esa premisa -es un recurso al servicio de la seguridad jurídica más que de la tutela judicial efectiva- ayuda a diseñar este novedoso formato impugnativo. Esta casación no está reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también lo sirva; sino por el principio de seguridad jurídica. También en esta vía casacional se acaba poniendo punto final en la jurisdicción ordinaria a un asunto concreto con personas singulares afectadas, dispensando en definitiva tutela judicial efectiva. Pero esta función es satisfecha primordialmente a través de la respuesta en la instancia y luego en una apelación con amplitud de cognición. Colmadas ya las exigencias de la tutela judicial efectiva con esa doble instancia, se abren las puertas de la casación pero con una muy limitada capacidad revisora: enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica. El horizonte esencial de esta modalidad de casación es, por tanto, homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización. La respuesta a un concreto asunto también se proporciona pero en un segundo plano, como

consecuencia y derivación de esa finalidad nuclear. Es un recurso de los arts. 9.3 y 14 CE; más que de su art. 24.

Ya un pleno no jurisdiccional de esta Sala segunda (9 de junio de 2016) abordó la naturaleza de este recurso tratando de dibujar algunos de sus perfiles básicos. Conviene recordar en esta primera sentencia esas embrionarias aproximaciones interpretativas. El texto de Acuerdo es el siguiente:

"A) El art 847 1º letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional **solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art 849 de la LECrim.**, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849 2º, 850, 851 y 852.

1) Los recursos articulados por el art 849 1º deberán fundarse necesariamente en la **infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de la subsunción)**, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

2) Los recursos deberán **respetar los hechos probados**, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (art. 884 LECrim.).

3) Los recursos deben tener **interés casacional**. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889 2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal

Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

4) La providencia de inadmisión es irrecurrible (892 LECrim.).

El art 847 b) Ley de Enjuiciamiento Criminal debe ser interpretado en relación con los arts. 792.4º y 977, que establecen respectivamente los recursos prevenidos para las sentencias dictadas en apelación respecto de delitos menos graves y respecto de los delitos leves (antiguas faltas). Mientras el art 792 establece que contra la sentencia de apelación corresponde el recurso de casación previsto en el art. 847, en el art. 977 se establece taxativamente que contra la sentencia de segunda instancia no procede recurso alguno. En consecuencia, **el recurso de casación no se extiende a las sentencias de apelación dictadas en el procedimiento por delitos leves”**.

El recurso aquí examinado se atiene fielmente, como veremos, a esas pautas: respeto escrupuloso al hecho probado; acomodación del razonamiento a la disciplina del *error iuris*; y planteamiento de un problema jurídico penal de interés general”.

La STS confirma la Sentencia de un Juzgado de lo Penal de Madrid, luego ratificada por la Audiencia Provincial, que había condenado a un conductor por tres delitos, uno por la negativa a someterse a una segunda medición de la alcoholemia, otro por conducir bajo los efectos del alcohol, y otro por conducir sin permiso, unificando doctrina en esta materia, en la que existían sentencias contradictorias de las audiencias provinciales, por cuanto que mientras que unas interpretaban que la negativa a la segunda medición de alcoholemia era delito, otras interpretaban que no, algo que de alguna manera queda reflejado en la propia STS, con sus votos particulares.

Las conclusiones de la STS son, en esencia, las que siguen.

“Sin duda la negativa radical *a priori* es muestra de una rebeldía mayor y por tanto podrá merecer una penalidad mayor. Pero esta apreciación no lleva a expulsar del tipo penal lo que también es una negativa pues la prueba no puede realizarse en su integridad cuando el sometido a ella se niega a su segunda fase, sin la que la prueba no se puede considerar finalizada. También eso es *negativa*, aunque la gravedad esté atemperada.

8) No podemos, sin traicionar la voluntad de la norma, convertir en potestativa una medición que inequívocamente aparece concebida como obligatoria. La comparación con la forma en que se regula la eventual extracción de sangre ofrece una conclusión rotunda. Lo que se quiso dejar sujeto a la voluntad del afectado, se consignó expresamente. El mensaje de la regulación es que el afectado está obligado a someterse a esa segunda medición. La interpretación del art. 383 CP no puede retorcer esa clara conclusión desvirtuando ese mensaje y sustituyéndolo por otro que traslade al ciudadano la idea de que esa segunda medición queda a su arbitrio, sin perjuicio de las consecuencias probatorias que puedan derivarse de su negativa. El mensaje no puede ser: la segunda medición no es obligatoria; o bien, solo lo es cuando el afectado no se resigne a la condena por el delito del art. 379 CP. La ley establece cuidadosamente los derechos del sometido a la prueba (análisis de sangre de verificación, necesidad de ser informado, comprobación del transcurso de un tiempo mínimo...). No está entre ellos el no acceder a la segunda espiración.

9) La cuestión nuclear es decidir si es obligatorio el sometimiento a esa segunda prueba en todo caso cuando se dan los requisitos legales. La respuesta afirmativa se justifica por la afectación del principio de autoridad, bien jurídico protegido. Y es que en el centro de toda esta controversia hay que situar una pregunta esencial que condiciona el curso del debate: ¿cuál es el bien jurídico protegido por el delito del art. 383 CP?

Desde una perspectiva de política criminal es innegable su vinculación con la seguridad del tráfico vial. No puede dudarse de que

el legislador tenía eso en mente. Pero si descendemos al terreno del derecho positivo y al plano de la estricta dogmática penal, esa conclusión tiene que ser modulada. Se trataría de un objeto de protección mediato; muy mediato. El bien jurídico directamente tutelado es el principio de autoridad, como en los delitos de desobediencia. De forma indirecta se protege la seguridad vial. El art. 383, por su especificidad, se ha emancipado definitivamente del genérico delito de desobediencia del art. 556, pero no dejar de ser una modalidad singularizada.

En todas las infracciones concretas de desobediencia indirectamente se pueden estar violando otros bienes jurídicos. Así si la desobediencia lo es frente a una orden judicial estarán afectado también el buen funcionamiento de la Administración de Justicia; si es ante requerimientos de la Administración encargada de la tutela del medio ambiente también se estará repercutiendo probablemente en éste; y si se produce frente a agentes en el ámbito del tráfico rodado, se ataca a la ordenada circulación vial.

Mediante el delito del art. 383 el legislador ha creado un delito de desobediencia especial con unos requisitos específicos y objetivados. Se tutela básicamente el principio de autoridad, reforzando con esa protección penal la efectividad de los requerimientos legítimos de los agentes de la Autoridad para efectuar esas pruebas. Solo indirectamente (y no siempre que se da el delito) se protege además la seguridad vial. Desde un punto de vista institucional por el efecto general de prevención positiva: conseguir el acatamiento de tales pruebas repercute en conjunto en una mayor seguridad en el tráfico viario. En concreto, también habrá ocasiones en que la realización de la prueba será el medio de conseguir atajar un peligro próximo para la seguridad vial. Pero el contenido sustancial de esta infracción no está principalmente en la tutela del tráfico viario, sino en el principio de autoridad. Eso explica que también nazca la infracción cuando el bien jurídico "seguridad vial" está ausente: negativa por contumacia, o por simple enfado generado por la contrariedad de ser requerido para ello por parte de quien se encuentra en óptimas condiciones para conducir

por no haber ingerido ni una sola gota de alcohol. Estaremos ante un delito del art. 383.

Solo desde esa diferenciación entre los bienes jurídicos protegidos en este precepto y el art. 379 (seguridad vial) son admisibles las generalizadas soluciones de concurso real entre ambas infracciones Así lo ha entendido también esta Sala Segunda (STS 214/2010, de 12 de marzo).

Que esta infracción además haya sido concebida como medio eficaz para lograr la efectividad del art. 379 generando las pruebas que permiten acreditar sus elementos, no puede despistar haciendo pensar que el art. 383 es un delito instrumental respecto del delito del art. 379 de forma que solo tendría sentido la condena por tal infracción cuando mediante la negativa se quisiese eludir el descubrimiento de un delito del art. 379. El tipo penal no exige un móvil determinado en el autor. No es necesario que quien se niega lo haga con la finalidad de encubrir una infracción del art. 379 CP. Es delictiva y existe antijuricidad material (referida al bien jurídico principio de autoridad y respeto a las órdenes legítimas emanadas de los agentes de la autoridad) tanto si la negativa responde a ese intento de ocultar un delito del art. 379 como si obedece a otras circunstancias (v.gr., rechazo visceral; ira momentánea); y lo es tanto si en efecto existe previamente una conducta incardinable en el art. 379 (o, en su caso, en la infracción administrativa), como si queda plenamente acreditado que el sujeto se hallaba en perfectas condiciones para pilotar un vehículo de motor.

Por estas razones en la exégesis concreta del tipo del art. 383 no puede exagerarse el parentesco con el bien jurídico seguridad vial que es solo mediato; ni con la efectividad de la condena por el delito del art. 379 (que es compatible, en principio). El art. 383 representa algo más que la sanción de un autoencubrimiento. Solo si se le concibe de esa manera (autoencubrimiento) deformando el contenido sustancial del precepto, y se le separa del principio de autoridad (vacuando su contenido sustancial) se entienden acotaciones interpretativas, que hemos rechazado, basadas en la no necesidad *in casu* de la prueba.

La protección del principio de autoridad resulta evidente. Sin embargo, no es determinante el ataque a la seguridad vial que en el supuesto concreto puede estar presente o no. Sin duda en la conformación legislativa del tipo se está pensando en tutelar la seguridad vial. Es ese un innegable objetivo de política criminal inmanente a esa tipicidad. Se alcanza ese propósito blindando con una singular protección penal la autoridad de los agentes que velan por tal seguridad cuando intervienen para comprobar la tasa de alcohol de cualquier conductor.

Esta visión del principio de autoridad como bien jurídico protegido aparece en la STC 234/1997, de 18 de diciembre o en la jurisprudencia de esta Sala (STS 1/2002, de 22 de marzo).

Así pues hay que concluir considerando ajustadas a derecho la interpretación del juzgado de lo Penal y de la Audiencia Provincial: la negativa a practicar la segunda prueba estuvo bien incardinada en el art. 383 CP”.

**2. SENTENCIA NÚM. 324/2017, de 8-5 ([ROJ: STS 1647/2017. ECLI: ES: TS: 2017: 1647](#)). Recurso de casación 1775/2016. Ponente: Magistrado D. Antonio del Moral García. PLENO. Desestima el recurso.**

*DELITO DE ACOSO, ACECHO U HOSTIGAMIENTO (art. 172 ter CP): no es sensato ni pertinente ni establecer un mínimo número de actos intrusivos, ni fijar un mínimo lapso temporal, pero sí es posible destacar que el dato de una vocación de cierta perdurabilidad es exigencia del delito descrito en el art. 172 ter CP, pues solo desde ahí se puede dar el salto a esa incidencia en la vida cotidiana, no apreciándose en el caso concreto esa relevancia temporal, ni una concreta repercusión en los hábitos de vida de la recurrente como exige el tipo penal.*

De nuevo la Sala de lo Penal del TS aborda el nuevo recurso de casación por infracción de ley del art. 849.1º de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal contra sentencias dictadas en asuntos enjuiciados en primera instancia por un Juzgado de lo Penal, una modalidad impugnativa anclada, dice la STS, no tanto en el art. 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva) cuanto en los arts. 9.3 CE (seguridad jurídica) y 14 CE (igualdad).

En esta ocasión, el delito al que se refiere la STS es el de acoso, acecho u hostigamiento, previsto en el art. 172 ter CP, según la reforma operada en la LO 1/2015.

“Dice el art. 172 ter 1 CP: «1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana: 1.<sup>a</sup> La vigile, la persiga o busque su cercanía física. 2.<sup>a</sup> Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. 3.<sup>a</sup> Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella. 4.<sup>a</sup> Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella».

Con la introducción del art. 172 ter CP nuestro ordenamiento penal se incorpora al creciente listado de países que cuentan con un delito con esa morfología. La primera ley antistalking se aprobó en California en 1990. La iniciativa se fue extendiendo por los demás estados confederados hasta 1996 año en que ya existía legislación específica no solo en todos ellos, sino también un delito federal. Canadá, Australia, Reino Unido, Nueva Zelanda siguieron esa estela a la que se fueron sumando países de tradición jurídica continental: Alemania (Nachstellung), Austria (behrrliche Verfolgung), Países Bajos, Dinamarca, Bélgica o Italia (atti persecutori). En unos casos se pone más el acento en el bien jurídico seguridad, exigiendo en la conducta una aptitud para causar temor; en otros, como el nuestro, se enfatiza la

afectación de la libertad que queda maltratada por esa obsesiva actividad intrusa que puede llegar a condicionar costumbres o hábitos, como única forma de sacudirse la sensación de atosigamiento.

Hemos de convalidar la interpretación del art. 172 ter 2 CP que anima la decisión adoptada por el Juzgado de lo Penal refrendada por la Audiencia. Los términos usados por el legislador, pese a su elasticidad (insistente, reiterada, alteración grave) y el esfuerzo por precisar con una enumeración lo que han de considerarse actos intrusivos, sin cláusulas abiertas, evocan un afán de autocontención para guardar fidelidad al principio de intervención mínima y no crear una tipología excesivamente porosa o desbocada. Se exige que la vigilancia, persecución, aproximación, establecimiento de contactos incluso mediatos, uso de sus datos o atentados directos o indirectos, sean insistentes y reiterados lo que ha de provocar una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana”.

La STS explica que no se trata ahora de especificar con detalle cuándo se cubren las exigencias de la conducta punible, pero sí de decir cuándo no se cubren esas exigencias, como ocurre en el caso resuelto.

“Los hechos probados reflejan lo siguiente:

a) Un primer episodio en la tarde del día 22 de mayo de llamadas telefónicas no contestadas que se suceden hasta la 1.30 de la madrugada, con envío de mensajes de voz y fotos del antebrazo del acusado sangrando con advertencia de su propósito autolítico si no era atendido, en actitud inequívocamente acosadora y de agobiante presión.

b) Intento de entrar en el domicilio de Angélica también de forma intimidatoria y llamando insistentemente a los distintos telefonillos de la finca en las horas inmediatamente siguientes (23 de mayo). Es otro acto de acoso. Solo cesó cuando apareció la policía.

c) Una semana más tarde el acusado volvió al domicilio de la recurrente profiriendo gritos. Reclamaba la devolución de objetos de su propiedad (30 de mayo).

d) Por fin, al día siguiente -31 de mayo- se acercó a Angélica en el centro de educación al que ambos acudían y donde coincidían, exigiéndole la devolución de una pulsera.

Son cuatro episodios que aparecen cronológicamente emparejados (dos y dos). Cada uno presenta una morfología diferenciada. No responden a un mismo patrón o modelo sistemático. Sugieren más bien impulsos no controlados con reacciones que en algunos casos por sí mismas y aisladamente consideradas no alcanzan relieve penal; y en otros tienen adecuado encaje en otros tipos como el aplicado en la sentencia.

No se desprende del hecho probado una vocación de persistencia o una intencionalidad, latente o explícita, de sistematizar o enraizar una conducta intrusiva sistemática (persecución, reiteración de llamadas...) capaz de perturbar los hábitos, costumbres, rutinas o forma de vida de la víctima. Son hechos que, vistos conjuntamente, suponen algo más que la suma de cuatro incidencias, pero que no alcanzan el relieve suficiente, especialmente por no haberse dilatado en el tiempo, para considerarlos idóneos o con capacidad para, alterar gravemente la vida ordinaria de la víctima.

La reiteración de que habla el precepto es compatible con la combinación de distintas formas de acoso. La reiteración puede resultar de sumar acercamientos físicos con tentativas de contacto telefónico, por ejemplo, pero siempre que se trate de las acciones descritas en los cuatros apartados del precepto. Algunas podrían por sí solas invadir la esfera penal. La mayoría, no. El delito de hostigamiento surge de la sistemática reiteración de unas u otras conductas, que a estos efectos serán valorables aunque ya hayan sido enjuiciadas individualmente o pudiera haber prescrito (si son actos por sí solos constitutivos de infracción penal).

El desvalor que encierran los concretos actos descritos (llamadas incontestadas, presencia inesperada...) examinados fuera de su contexto es de baja entidad, insuficiente para activar la reacción penal. Pero la persistencia insistente de esas intrusiones nutre el desvalor del

resultado hasta rebasar el ámbito de lo simplemente molesto y reclamar la respuesta penal que el legislador ha previsto.

Se exige implícitamente una cierta prolongación en el tiempo; o, al menos, que quede patente, que sea apreciable, esa voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas, que no se perciban como algo puramente episódico o coyuntural, pues en ese caso no serían idóneas para alterar las costumbres cotidianas de la víctima.

Globalmente considerada no se aprecia en esa secuencia de conductas, enmarcada en una semana, la idoneidad para obligar a la víctima a modificar su forma de vida acorralada por un acoso sistemático sin visos de cesar. El reproche penal se agota en la aplicación del tipo de coacciones: la proximidad temporal entre los dos grupos de episodios; la calma durante el periodo intermedio; así como la diversidad tipológica y de circunstancias de las conductas acosadoras impiden estimar producido el resultado, un tanto vaporoso pero exigible, que reclama el tipo penal: alteración grave de la vida cotidiana (que podría cristalizar, por ejemplo, en la necesidad de cambiar de teléfono, o modificar rutas, rutinas o lugares de ocio...). No hay datos en el supuesto presente para entender presente la voluntad de imponer un patrón de conducta sistemático de acoso con vocación de cierta perpetuación temporal. El tipo no exige planificación pero sí una metódica secuencia de acciones que obligan a la víctima, como única vía de escapatoria, a variar, sus hábitos cotidianos. Para valorar esa idoneidad de la acción secuenciada para alterar los hábitos cotidianos de la víctima hay que atender al estándar del "hombre medio", aunque matizado por las circunstancias concretas de la víctima (vulnerabilidad, fragilidad psíquica...) que no pueden ser totalmente orilladas.

En los intentos de conceptualizar el fenómeno del stalking desde perspectivas extrajurídicas -sociológica, psicológica o psiquiátrica- se manejan habitualmente, con unos u otros matices, una serie de notas: persecución repetitiva e intrusiva; obsesión, al menos aparente; aptitud para generar temor o desasosiego o condicionar la vida de la víctima; oposición de ésta... Pues bien, es muy frecuente en esos ámbitos exigir

también un cierto lapso temporal. Algunos reputados especialistas han fijado como guía orientativa, un periodo no inferior a un mes (además de, al menos, diez intrusiones). Otros llegan a hablar de seis meses.

Esos acercamientos metajurídicos no condicionan la interpretación de la concreta formulación típica que elija el legislador. Se trata de estudios desarrollados en otros ámbitos de conocimiento dirigidos a favorecer el análisis científico y sociológico del fenómeno y su comprensión clínica. Pero tampoco son orientaciones totalmente descartables: ayudan en la tarea de esclarecer la conducta que el legislador quiere reprimir penalmente y desentrañar lo que exige el tipo penal, de forma explícita o implícita.

No es sensato ni pertinente ni establecer un mínimo número de actos intrusivos como se ensaya en algunas definiciones, ni fijar un mínimo lapso temporal. Pero sí podemos destacar que el dato de una vocación de cierta perdurabilidad es exigencia del delito descrito en el art. 172 ter CP, pues solo desde ahí se puede dar el salto a esa incidencia en la vida cotidiana. No se aprecia en el supuesto analizado esa relevancia temporal -no hay visos nítidos de continuidad-, ni se describe en el hecho probado una concreta repercusión en los hábitos de vida de la recurrente como exige el tipo penal”.

**3. SENTENCIA NÚM. 327/2017, de 9-5 ([ROJ: STS 1874/2017. ECLI: ES: TS: 2017: 1874](#)). Recurso de casación 2188/2016. Ponente: Magistrado D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. Desestima el recurso. PLENO.**

*DELITO DE HURTO (art. 234 CP): inclusión del IVA en el valor de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales. ART. 365.2 LECRIM. (LO 15/2003): “la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijarán atendiendo a su precio de venta al público”.*

Esta Sentencia del Pleno jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, luego de referirse a las distintas posturas

doctrinales y de las Audiencias Provinciales, a propósito de la inclusión o no del IVA en el valor de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales, opta por su inclusión, señalando al respecto que el valor de lo sustraído, en establecimientos comerciales, es el precio de venta al público, que debe interpretarse como la cantidad que debe abonarse para su adquisición, cifra que habitualmente se exhibe en el etiquetado de la mercancía, comprensiva, sin desglosar, de los costes de producción y distribución del objeto, los márgenes de beneficio de los sucesivos intervinientes en la cadena de producción y los tributos y aranceles que lo hayan gravado directa o indirectamente, con inclusión del Impuesto del Valor Añadido (IVA) en el territorio de su aplicación (península y Baleares), el Impuesto General Indirecto Canario (IGIC) en las Islas Canarias, y el Impuesto sobre la Producción, los Servicios y las Importaciones (IPSI) en las ciudades de Ceuta y Melilla.

**4. SENTENCIA NÚM. 369/2017, de 26-4 ([ROJ: STS 2012/2017](#). [ECLI: ES: TS: 2017: 2012](#)). Recurso de casación 2114/2016. Ponente: Magistrado D. Julián Artemio Sánchez Melgar. Estima el recurso. PLENO.**

*DELITO DE CONDUCCIÓN DE VEHÍCULO DE MOTOR O CICLOMOTOR SIN HABER OBTENIDO NUNCA EL PERMISO (art. 384, párr. 2º CP): se trata de un delito de peligro abstracto, por lo que no es necesario para su consumación que se haya cometido infracción vial o maniobra antirreglamentaria.*

La STS recuerda que el tipo penal de conducción sin permiso del art. 384 CP corresponde a un delito de peligro abstracto, como lo calificó el propio legislador en el Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, refiriéndose a él, como una «conducta de peligro abstracto». La propia Sala, dice la STS, también lo ha expresado así con motivo de los diversos recursos de revisión que se han planteado. Así, en la STS 507/2013, de 20 de junio, se decía que el nuevo tipo obedece a la idea de preservar el bien jurídico protegido que se pone «en peligro cuando quien maneja el vehículo de motor no ha demostrado nunca las

capacidades mínimas para realizar tal actividad» (en el mismo sentido en la STS 335/2016, de 21 de abril).

La STS señala, pues, que de la lectura de aquel precepto no se desprende exigencia alguna de un peligro concreto para la seguridad vial, sino la realización exclusivamente de la conducción de un vehículo de motor sin la correspondiente habilitación administrativa, por no haberla ostentado nunca quien pilota tal vehículo de motor, de manera que el riesgo abstracto para el bien jurídico protegido resulta de la conducción sin poseer la habilitación teórica y práctica y sin haberse comprobado las capacidades física y psíquica en el conductor, lo cual incrementa, como es natural, el riesgo para los demás usuarios de la vía, por sí peligrosa y causante de una alta siniestralidad, cuya reducción pretende la norma. Y añade:

“No estamos ante una conducta punible cimentada sobre un injusto meramente formal derivado de una infracción administrativa, sino ante la protección de la seguridad del tráfico vial mediante conductas, como la que es objeto de nuestra atención casacional, que suponen la creación de un riesgo indudable, aunque de características abstractas y no concretas, para la seguridad vial. Se trata de garantizar la aptitud de los conductores para manejar vehículos y la idoneidad de éstos para circular con el mínimo riesgo posible. La Directiva 2006/126/CE exige a las legislaciones de los Estados de la Unión Europea unas mayores comprobaciones y requisitos en las pruebas previas de autorización de la licencia o permiso de conducción, que tienden a disminuir los riesgos de la conducción y sus consecuencias.

Bajo la consideración de que se trata de un delito abstracto, la conducta se consuma cuando se conduce careciendo de la oportuna habilitación administrativa (permiso o licencia), sin que tenga incidencia el haberse cometido infracción vial alguna, ni haberse realizado maniobra antirreglamentaria, como parece exigir la Audiencia Provincial de Toledo, al punto que consigna tal precisión en el relato histórico que adiciona al que ya había sido confeccionado por el

Juzgado de lo Penal, y que le sirve a los jueces «a quibus» de fundamento para la absolución.

Pues, bien, repitamos, el delito consistente en conducir un vehículo de motor sin haber obtenido nunca la licencia administrativa, no requiere, por su naturaleza misma, la creación de un riesgo concreto para la seguridad vial; se comete por el propio riesgo generado para la circulación vial al carecer el acusado de las comprobaciones oportunas de las características físicas y la aptitud mental, así como los conocimientos teórico-prácticos que le habiliten para llevar a cabo tal conducción”.

La Audiencia ha construido unos requisitos que en modo alguno el legislador exige para colmar la conducta típica. Al contrario, la tipicidad precisa, como hemos declarado en STS 507/2013, de 20 de junio, que el autor jamás haya obtenido permiso de conducir. Por eso ha de excluirse del radio de acción del nuevo tipo penal a quien posee permiso en el extranjero, tanto a aquellos correspondientes a países comunitarios como extracomunitarios, o un permiso internacional. Incluso los casos de duda, como es natural”.

**La doctrina plasmada en esta Sentencia ha sido posteriormente reiterada por el alto Tribunal en su Sentencia 612/2017, de 13-9 (Ponente: Magistrado D. Julián Artemio Sánchez Melgar),** que resuelve un caso, desestimando el recurso, cuya particularidad residía en que cuando el acusado fue sorprendido conduciendo, aunque tenía cancelado su permiso de conducir español por pérdida de puntos, tenía un permiso de conducir portugués que había sido obtenido mediante canje, insistiendo la Sala que resuelve que el tipo penal del art. 384 es un tipo de peligro abstracto, de tal manera que, en el caso planteado, “la pérdida de puntos del permiso de conducción por las sanciones recibidas, es indicativo de que se carece de las características adecuadas para conducir un vehículo”, no pudiéndose amparar el acusado en la tenencia de otro de canje portugués, so pena de fraude de ley, no pudiéndose detentarse dos permisos y usar el que convenga en cada momento.

**También la Sentencia 699/2017, de 25-10 (Ponente: Magistrado D. Julián Artemio Sánchez Melgar) reitera la misma doctrina**, oponiendo frente a lo que había fundamentado la absolución en la instancia del acusado en el sentido de que sería necesario para la subsunción que el autor infringiera algún precepto reglamentario que pusiera en riesgo la seguridad vial, que el delito del art. 384 es un delito de peligro abstracto, evidenciándose un comportamiento peligroso para el tráfico viario con las previas infracciones por las que el acusado perdió los puntos legalmente asignados, que es de donde surge el pronóstico de riesgo que permite la aplicación del tipo penal.

**5. SENTENCIA NÚM. 390/2017, de 30-5 (ROJ: STS: 2229/2017. ECLI: ES: TS: 2017: 2229). Recurso de casación 2276/2016. Ponente: Magistrado D. Joaquín Giménez García. Estima el recurso. PLENO.**

*DELITO DE CONDUCCIÓN BAJO LA INFLUENCIA DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS CON TASA SUPERIOR A 0'60 MILIGRAMOS POR LITRO (art. 379, párr. 2º CP): la obligación de indemnizar los daños causados, aunque sean atípicos penalmente, derivados de un delito de peligro abstracto, se deriva de los arts. 109.1 y 116.2 CP.*

En esta nueva STS del Pleno jurisdiccional, se deja claro que la obligación de indemnizar los daños causados, aunque sean atípicos penalmente, derivados de un delito de peligro abstracto, como es el caso del contenido en el art. 379, párr. 2º CP, se deriva de los arts. 109.1 y 116.2 CP, señalando que la regla concursal del art. 382 CP que establece que en caso de concurrencia de otro delito de resultado junto con el de riesgo abstracto, resolviendo el concurso con aplicación exclusiva del delito más gravemente penado, no debe ser interpretado en el sentido negativo de no efectuar pronunciamiento civil cuando el resultado dañoso sea atípico, así como que la decisión de no acordar pronunciamiento indemnizatorio supone una quiebra del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva al obligar al perjudicado a acudir a la jurisdicción civil para efectuar la reclamación por los daños

derivados del hecho de la conducción bajo la ingesta alcohólica y, además, esta solución provocaría un incremento de la litigiosidad derivada de las reclamaciones de cantidad ante aquella jurisdicción, siendo necesario llamar al proceso penal a la compañía de seguros del vehículo que causó los daños para que pueda efectuar alegaciones.

**La STS 513/2017, de 6-7 (Ponente: Magistrado D. Juan Saavedra Ruiz) reitera la anterior doctrina**, insistiendo en que el delito del art. 379 CP es un delito de peligro abstracto, que no exige que se produzcan daños o lesiones, adelantándose, pues, las barreras de protección, aunque de producirse recuerda que el art. 382 CP establece el principio de absorción y mayor rango punitivo y, en consecuencia, solo se sancionara la infracción más gravemente penada, condenando en todo caso al pago de la indemnización civil que se hubiera originado, “de suerte que si el delito más grave es el de resultado se sancionará este último, con los pronunciamientos civiles a que hubiese lugar, pero si el más grave de los delitos siguiera siendo el de riesgo abstracto, solo se sancionará éste, pero además se indemnizarán los perjuicios causados”, y “en caso de existir aseguradoras, dentro del ámbito de las pólizas suscritas, la efectividad del pago será a cuenta de tales aseguradoras, para lo que será preciso su traída al proceso para poder ser escuchadas y efectuar alegaciones”.

**6. SENTENCIA NÚM. 392/2017, de 31-5 (ROJ: STS 2221/2017. ECLI: ES: TS: 2017: 2221). Recurso de casación 887/2016. Ponente: Magistrado D. Pablo Llarena Conde. Desestima el recurso. PLENO.**

*DELITO LEVE: concepto (art. 13 CP); las infracciones penales castigadas con penas alternativas menos graves y leves serán consideradas como delitos menos graves, con independencia de que la pena finalmente impuesta sea leve; asimismo, la imposición de las prohibiciones accesorias de aproximación y comunicación con la víctima (art. 57 CP) dependerá de la naturaleza de la infracción, y no de la pena principal*

*impuesta; tipo atenuado de amenazas en el ámbito de la violencia de género (art. 171.6 CP).*

En el caso resuelto en esta STS se planteaba la cuestión de si una pena menos grave, cuando resulte degradada hasta el límite de imponerse en una extensión que está dentro del marco penológico correspondiente a las penas leves (art. 33.4 CP), entraña una modificación de la naturaleza de la infracción penal, en el sentido de que deba entenderse que los hechos sancionados tienen la consideración de delito leve.

Son múltiples los supuestos en los que el CP, recuerda la STS, contempla una degradación penológica de los distintos tipos penales, que puede conducir a que la sanción impuesta a sus responsables recaiga en el espacio propio de las penas leves, como es caso, por ejemplo, añade la STS, de la imperfección en la ejecución de un delito menos grave, la complicidad en su comisión, la concurrencia de eximentes incompletas, la apreciación de dos o más atenuantes genéricas o una muy cualificada, etc. La STS señala que la degradación de la pena prevista para un tipo penal no modifica la naturaleza de la infracción, aunque la sanción atenuada venga a ubicarse en distinta e inferior escala de las contempladas en el art. 33 CP.

“Por ello, considerar al artículo 171.6 del Código Penal como una regla específica de atenuación que permite rebajar el umbral inferior de la pena prevista para el delito de lesiones leves en el ámbito de la violencia de género (art. 171.4), determina que el delito de referencia no venga a adquirir la consideración de delito leve por la mera aplicación de la atenuación. Dado que no se condiciona la aplicación del artículo 171.6 del Código Penal, a la satisfacción de nuevas especificaciones o de nuevos elementos que vengan a añadirse a los ya exigidos en el tipo penal recogido en el artículo 171.4, podría concluirse que el precepto no constituye, propiamente dicho, un subtipo atenuado, sino una regla específica de atenuación que, en cuanto tal, está radicalmente desarmada para impulsar el cambio de naturaleza que el recurrente aduce”.

La STS, sigue la solución propuesta por la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2015, consistente en considerar como menos grave a los delitos con penas alternativas, en los que una de ellas sea menos grave y la otra leve, considerando que la reacción penal más intensa es la que debe calificar la gravedad del delito, con independencia de la pena que se solicite o imponga. Dice la STS que “la norma recogida en el artículo 13.4 del Código Penal, no es sino una regla especial para la determinación de la naturaleza de la infracción penal, en aquellos exclusivos supuestos en los que la pena, por su extensión, no puede categorizarse conforme con las reglas expresadas en el artículo 33 del Código Penal. Únicamente cuando la extensión de la pena fijada por el legislador se sitúa a caballo entre dos categorías que vienen definidas precisamente por su duración, el desvanecimiento de las referencias legales para la graduación, justifica la regla complementaria que analizamos. Para el resto de supuestos, entre los que se incluyen aquellos delitos en los que la penalidad es compuesta (bien por fijarse de forma conjunta varias penas con distinta consideración de leves o menos graves, como acontece en el artículo 405 del Código Penal; bien en los casos en que la diversidad afecta a penas cuya imposición está prevista de manera alternativa, como el que nos ocupa), la no concurrencia de los presupuestos contemplados en la regla especial del artículo 13.4 del Código Penal, conduce a la aplicación de unas reglas generales que resultan perfectamente claras al respecto: cuando la infracción penal esté castigada por la Ley con una pena menos grave (individual, conjunta o alternativamente impuesta), la naturaleza menos grave viene también aparejada al delito, y éste sólo tiene la consideración de leve, cuando la pena con la que esté castigado sea leve. Una extensión de la regla especial a supuestos distintos de los que la norma penal contempla, no sólo contradice los principios inspiradores de la regla general, pues desvincula la naturaleza del delito, de la gravedad que el legislador ha atribuido a la conducta típica, sino que introduciría además una profunda ruptura en los principios de definición y estabilidad que rigen las normas atributivas de la competencia, dado que supondría que un órgano de

instrucción pudiera llegar a imponer -conjunta o alternativamente- una pena menos grave en enjuiciamientos sin conformidad (contrariamente al criterio de gravedad de la pena que apuntan los artículos 14.1, 14.3 y 14 bis de la LECRIM, en su redacción dada por la Ley 41/2015) o -de adverso- resultaría forzado a declinar su competencia cuando, en las conclusiones definitivas, se modificara la pena leve peticionada inicialmente, por una pena alternativa menos grave; lo que contradice las reglas de competencia constante e invariable que refleja el inciso último del artículo 783.2 de la LECRIM, así como en el artículo 800.1 de la misma ley .

Con independencia de que se concluya que es menos grave el delito que tiene prevista una pena de esta entidad, aun cuando la sanción venga anunciada como alternativa a otra pena que merezca la consideración de leve, añade la STS que se plantea otra cuestión, concretamente si las prohibiciones accesorias de acercamiento y comunicación con la víctima deben ajustarse a la gravedad o levedad del delito, o por el contrario se corresponden con la gravedad de la pena principal finalmente impuesta.

“Como bien indica el Ministerio Fiscal en su impugnación al recurso, las prohibiciones contempladas en el artículo 57 del Código Penal, ubicado en la Sección Quinta del Capítulo Tercero del Libro I del C.P. bajo la rúbrica "De las penas accesorias", es una pena accesoria impropia. No sólo es una pena accesoria cuya extensión, excepcionalmente, no está vinculada a la duración de la pena principal (art. 33.6 y 57 del Código Penal), sino que también, a diferencia del resto de penas accesorias reguladas en la misma sección, no se trata de restricciones inherentes a la imposición de otras sanciones, sino que su aplicación deriva de la condena por determinados delitos.

En consecuencia, partiendo de que el delito perpetrado ha de considerarse menos grave y que su naturaleza no muta ante la posibilidad de que el juez haya rebajado las penas principales en un grado y haya impuesto finalmente la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en un tramo correspondiente a pena leve, resulta correcta la

decisión de la Audiencia Provincial de aplicar el art. 57.2 en relación al art. 57.1 del CP, desechando la norma del 57.3 del Código Penal, por venir únicamente prevista para los delitos leves”.

**7. SENTENCIA NÚM. 419/2017, de 8-6 ([ROJ: STS 2315/2017. ECLI: ES: TS: 2017: 2315](#)). Recurso de casación 9/2017. Ponente: Magistrado D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro. Desestima el recurso. PLENO.**

*DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL: concurso real entre los delitos contemplados en los arts. 379 y 383 CP; los bienes jurídicos protegidos en los delitos previstos en los arts. 379.2 y 383 CP no son coincidentes, pero aunque se considerara que el único bien jurídico protegido es la seguridad vial en ambos casos, la imposición de pena por ambos delitos no supondría un bis in ídem; la relación entre ambos delitos es de concurso real.*

En esta ocasión, la STS, como se señala en el propio resumen de la misma, sostiene que “desde una perspectiva criminológica, no es lo mismo ser condenado por un delito específico contra la seguridad del tráfico como el que se contempla en el art. 379.2 del C. Penal, que por un delito de desobediencia a un agente de la autoridad, pues aunque ambos tutelan el bien jurídico de la seguridad del tráfico, no lo hacen con las mismas connotaciones y el mismo alcance, habida cuenta de la naturaleza cuando menos mixta que presenta desde el perfil del bien jurídico el delito del art. 383 del C. Penal, sin olvidar su tutela más indirecta o mediata de la seguridad vial y de los bienes personales primarios que se protegen a su amparo. Así pues, el Tribunal descarta que nos hallemos ante una desproporción punitiva que nos desplace desde el concurso real de delitos al concurso de normas”.

**8. SENTENCIA NÚM. 436/2017, de 15-6 ([ROJ: STS 2421/2017. ECLI: ES: TS: 2017: 2421](#)). Recurso de casación 2122/2016.**

**Ponente: Magistrado D. Antonio del Moral García. Desestima el recurso. PLENO.**

*DELITO DE CONDUCCIÓN BAJOS LOS EFECTOS DEL ALCOHOL Y DROGAS (art. 379.2 CP): la conducción de un vehículo de motor con tasa superior a la contemplada en el art. 379.2 CP desplazándolo dos metros en marcha interrumpida ante la presencia policial es conducta ya incardinable en el citado precepto penal.*

En el caso resuelto por esta STS, en el que el recurrente había alegado en su recurso que un desplazamiento del vehículo tan sólo unos metros marcha atrás era un recorrido escaso, inidóneo para merecer reproche penal, por su poder poner en peligro el bien jurídico de la seguridad vial.

La STS desestima el recurso, oponiendo al anterior argumento que la acción de conducir un vehículo de motor incorpora unas mínimas coordenadas espacio-temporales, un desplazamiento, el traslado de un punto geográfico a otro, sin que sea necesaria una relevancia de esas coordenadas, ni una prolongación determinada del trayecto, pues “actos de aparcamiento o desaparcamiento, o desplazamientos de pocos metros del vehículo colman ya las exigencias típicas, más allá de que algunos casos muy singulares y de poco frecuente aparición en la praxis de nuestros tribunales (el vehículo no consigue ser arrancado pues se cala tras el intento de ponerlo en marcha; desplazamiento nimio por un garaje particular...) puedan ser ajenos al tipo penal por razones diversas que no son del caso analizar ahora. En este supuesto, además, concurre otro dato especialmente relevante. La idea inicial del autor no era mover ligeramente el vehículo. Había intención de realizar un trayecto más largo, intención que revierte por la presencia policial. Lo destaca también el informe del Ministerio Fiscal. Se puede afirmar con rotundidad que el autor había comenzado a conducir”.

La STS, pues, concluye afirmando lo siguiente:

“El art. 379.2 CP exige, un movimiento locativo, cierto desplazamiento pero no una conducción durante determinado espacio de tiempo o recorriendo un mínimo de distancia. Un trayecto del automóvil, bajo la acción del sujeto activo, en una vía pública y en condiciones tales de poder, en abstracto, causar algún daño es conducción.

La conducta será delictiva si concurren el resto de presupuestos del tipo objetivo: determinada tasa de alcohol en aire espirado o acreditación de que el conductor se hallaba bajo la efectiva influencia de las bebidas alcohólicas.

En el supuesto ahora examinado se produce una conducción con una tasa superior a la objetivada pues se proclama un desplazamiento aunque sea escaso. Además también es detectable, aunque no sería elemento imprescindible al superarse la tasa objetivada, un peligro hipotético. Este no exige que el riesgo se haya concretado ni que se compruebe a posteriori; sino tan solo que sea imaginable en abstracto en un juicio ex ante.

En conclusión, el desplazamiento de un vehículo a motor o un ciclomotor en una vía pública bajo los efectos de bebidas alcohólicas integra el verbo típico previsto en el artículo 379 CP, aunque el trayecto recorrido no haya sobrepasado los 2 metros”.

**9. SENTENCIA NÚM. 481/2017, de 28-6 ([ROJ: STS 2497/2017](#), [ECLI: ES: TS: 2017: 2497](#)). Recurso de casación 2264/2016. Ponente: Magistrado D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro. PLENO. Voto particular. Estima el recurso.**

*DELITO DE HURTO (MULTIRREINCIDENCIA): interpretación restrictiva del tipo penal agravado contenido en el art. 235.1.7º CP, en el sentido de que la multirreincidencia sólo debe apreciarse cuando las tres condenas anteriores a las que se refiere el precepto lo sean por delitos menos graves, no por delitos leves.*

La multirreincidencia es un fenómeno altamente preocupante, especialmente en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, que exigía una respuesta político criminal, razón por la que el legislador de la Ley Orgánica 12/2015 optó por reforzar la protección jurídico penal en este ámbito, introduciendo en el catálogo de circunstancias agravantes específicas del art. 235 una hipótesis especial de multirreincidencia, que determina la aplicación, no ya de la regla prevista en el art. 66.1.5ª, que prevé la pena superior en grado, sino a la imposición de una pena mayor aún, como es la que va de uno a tres años de prisión. La exposición de motivos de la referida Ley lo explicaba en los siguientes términos: “los supuestos de menor gravedad, que anteriormente se sancionaban como falta, se regulan ahora como delitos leves; pero se excluye la consideración como leves de todos aquellos delitos en los que concurra alguna circunstancia de agravación – en particular, la comisión reiterada de delitos contra la propiedad y el patrimonio –, añadiendo que “de este modo, se solucionan los problemas que planteaba la multirreincidencia: los delincuentes habituales anteriormente eran condenados por meras faltas, pero con esta modificación podrán ser condenados como autores de un tipo agravado castigado con penas de uno a tres años de prisión”.

A pesar de lo anterior, y del propio tenor literal del texto legal, esta STS realiza una interpretación, en «interés casacional», restrictiva, del número 7º del apartado 1 del art. 235 del CP aunque con el voto disidente de seis magistrados, atribuyendo a la norma penal un sentido diferente al expresado en la misma, y reservando esta agravante específica de multirreincidencia sólo para aquellos casos en los que “los antecedentes penales sean por delitos menos graves de hurto”, no por delitos leves.

**La doctrina afirmada en esta Sentencia del Pleno del alto Tribunal ha sido reiterada en la Sentencia 569/2017, de 17-7 (Ponente: Magistrado D. Francisco Monterde Ferrer),** señalando que “al reconocer el propio legislador el escaso grado de ilicitud del delito leve de hurto dada la pena de multa que le asigna, su agravación hipercualificada sobre el único soporte de otros delitos leves ya

condenados, nos sitúa en un terreno muy próximo a la infracción del principio de proporcionalidad de las penas e incluso cercano a la vulneración *non bis in ídem*”, a lo que ha de sumarse, añade la Sentencia, “la unilateralización en que puede incurrirse en orden a la operatividad de los fines de la pena, al centrarse la nueva pena hiperagravada en el fin de la prevención general positiva (aminorar la alarma social y generar la confianza en la vigencia de la norma), vaciando prácticamente de contenido el fin de la prevención especial, al mismo tiempo que se debilita sustancialmente la eficacia del principio de culpabilidad como freno a los excesos punitivos cuando se pone en relación con la ilicitud concreta del hecho que se juzga”.

