

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064000

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 155/2019, de 26 de marzo de 2019

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2086/2018

SUMARIO:

Delito menos grave de hurto. El concepto de multirreincidencia en el delito de hurto. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título del Código Penal, siempre que sea de la misma naturaleza. La doctrina científica y la jurisprudencia han estimado que en una primera aproximación interpretativa, el término naturaleza hace referencia al bien jurídico protegido. Por tanto, solo en aquellos casos en que concurra identidad del objeto de protección podrá postularse la equiparación de los dos delitos. Nuestra jurisprudencia, nos enseña que es clara la diferencia estructural y tipológica entre los delitos de hurto y robo, pudiéndose afirmar, que dentro de los delitos contra el patrimonio, son de naturaleza distinta pues no están definidos en el mismo artículo, ni contenidos en el mismo Capítulo del Código, ni en ellos se descubre el mismo despliegue de energía criminal en el culpable, para alcanzar los objetivos propuestos. Existe, también distinta modalidad comisiva. Las diferencias no pasan de la nota común de un apoderamiento del patrimonio ajeno, pero las formas de ejecución, la peligrosidad de sus autores, así como las personas que habitualmente pueden cometerlos, son absolutamente distintos. En consecuencia, no son de la misma naturaleza, los delitos de robo con violencia o intimidación que contiene la hoja histórica del recurrente, que los delitos por hurto a los efectos de la apreciación de la circunstancia agravante específica de multirreincidencia.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 22.8, 234 y 235.1.7.ª.
Constitución Española, arts. 9.3, 14 y 24.1.

PONENTE:

Don Julián Artemio Sánchez Melgar.

RECURSO CASACION núm.: 2086/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Excmos. Sres.

D. Julian Sanchez Melgar
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Pablo Llarena Conde
D. Vicente Magro Servet
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 26 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación legal del acusado DON Maximino contra Sentencia núm. 160/2018, de 16 de abril de 2018 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga dictada en el Rollo de apelación núm. 59/2018 , que estimó en parte el recurso formulado frente la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Málaga de fecha 19 de febrero de 2018 , dictada en el P.A. núm. 257/2016 procedente de las Diligencias urgentes núm. 151/2016 del Juzgado de Instrucción núm. 8 de dicha Capital, seguidas contra mencionado recurrente por delito de hurto. Los Excmos Sres. Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo anotados al margen han constituido Sala para deliberar y fallar el presente recurso bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido parte en el presente procedimiento el Ministerio Fiscal, y el recurrente representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María Luisa Bermejo García y defendido por el Letrado Don Francisco Rivas Navarro.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de instrucción núm. 8 de Málaga incoó Diligencias urgentes núm. 151/2016 por delito de hurto contra DON Maximino , y una vez concluidas las remitió al Juzgado de lo Penal núm. 4 de dicha capital que con fecha 19 de febrero de 2018 dictó Sentencia , que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

<<Queda PROBADO Valorando conjuntamente y en conciencia la prueba practicada Y ASÍ SE DECLARA que :

Maximino , mayor de edad, y condenado ejecutoriamente en varias ocasiones por hechos de similar naturaleza según HHP ACTUALIZADA, en concreto: -Condenado en Sentencia firme de fecha 28 de marzo de 2014; dictada por el Juzgado de lo Penal nº 23 de Madrid como autor de un delito de hurto a una pena de 4 meses y 15 días de prisión, habiéndosele concedido mediante auto de fecha 12 de marzo de 2015 y notificado el 10 de abril de ese mismo año, el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta por un período de 2 años (Ejecutoria 1 728/14).

-Condenado en Sentencia firme de fecha 19 de octubre de 2015, dictada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Fuengirola como autor de un delito leve inmediato de hurto a la pena de 3 meses de multa con una cuota diaria de 6 euros.

- Condenado en Sentencia firme de fecha 29/5/2009 por delito de robo con violencia o intimidación a la pena de 2 años y 6 meses habiéndola dejado extinguida el 12 de febrero de 2012, y fue condenado por sentencia firme de 2/12/2009 a la pena de 4 años y 3 meses de prisión siendo extinguida el 12/2/2015.

En hora indeterminada del día 30 de julio de 2016, encontrándose en el establecimiento comercial El Corte Inglés sito en la avenida de Andalucía de Málaga, y guiado por el ánimo de obtener un ilícito beneficio patrimonial, se dirigió al supermercado del establecimiento y una vez allí se apoderó de botellas de vino cuyo valor ascendía a 698 euros.

El día 12 de agosto, sobre las 21:15 horas, el acusado, con idéntico ánimo de lucro acudió nuevamente al citado establecimiento y una vez allí, encontrándose en el supermercado, se apoderó de una botella de vino marca Vega Sicilia cuyo valor asciende a 259 euros y de otras dos botellas valoradas en 400 euros, no habiendo sido recuperadas estas últimas, y sí efectos de alarma correspondientes a las mismas, al igual que la de la botella de vino Vega Sicilia que fue recuperada.

El acusado fue interceptado a la salida del establecimiento por un vigilante de seguridad habiéndose recuperado la botella de vino sustraída ese día. Respecto a las botellas sustraídas el 30 de julio no se han recuperado, siendo reclamadas por el citado establecimiento.>>

Segundo.



El juzgado de lo Penal núm. 4 de Málaga, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que debo condenar y condeno a Maximino como autor responsable criminalmente, nO concurriendo circunstancias modificativas genéricas de la responsabilidad criminal, de un delito de hurto continuado del art. 234.1 y 3º, en su modalidad agravada de multireincidencia del art. 235.7' del Código Penal , en relación con el art. 74 del Código Penal ., a las penas de 3 años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas.

El acusado indemnizará al establecimiento comercial El Corte Inglés en la cantidad de 1098 euros, que es el valor al que ascienden los efectos sustraídos y no recuperados.

Esta cantidad devengará el interés legal conforme dispone el art 576 LEC .

Así, por esta mi sentencia de la que se llevará testimonio a la causa, definitivamente juzgado en esta instancia, la pronuncio, mando y firmo.

La presente sentencia no es firme , correspondiendo contra la misma los recursos que la ley establece , en los plazos y formas que en ella se determinan.>>

Tercero.

El Juzgado de lo Penal núm. 4 de Málaga con fecha 5 de marzo de 2018 dicta Auto de aclaración de la anterior resolución cuya Parte Dispositiva es la siguiente:

<<SE ACLARA la Sentencia dictada en fecha 19 de febrero de 2018 en el sentido de siguiente: En los hechos probados donde dice "el valor de las botellas de vino correspondientes al día 30 de julio de 2016 ascendía a 698 €, debe decir " 600,98€. En el fallo cuando dice que la cantidad en la que el condenado indemnizará al establecimiento comercial El Corte Inglés es de 1098 € debe decir que el valor al que ascienden los objetos sustraídos y no recuperados es de 1.000,98€>>.

Cuarto.

Frente a la anterior resolución la representación legal de DON Maximino interpuso recurso de apelación ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga que con fecha 16 de abril de 2018 dictó Sentencia num. 160/2018 (Rollo de apelación núm. 59/2018) cuyos HECHOS PROBADOS son los siguientes:

<<Se aceptan los cuatro primeros párrafos de los hechos declarados probados en la sentencia pronunciada en el Juzgado de lo Penal número Cuatro de Málaga, en fecha 19 de febrero de 2.018 , quedando sustituidos los párrafos quinto, sexto y séptimo de dicho epígrafe de hechos probados, por los dos siguientes párrafos: " Sobre la veintiuna horas y quince minutos del día doce de agosto de dos mil dieciséis, el mencionado Maximino , en el establecimiento El Corte Inglés, sito en la Avenida de Andalucía de Málaga, fue observado por el empleado de la empresa de seguridad Mega 2, Tomás , cuando manipulaba los dispositivos de seguridad de tres botellas, posteriormente localizados por el antes citado una vez habían sido eliminados de las botellas, habiéndole sido intervenida por dicho vigilante de seguridad al referido Maximino , oculta entre su vestimenta, cuando se disponía a salir del establecimiento, una botella de vino marca Vega Sicilia valorada en 259 euros, no constando la sustracción por parte de este de las otras dos botellas cuyos dispositivos de seguridad había manipulado, ni que estas hubieran sido sustraídas por otra persona en connivencia con el mismo, sin que tampoco conste la sustracción por su parte en fecha 30 de julio de 2.016 de tres botellas en el mismo establecimiento antes referido.

Finalmente resulta probado y, en su consecuencia así se declara, que la tramitación del procedimiento ha estado paralizada desde entre los días 6 de octubre de 2.016, en que a solicitud de la representación procesal de Maximino fue suspendido el acto del juicio señalado para dicha fecha, hasta el día 9 de noviembre de 2.017 en que por diligencia de ordenación se señaló como día para la celebración del juicio el 23 de enero de 2.018 " .>>

Quinto.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó el Fallo siguiente:

<<Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de febrero de 2.018, pronunciada en el Juzgado de lo Penal número Cuatro de Málaga , debemos revocar y revocamos dicha

sentencia y, en su consecuencia, debemos condenar y condenamos a Maximino como autor criminalmente responsable de un delito menos grave de hurto en grado de tentativa del artículo 234- 2, en relación con los artículos 16 número 1 y 62, del Código Penal , sancionable con arreglo a la penalidad prevista en el número 1 del artículo 235 del mismo texto legal , en relación ello con la salvedad prevenida en el referido número 2 del artículo 234, habiendo concurrido como muy cualificada la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal del número 6 del artículo 21 del citado Código Penal , a la pena de prisión de cinco meses, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, condenándole asimismo al pago de la mitad de las costas que puedan haberse causado en la primera instancia y asimismo fallamos, que debemos declarar y declaramos de oficio las costas que puedan haberse causado en esta segunda instancia con motivo del recurso de apelación formulado.

De conformidad con el artículo 792-4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , la presente resolución es susceptible de recurso de casación por infracción de Ley ante el Tribunal Supremo, en el supuesto previsto en el artículo 847-1 b) del mismo texto legal , debiendo el recurso ser preparado ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, en el plazo de cinco días a contar desde la última notificación de la sentencia y transcurrido que sea dicho plazo sin haberse preparado el recurso, devuélvanse al Juzgado de su procedencia los autos originales, con certificación de la sentencia firme dictada, para que se proceda a su ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.>>

Sexto.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley por la representación legal del acusado DON Maximino , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

Séptimo.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Maximino , se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único.- El exclusivo motivo de nuestra queja se interpone por infracción de ley con arreglo a lo previsto en el art. 849.1 de la L.E.CR . . El precepto legal que consideramos infringido, partiendo del tenor literal de los hechos declarados probados en la Sentencia de segunda instancia, es el art. 235.1.7º del CP de 2.015 (norma de menos de 5 años en vigor), se solicita que los hechos sean calificados como delito leve de hurto, que estaría prescrito por no haberse perseguido en más de un año.

Octavo.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración vista para su resolución e interesó la inadmisión del mismo por no ser la sentencia recurrible en Casación, de conformidad con el artículo 847. b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por las razones que se exponen a continuación, por las razones expuestas en su informe de fecha 9 de octubre de 2018; la Sala admitió el mismo quedando concluso para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Noveno.

Por Providencia de esta Sala de fecha 18 de enero de 2019 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 13 de febrero de 2019; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, en recurso de apelación con respecto a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Málaga, condenó a la acusado Maximino como autor



criminally responsable de un delito menos grave de hurto (art. 234.2 del Código Penal), en grado de tentativa, en la modalidad hiper-agravada del art. 235.1.7ª del Código Penal , y con la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de cinco meses de prisión, accesorias y costas.

Frente a esta Sentencia, interpone este recurso de casación, la representación procesal del acusado en la instancia, alegando interés casacional, al no tener la norma aplicada la vigencia de cinco años, conforme a nuestro Acuerdo Plenario de fecha 9 de junio de 2016.

La STS 210/2017, de 28 de marzo , nos dice respecto a este nuevo formato de recurso de casación que 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 acarrea 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). En dicha resolución judicial decíamos que 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 de la Constitución española ; 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 Lecrim . 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.

B) 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.

C) 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).

D) 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.

E) La providencia de inadmisión es irrecurrible (art 892 Lecrim).

Segundo.

Antes de resolver el recurso, conviene señalar que al acusado Maximino le imputaron dos sustracciones constitutivas de hurto, una supuestamente cometida el día 30 de julio de 2016 y otra el subsiguiente 12 de agosto, ambas en el establecimiento El Corte Inglés, de la Avenida de Andalucía de Málaga, y la sentencia recurrida (esto es, la de apelación), le absolvió del hecho primero, y con respecto al segundo, se consideró probado únicamente la sustracción, a cargo del acusado, de una botella de vino de la marca "Vega Sicilia", cuyo valor asciende a la cantidad de 259 euros, sin que se probara la realización de tal conducta con respecto a otras dos botellas, valoradas en 400 euros.

De esta formal, fue condenado a la pena que ya hemos indicado, y conforme a la calificación ya expresada.

A efecto de antecedentes penales, le constaban a Maximino , los siguientes:

- Condenado en sentencia firme de fecha de 29/5/2009 por delito de robo con violencia o intimidación a la pena de 3 años y seis meses, habiéndola dejado extinguida el 12/3/2013.

- Condenado por sentencia firme de 2/12/2009 , por robo con violencia e intimidación a la pena de 4 años y tres meses de prisión siendo extinguida el 12/3/2015

-Condenado en Sentencia firme de fecha 28 de marzo de 2014; dictada por el Juzgado de lo Penal nº 23 de Madrid como autor de un delito de hurto a una pena de 4 meses y 15 días de prisión, habiéndosele concedido mediante auto de fecha 12 de marzo de 2015 y notificado el 10 de abril de ese mismo año, el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta por un periodo de 2 años (Ejecutoria 1728/14).

-Condenado en Sentencia firme de fecha 19 de octubre de 2015, dictada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Fuengirola como autor de un delito leve inmediato de hurto a la pena de 3 meses de multa con una cuota diaria de 6 euros.

Tercero.

- En único motivo de contenido casacional y al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , el recurrente plantea que no tiene la misma naturaleza el delito de robo que el de hurto, razón por la cual no se dan los presupuestos de aplicación del art. 235.1.7º del Código Penal , esto es, el subtipo agravado de multirreincidencia.

Respecto a nuestra interpretación acerca de delitos leves, la STS 481/2017, de 28 de junio , ya dijo que para interpretar los arts. 234 y 235 del C. Penal en un sentido que resulte congruente el concepto de multirreincidencia con el propio concepto básico de reincidencia y que se respete al mismo tiempo el principio de proporcionalidad de la pena, ha de entenderse que cuando el texto legal se refiere a tres condenas anteriores éstas han de ser por delitos menos graves o graves, y no por delitos leves.

Cuarto.

- Ahora bien, con respecto al otro tema planteado por el recurrente, acerca de si los delitos de robo y de hurto son, o no, de la misma naturaleza, hemos dicho que el fundamento de la reincidencia es la mayor peligrosidad que se acredita en el sujeto por su inclinación a cometer la misma clase de delito, por lo que el plus de punición se justifica por una razón de prevención especial orientada a la reforma de aquella inclinación, por más que, desde otra perspectiva más criminológica, la reincidencia acredite el fracaso de la respuesta penitenciaria. En todo caso, es obvio que la exigencia de que sean de la misma naturaleza supone que morfológicamente, la forma de ataque al bien jurídico sea o provenga desde y a través de una misma manera, y



ello no ocurre en quien vende droga y luego -o antes- ha alterado sustancias alimenticias, aunque ambas infracciones estén en el mismo Título del Código.

En tal sentido las SSTs de 23 de julio de 1999 y 12 de mayo de 2000 , interpretan la nota de "misma naturaleza" diciendo que ello exige una doble identidad: de bien jurídico protegido y del modo de ataque concreto que ha sufrido aquel.

Como se sabe, el legislador de 1995 ha combinado ambos sistemas: "hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza".

Por otro lado, la disposición transitoria séptima, dispone que "a efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el Cuerpo legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico".

El artículo 22.8 del Código Penal vigente exige para apreciar la agravante de reincidencia que, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. El entendimiento de estas exigencias puede plantear algunos problemas de interpretación que, en ocasiones, se incrementan cuando la condena anterior ha sido impuesta con arreglo al Código derogado, para cuya resolución se ha acudido a la propia Ley Orgánica 10/1995, que establece en la Disposición Transitoria Séptima, que, a efectos de la apreciación de la reincidencia, "se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código , aquellos delitos previstos en el Cuerpo legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico". Con independencia de otras cuestiones que pueda plantear esta norma, que no resulta decisiva, entre otras razones porque se dirige a la aplicación de la revisión de sentencias para acomodarlas al nuevo texto (STS 1568/2001, de 15 de setiembre) y, aunque parece que se refiere solamente al entendimiento de la exigencia relativa a la ubicación del tipo de que se trate, no parece fácil desvincular la mención que en ella se hace al mismo modo de ataque a idéntico bien jurídico, de aquella otra que se contiene en el artículo 22.8 relativa a que se trate de delitos de la misma naturaleza, de manera que, siguiendo esta guía interpretativa, podrá afirmarse esta coincidencia esencial entre delitos cuando en ambos se aprecie el mismo bien jurídico y la misma forma de ataque.

El bien jurídico, como aquel objeto de tutela que, al ser merecedor de protección, justifica el castigo de quien ejecuta contra el mismo alguno de los ataques previstos en la ley penal, debiera aparecer en cada Título del Código Penal, como denominador común de los delitos incluidos en el mismo, aunque admita, en ocasiones, alguna precisión que permita agrupar determinados tipos delictivos de forma separada de otros, de modo que se pueda apreciar que, aun cuando protejan el mismo bien jurídico, su naturaleza difiere.

La doctrina jurisprudencial, manifestada en las sentencias de esta Sala 305/2000 de 16.2 , 1050/2000 de 15.6 , 1872/2000 de 5.12 , 1566/2001 de 15.9 , 1665/2001 de 28.9 y 2033/2001 de 5.11 , considera que el robo con violencia e intimidación en las personas y el robo con fuerza en las cosas son figuras delictivas de la misma naturaleza, a los efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia 8ª del art. 22 del Código Penal , de conformidad con el Acuerdo del Pleno de esta Sala de 6 de octubre de 2000. Se han señalado por la jurisprudencia citada como razones de la identidad de naturaleza del robo violento y el robo con fuerza las siguientes: a) Los dos delitos reciben en la Ley y en la doctrina el mismo "nomen iuris", están legalmente definidos de forma conjunta en el mismo precepto -el art. 237 del CP.- y a su regulación se dedica exclusivamente un capítulo del CP.; b) ambos delitos lesionan el mismo bien jurídico, es decir, el patrimonio ajeno; c) su morfología básica no es diferente, puesto que consiste en un desplazamiento de la posesión de una cosa mueble mediante el apoderamiento de la misma por el sujeto activo; y d) tanto en el delito de robo con fuerza en las cosas como en el delito de robo con violencia e intimidación en las personas, el autor despliega una mayor energía criminal que la utilizada en el puro y simple despojo, ya que ha de vencer, bien un dispositivo de defensa establecido por el propietario de la cosa, bien la resistencia personal del mismo manifestada a presunta.

La Sentencia 910/2000, de 22 de mayo , ya declaraba, a los efectos que enjuiciamos, que en lo que se refiere al bien jurídico protegido, es evidente que el delito precedente (utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno) ataca el patrimonio de la víctima, exclusivamente, mientras que el delito de robo con violencia o intimidación y uso de medio peligroso es un tipo pluriofensivo en el que existen dos bienes jurídicos agredidos, la propiedad y la integridad física de la persona asaltada que resulta amenazada y puesta en peligro como medio comisivo del acto depredatorio.

Quinto.

De lo que antecede, debemos señalar que la doctrina científica y la jurisprudencia han estimado que en una primera aproximación interpretativa, el término naturaleza hace referencia al bien jurídico protegido.

Por tanto, solo en aquellos casos en que concurra identidad del objeto de protección podrá postularse la equiparación de los dos delitos.

El instrumento hermeneútico del "bien jurídico", sin embargo, no arrojará mucha luz en la determinación de la naturaleza de los delitos en cuestión, ya que el agrupamiento de los mismos distribuyéndolos en títulos, el legislador lo hace normalmente atendiendo al bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Pero, tal sentido debe aquilatarse más, so pena de quedar reducida a nada, la expresión del Código, referida a la "misma naturaleza".

En primer término, existen títulos con un amplio catálogo de figuras delictivas, en las que se aprecian variantes y matizaciones sobre la delimitación del concreto bien jurídico atacado. El propio título del Código, a que se contrae la cuestión planteada, se intitula "delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico", y aunque el legislador no precise cuáles son unos y otros, constituye un primer elemento diferenciador radicado en la naturaleza del delito.

Un paso más, en este camino hermeneútico, nos lo brinda la sentencia de esta Sala de 23 de julio de 1999, que acudió a la Disposición Transitoria 7ª del Código Penal, lógicamente prevista para la resolución de conflictos de derecho transitorio, pero a fin de cuentas, referida a la agravante de reincidencia. Nos habla dicha disposición de "atacar del mismo modo a idéntico bien jurídico", lo que nos indica que la modalidad comisiva o conducta desplegada por el agente para dañar o poner en peligro el bien jurídico que la norma penal protege, debe tomarse en consideración para precisar, aun más, la naturaleza del delito.

Si dentro de la protección que el legislador dispensa a un bien jurídico, desarrolla los tipos delictivos, atendiendo preferentemente, al modo de atacar los mismos y a la intensidad del ataque, estimamos, que no debe ser ajeno, a efectos de agrupar los delitos por razón de la naturaleza, la "gravedad de las conductas" deducida de la pena asignada por el legislador al tipo delictivo de que se trate.

El criterio de la modalidad comisiva, parece igualmente colegirse de la modalidad dolosa o imprudente, pues a la hora de suspensión de la pena, la ley distingue en base al menor desvalor de acción.

Junto a estas directrices interpretativas, deben mencionarse los antecedentes de esta Sala.

La aplicación más cercana o próxima, atendiendo a los delitos interrelacionados, la hallamos en la Sentencia antes referida de 23 de julio de 1999. En ella se hace una aplicación flexible, declarando de naturaleza jurídica diversa, al robo violento e intimidatorio y al cometido con fuerza en las cosas.

Esta postura que reputaba de distinta naturaleza a las dos modalidades de robo contempladas en nuestro derecho, fue definitivamente corregida en Sala General o Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el 6 Oct. 2000, que dejó sentado, que las dos clases de robo son de la misma naturaleza.

Resulta de sumo interés, para la resolución del presente caso, aludir a las razones jurídicas que fundamentan la decisión adoptada, que eran precisamente las que hemos ido refiriendo en la argumentación precedente: el mismo "nomen iuris", mismo capítulo y análoga modalidad comisiva.

Existe, ciertamente, en relación al bien jurídico ofendido, una diferente configuración tipológica, entre el robo con violencia e intimidación en las personas y el robo con fuerza. En el primero se da un "plus" de ofensividad, al atacar, además del patrimonio, bien jurídico protegido en ambas clases de robo, a la libertad y seguridad de las personas, con riesgo para su integridad corporal.

Así y todo, se estimó, que estructuralmente, en ambos supuestos, se exigía del culpable, un mayor esfuerzo y resolución en la comisión del delito, al tener que vencer los obstáculos que le impedían el apoderamiento de las cosas muebles ajenas (modalidad comisiva). En el robo violento, superando la protección que le presta al bien, la persona que lo posee legítimamente o los que acuden en su ayuda para impedir el expolio, y en el robo con fuerza, salvando las barreras defensivas de protección derivadas de los obstáculos materiales que el propietario tuvo a bien proveer, como refuerzo tuitivo de sus bienes.

Nuestra jurisprudencia, sin embargo, nos enseña que aplicada la doctrina reseñada es clara la diferencia estructural y tipológica entre los delitos de hurto y robo, pudiéndose afirmar, que dentro de los delitos contra el patrimonio, son de naturaleza distinta.

Partiendo de su distinta denominación ("nomen iuris"), no están definidos en el mismo artículo, ni contenidos en el mismo Capítulo del Código, ni en ellos se descubre el mismo despliegue de energía criminal en el culpable, para alcanzar los objetivos propuestos. Existe, también distinta modalidad comisiva.

Se da entre ambos, al igual que entre las dos clases de robo, el aditamento en el robo violento, del ataque a la integridad y libertad de las personas, como bienes jurídicos lesionados, mientras que el hurto constituye la forma más simple de apoderamiento de las cosas muebles ajenas.

Criminológicamente hablando y en la línea de la inclinación delictiva de los sujetos que cometen unas y otras infracciones, también aparecen bien diferenciados. Gráficamente, nos dice la STS 545/2001, de 3 de abril de 2001, que "una persona, que no resistiría la apropiación de algo apetecido, que puede llevarla a cabo sin que nadie la advierta (apoderamiento subrepticio) sería incapaz, en general, de obtener eso mismo, atacando violentamente o intimidando a su poseedor legítimo".

En efecto, las diferencias no pasan de la nota común de un apoderamiento del patrimonio ajeno. Las formas de ejecución, la peligrosidad de sus autores, así como las personas que habitualmente pueden cometerlos, son absolutamente distintos.

En consecuencia, no son de la misma naturaleza, los delitos de robo con violencia o intimidación que contiene la hoja histórica del recurrente, que los delitos por hurto, que es el aspecto aquí cuestionado.

Sexto.

En consecuencia, en el caso enjuiciado, al no poder utilizar el antecedente por delito leve, conforme a nuestra doctrina resultante de la STS de Pleno 481/2017, de 28 de junio, la única calificación posible es la de un delito leve de hurto concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, del art. 22.8 del Código Penal y la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, del art. 21.6 del propio Código, y todo ello en grado de tentativa.

Séptimo.

- Veremos ahora si se encuentra prescrito por el transcurso de la paralización de más de un año, a los efectos dispuestos en el art. 131 del Código Penal, como aduce el recurrente.

Al ser un motivo por infracción de ley, del art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los hechos probados se narra que la causa estuvo paralizada entre los días 6 de octubre de 2016 y el día 9 de noviembre de 2017, por lo que, de conformidad con el art. 131.1 del Código Penal, reformado por la LO 1/2015, procede declarar la prescripción del delito, por falta de persecución durante más de un año, y absolver al acusado, estimando el recurso de casación.

Octavo.

- Las costas se declaran de oficio (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado DON Maximino contra Sentencia núm. 160/2018, de 16 de abril de 2018 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga dictada en el Rollo de apelación núm. 59/2018, que estimó en parte el recurso formulado frente la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Málaga de fecha 19 de febrero de 2018.

2º.- DECLARAR de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

3º.- CASAR Y ANULAR, en la parte que la afecta, la mencionada Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

4º.- COMUNICAR al Tribunal de procedencia la presente resolución y la que seguidamente se dicta a los efectos legales procedentes; con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION NÚM.: 2086/2018



Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Excmos. Sres.

D. Julian Sanchez Melgar
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Pablo Llarena Conde
D. Vicente Magro Servet
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 26 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación legal del acusado DON Maximino , con NIE NUM000 , nacido el día NUM001 /1979, hijo de Marco Antonio y de Covadonga , con domicilio en la CALLE000 NUM002 de Yuncos (Toledo), con instrucción , contra Sentencia núm. 160/2018, de 16 de abril de 2018 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga dictada en el Rollo de apelación núm. 59/2018 , que estimó en parte el recurso formulado frente la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Málaga de fecha 19 de febrero de 2018 , dictada en el P.A. núm. 257/2016 procedente de las Diligencias urgentes núm. 151/2016 del Juzgado de Instrucción núm. 8 de dicha Capital, seguidas contra mencionado recurrente por delito de hurto. En el citado recurso esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, los Magistrados referidos al margen y bajo la presidencia del primero de los indicados, ha dictado en el día de la fecha Sentencia estimatoria del mismo, en base a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

ANTECEDENTES DE HECHO. - Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

Segundo.

HECHOS PROBADOS. - Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida (la de la Audiencia), en su integridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

- De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de calificar los hechos que se describen en los hechos probados de la Sentencia dictada en segundo grado jurisdiccional, como constitutivos de un delito leve de hurto, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, del art. 22.8 del



Código Penal y la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, del art. 21.6 del propio Código, y todo ello en grado de tentativa, y al haber transcurrido más de un año sin ser perseguido, decretar la prescripción del mismo, y absolver al acusado Maximino .

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos absolver y absolvemos al acusado Don Maximino de un delito leve de hurto, ya definido, por prescripción, declarando de oficio las costas procesales de oficio.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Alberto Jorge Barreiro Pablo Llarena Conde
Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.