

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ066543

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 93/2023, de 14 de febrero de 2023

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2318/2020

**SUMARIO:**

**Delito de hurto. Delito continuado. Aplicación de las penas. Cláusula de la penalidad exacerbada.** La cuestión de evidente interés casacional a los efectos y en los términos precisados en el Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 9 de junio de 2016: la articulación entre los artículos 74. 1º y 74. 2º, ambos CP, cuando la relación de continuidad se integra por dos delitos contra el patrimonio de diversa naturaleza, uno, menos grave y, otro, leve.

La inaplicación de la regla de exasperación del artículo 74. 1º CP resulta en este caso procedente. No porque de aplicarse se incurriría en la prohibición de doble valoración, sino porque se castiga más de lo que resulta compatible con la vigencia de los principios de culpabilidad y merecimiento como límites materiales a la cuantía de pena imponible. No cabe duda de que el caso plantea la necesidad de un nuevo ajuste que permita la adecuada articulación aplicativa entre el artículo 74. 1º y el artículo 74. 2º, ambos, CP, lo que en nada compromete el sentido y alcance del Acuerdo de Pleno. Precisamente, lo que el Acuerdo puso de relieve era la necesidad de una evaluación normativa de los riesgos de exceso que pueden derivarse de la regla penológica de la continuidad mediante la fórmula de la absorción agravada.

El Acuerdo identificó el riesgo de doble agravación en los delitos patrimoniales, pero ello no quiere decir que agotara todo el «*mapa de riesgos*» posibles que pueden derivarse, precisamente, de la delicada operación que supone, para aprehender mejor el injusto realizado y la culpabilidad del autor, la unión de varios comportamientos que cumplen individualmente un tipo penal. Debe insistirse en que la clave normativa del delito continuado es la existencia de una pluralidad de acciones u omisiones que se unifican jurídicamente, por lo que el presupuesto fáctico de partida es coincidente con el que sirve de base al concurso real de delitos.

Por ello, y sin perjuicio del nexo de continuidad que se establece entre la pluralidad de hechos que individualmente constituyen otras tantas realizaciones típicas y se aglutinan en el delito continuado, ello no quiere decir que aquellos desaparezcan. Precisamente, el artículo 74. 1º CP reclama identificar, de entre todos los delitos que integran la relación concursal especial, el más grave, como presupuesto de la fijación de la pena por el conjunto.

Es obvio, por tanto, que el delito continuado se construye, expresamente, sobre «*infracciones*». Y si ello es así, en la lógica de las consecuencias necesarias y sistemáticas, nada autoriza a que el resultado en términos de pena exceda del que resultaría de la simple suma de las penas previstas para cada una de ellas. Con la sola excepción, legalmente prevista ex artículo 74.2 CP, de los delitos patrimoniales en atención, precisamente, al perjuicio total causado.

Por tanto, en delitos patrimoniales, cuando quepa trazar una relación de continuidad entre acciones constitutivas de delitos leves y constitutivas de delitos menos graves o graves, la regla de exacerbación del artículo 74. 1º CP solo podrá activarse si dicha relación se integra, al menos, por dos delitos que constituyan delitos de naturaleza menos grave o grave.

**PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 73, 74 y 77.

**PONENTE:***Don Javier Hernández García.*

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 93/2023

Fecha de sentencia: 14/02/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2318/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/02/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Audiencia Provincial Girona. Sección Tercera

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2318/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

**SENTENCIA**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente  
D. Andrés Martínez Arrieta  
D. Julián Sánchez Melgar  
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca  
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre  
D. Antonio del Moral García  
D. Andrés Palomo Del Arco  
D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García  
D. Pablo Llarena Conde  
D. Vicente Magro Servet  
D.<sup>a</sup> Susana Polo García  
D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz  
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina  
D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura  
D. Javier Hernández García

En Madrid, a 14 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 2318/2020, interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia número 99/2020 de fecha 26 de febrero de 2020 dictada por la Audiencia Provincial de Girona (Sección Tercera) que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia num. 373/2019 de fecha 19 de diciembre de 2019 dictada por el Juzgado de lo Penal num. 2 de Girona en la causa 150/2019.

Interviene el Ministerio Fiscal y como parte recurrida D<sup>a</sup>. Ruth , representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Raquel Cabrera Callero, bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. María Elvira Fernández de la Peña.

Los/a Magistrados/a componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Girona incoó Diligencias Previas núm. 48/2018 por delito de hurto y estafa, contra D<sup>a</sup>. Ruth; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal número 2 de Girona, (Causa 150/2019) quien dictó Sentencia en fecha 19 de diciembre de 2019 que contiene los siguientes hechos probados:

"En las fechas que a continuación se reseñan, la acusada Ruth, mayor de edad, con DNI NUM000 y sin antecedentes penales, quien venía manteniendo durante dos años una relación de íntima amistad con Doña Tarsila, en el curso de la cual, Tarsila llegó a permitirle a Ruth tener una copia de las llaves del domicilio de la primera, sito en la CALLE000 n o NUM001 de la localidad de Bescanó, (Girona), y a prestarle una cantidad de dinero próxima a los 2000 euros, quebrantando la confianza en ella depositada, y animada por el deseo de obtener un ilícito beneficio, llevó a cabo los siguientes actos:

- En fecha no concretada, pero anterior y muy próxima al día 15 de Febrero del 2017, sustrajo de la vivienda, de Doña Tarsila, un pequeño joyero tasado en 20 euros, que contenía tres anillos, uno con la inscripción " Ana María" 951, 1976"; otro con la inscripción " Tarsila" "16-7-2011" y otro con la inscripción "8-10-19512", anillos que han sido tasados pericialmente en 640 euros, y que la acusada procedió a vender en su propio beneficio en el establecimiento "Oro Caja", ubicado en el Paseo de Los Països Catalans, número 65, de la localidad de Salt, obteniendo por la venta la cantidad de 290 euros.

- En fecha anterior y muy próxima al 9 de Noviembre de 2017, en momento no concretado, pero aprovechando un descuido de Tarsila, le sustrajo da tarjeta de crédito del Banco Popular Español con número NUM002, y sirviéndose de la misma, el día 9 de Noviembre de 2017, sobre las 19,35 horas, pagó 20 euros de gasolina en una gasolinera situada entre las localidades de Salt y Bescanó, y posteriormente, sobre las 19,47 horas del mismo día, como conocía el número pin de la tarjeta por la confianza que tenía con su titular, consiguió extraer del cajero automático del Banco Popular ubicado en la calle Mayor de Salt, la cantidad de 70 euros, repitiendo la misma operación sobre las 08,31 horas del siguiente día, 10 de Noviembre de 2017, en un cajero automático ubicado en la calle de Dalt número 33 de Salt, extrayendo en esta ocasión la cantidad de 300 euros. al examinar la señora Tarsila, el movimiento de su cuenta en el Banco Popular, se percató de los cargos efectuados en su cuenta y procedió a denunciar los hechos el día 13 de Noviembre de 2017, ampliando posteriormente su denuncia a otros hechos el día 7 de Diciembre de 2017.

- En fecha próxima, y en todo caso anterior al 28 de Noviembre de 2017, valiéndose de la copia de las llaves de la vivienda de la señora Tarsila, cuando la misma no estaba dentro, abrió la puerta de casa, accedió a su interior y se apoderó de una "Tablet", tasada en 70 euros, que posteriormente enajenó en su propio beneficio, en el establecimiento "Second Company", sito en la Avenida de Francia 38 de Girona, Tablet" que la señora Tarsila recuperó posteriormente pagando 98 euros al establecimiento reseñado.

No ha quedado acreditado que la acusada en el mes de octubre del 2017 se apoderara de 150 euros que había en el interior de la cartera de la Sra. Tarsila, ni que el día 2 de Noviembre de 2017 le sustrajera del bolso a Doña Tarsila la cantidad de 2400 euros cuando se encontraban en el domicilio de los padres de Doña Tarsila, ni

que en fechas no concretadas, pero anteriores al mes de Diciembre de 2017, se apoderara de un sobre con 200 euros, ni de dos cámaras fotográficas marcas Nikon y Samsung, que Tarsila tenía en su domicilio antes reseñado."

### **Segundo.**

Juzgado de lo Penal que dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debo condenar y condeno a la acusada, Ruth, como autora criminalmente responsable de un delito continuado de hurto ya circunstanciado, a las penas de un año y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo y como un delito leve continuado de estafa, ya referenciado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos meses y un día de multa con cuota diaria de 4 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

Asimismo se condena a la acusada Ruth, al pago de las costas del proceso y a que indemnice por todos los conceptos a Doña Tarsila, en 1.148 euros, más los intereses legales que se devenguen conforme al artículo 576 de la LEC.

La presente Sentencia NO ES FIRME y contra la misma cabe interponer Recurso de Apelación, para ante la Audiencia Provincial, en el plazo de DIEZ DIAS desde su notificación."

### **Tercero.**

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Ruth; dictándose sentencia núm. 99/2020 por la Audiencia Provincial de Girona (sección tercera) en fecha 26 de febrero de 2020, en el Rollo de Apelación núm. 158/2020, cuyo Fallo es el siguiente:

"ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D<sup>o</sup>. Ruth, contra la sentencia dictada en fecha 19-12-2019 por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Girona, en el Procedimiento nº 150-2019, del que este Rollo dimana, debemos REVOCANDO la mencionada resolución el único sentido de condenar a la acusada como autora criminalmente responsable de un delito continuado de hurto a las penas de 8 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, manteniendo incólumes los restantes pronunciamientos del fallo. Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Contra la presente sentencia podrá interponerse Recurso ante el TSJC, que deberá presentarse ante esta Audiencia Provincial, en el plazo de cinco días a partir de la última notificación, exclusivamente fundado en infracción de ley por la causa prevista en el artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal."

### **Cuarto.**

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Ruth que se tuvo por 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.

### **Quinto.**

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando el siguiente motivo de casación:

Motivo único.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.10 de la LECrim., por indebida aplicación del art. 74 del Código Penal, en relación con el art. 234.1 del mismo Código.

### **Sexto.**

Conferido traslado para instrucción, la parte recurrida impugna el recurso. La Sala lo admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

### **Séptimo.**

Hecho el señalamiento para deliberación y fallo el día 27 de abril de 2022, se acuerda su suspensión por providencia de ese mismo día. Y de conformidad con el art. 197 de la LOPJ, se convoca Pleno jurisdiccional de esta

Sala por providencia de 9 de enero de 2023, señalándose para deliberación y fallo del presente recurso el día 2 de febrero de 2023.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

*ÚNICO MOTIVO, POR INFRACCIÓN DE LEY, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM : INDEBIDA INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 74.1º CP*

### **Primero.**

El recurso formulado por el Ministerio Fiscal tiene un genuino acento y alcance normativo que se ajusta a los límites del recurso de casación contra sentencias de las Audiencias Provinciales que resuelven, a su vez, recursos de apelación contra sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal.

Pero no solo. El motivo introduce una cuestión de evidente interés casacional a los efectos y en los términos precisados en el Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 9 de junio de 2016: la articulación entre los artículos 74. 1º y 74. 2º, ambos CP, cuando la relación de continuidad se integra por dos delitos contra el patrimonio de diversa naturaleza, uno, menos grave y, otro, leve.

### **Segundo.**

En el caso, el Juzgado de lo Penal, a partir de la infracción más grave, el delito menos grave de hurto, y en aplicación de la regla de exasperación del artículo 74. 1º CP, impuso la pena, en la mitad superior, de un año y un día de prisión por el delito continuado de hurto.

La Audiencia de Girona, con estimación del motivo de apelación formulado por la representación de la Sra. Ruth, redujo la pena, por debajo de la mitad inferior, fijándola en 8 meses de prisión. El Tribunal Provincial descartó la aplicación en el caso de la regla de exasperación atendida la consecuencia penológica que se derivaba. Con invocación de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 5 de junio de 2019, considera " que la comisión de una infracción de carácter leve no permite la simultánea aplicación de ambos preceptos -los artículos 74. 1º y 74. 2º, ambos, CP -, porque nos encontramos ante dos ilícitos penales, delito leve y delito menos grave, no equivalentes en su gravedad y, por tanto, en su reproche penal. Se puede y se debe sostener la simultánea aplicación de ambas reglas cuando las infracciones penales son de la misma naturaleza y la aplicación del párrafo 2º del artículo 74 CP no altera la calificación jurídica de cada una de las infracciones penales que integran la comisión del delito continuado contra el patrimonio, pero no cuando alguna de las que conforman la continuidad delictiva no es constitutiva del delito de la misma gravedad."

### **Tercero.**

El Ministerio Fiscal combate la decisión de la Audiencia y el fundamento que le presta apoyo. A su parecer, la sentencia recurrida se separa de la doctrina de este Tribunal, contradiciendo los términos del Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 30 de octubre de 2007, en el que se fijó como principio general la aplicación de la cláusula de la penalidad exacerbada del artículo 74.1º CP también a los delitos continuados patrimoniales a salvo que, como consecuencia de la regla del artículo 74.2º CP que obliga, para determinar la pena, estar al perjuicio total causado, se afectara el principio de prohibición del "bis in idem". Supuesto que se daría cuando, atendido el sumatorio del perjuicio total, el delito resultante supere, agravando, la naturaleza de las diversas infracciones que integran la relación concursal continuada y, además, se utilice ese delito más grave para imponer la pena en la mitad superior.

Sin embargo, para el recurrente, ese efecto prohibido no se da en el caso. La relación concursal se conforma ya con una infracción que merece la calificación como delito menos grave de hurto. La aplicación del artículo 74. 2º CP no provoca, por tanto, modificación alguna en la calificación de las conductas individuales que integran el delito continuado por lo que no hay óbice para aplicar el artículo 74. 1º CP y, en consecuencia, la imposición de la pena en su mitad superior.

Para el recurrente, la pena exacerbada impuesta en primera instancia se ajusta al reproche merecido. Un reproche que se intensifica porque junto al delito menos grave se comete otro delito leve que integra la continuidad. Se afirma así por el recurrente, que " el reproche que merece quien ha sustraído bienes por un valor superior a 400 euros no es el mismo que quien, además, de cometer el delito menos grave, comete también uno o varios delitos de hurto".

### **Cuarto.**

El motivo no puede prosperar.

La inaplicación de la regla de exasperación del artículo 74. 1º CP resulta en este caso procedente. No porque de aplicarse se incurriría en la prohibición de doble valoración, sino porque se castiga más de lo que resulta compatible con la vigencia de los principios de culpabilidad y merecimiento como límites materiales a la cuantía de pena imponible.

#### **Quinto.**

No cabe duda de que el caso plantea la necesidad de un nuevo ajuste que permita la adecuada articulación aplicativa entre el artículo 74. 1º y el artículo 74. 2º, ambos, CP, lo que en nada compromete el sentido y alcance del Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 30 de octubre de 2007 que el Fiscal considera desatendido.

Precisamente, lo que el Acuerdo puso de relieve era la necesidad de una evaluación normativa de los riesgos de exceso que pueden derivarse de la regla penológica de la continuidad mediante la fórmula de la absorción agravada.

El Acuerdo identificó el riesgo de doble agravación en los delitos patrimoniales, pero ello no quiere decir que agotara todo el " mapa de riesgos" posibles que pueden derivarse, precisamente, de la delicada operación que supone, para aprehender mejor el injusto realizado y la culpabilidad del autor, la unión de varios comportamientos que cumplen individualmente un tipo penal.

#### **Sexto.**

Debe insistirse en que la clave normativa del delito continuado es la existencia de una pluralidad de acciones u omisiones que se unifican jurídicamente, por lo que el presupuesto fáctico de partida es coincidente con el que sirve de base al concurso real de delitos.

Por ello, y sin perjuicio del nexo de continuidad que se establece entre la pluralidad de hechos que individualmente constituyen otras tantas realizaciones típicas y se aglutinan en el delito continuado, ello no quiere decir que aquellos desaparezcan.

Precisamente, el artículo 74. 1º CP reclama identificar, de entre todos los delitos que integran la relación concursal especial, el más grave, como presupuesto de la fijación de la pena por el conjunto.

Es obvio, por tanto, que el delito continuado se construye, expresamente, sobre "infracciones". Y si ello es así, en la lógica de las consecuencias necesarias y sistemáticas, nada autoriza a que el resultado en términos de pena exceda del que resultaría de la simple suma de las penas previstas para cada una de ellas. Con la sola excepción, legalmente prevista ex artículo 74.2 CP, de los delitos patrimoniales en atención, precisamente, al perjuicio total causado.

La regla del artículo 74.2 CP permite, cuando todas las infracciones cometidas constituyen delitos leves pero la suma del perjuicio supera el límite del delito menos grave, castigar con una respuesta penológica superior a la que resultaría de las reglas del concurso real. Como también permite la transformación, por la suma de los perjuicios, de delito menos grave a grave.

En estos casos, el complejo de acciones se castigará atendiendo al perjuicio total causado y, por tanto, de conformidad a la tipicidad resultante de dicha suma.

Pero el principio de legalidad penal no autoriza a ampliar los efectos de esta regla más allá de lo que permite su interpretación estricta: cuando la continuidad no tiene efectos constituyentes de la gravedad de la infracción en atención al perjuicio total causado -grave, menos grave o leve- ningún criterio derivado de la ley penal vigente autoriza a prescindir del principio general de responsabilidad penal por los hechos singulares concretos cometidos.

Y ello por una razón esencial: si la pena individual imponible a cada infracción es la que expresa, como resulta constitucionalmente obligado, la respuesta proporcional en términos de merecimiento y necesidad de pena, el límite vendrá fijado, precisamente, por la suma de dichas penas imponibles.

El marco penal que resulte de la suma constituye el marco infranqueable que impone el principio de culpabilidad por el hecho, con la sola excepción que representa la regla segunda del artículo 74 CP, interpretada en sentido estricto.

Insistimos, si las distintas acciones conservan en el plano objetivo su singularidad y su entidad penal para medir el efecto de la absorción punitiva agravada, también la suma posible de las penas individuales correspondientes a cada una de las infracciones que se aglutinan en el delito continuado debe operar como límite máximo de la pena imponible por la acción continuada.

Por tanto, la pena exacerbada será la adecuada si, en el caso concreto, responde al total de injusto producido y a la culpabilidad manifestada por el autor.

#### **Séptimo.**

Parece obvio, por expresa voluntad del legislador -" no obstante lo dispuesto en el artículo anterior", se precisa en el artículo 74 CP con relación a la regla de concurso real que se contempla en el artículo 73 CP- que el tratamiento punitivo del delito continuado no puede ser de peor condición que el modelo cumulativo previsto para el concurso real. Ni, tampoco, respecto al régimen de absorción agravada del concurso ideal de delitos y del medial del artículo 77 CP en el que se previene como condición de aplicación que la pena imponible agravada no supere la que resultaría del castigo por separado de los distintos delitos en concurso, pues, en caso contrario, deberán castigarse por separado.

Dicha regla, cuya aplicación se excluye expresamente solo con relación a los artículos 75 y 76, ambos, CP, contiene una cláusula de salvaguarda del principio de culpabilidad en la determinación de la pena cuya aplicación a otros supuestos de unidad jurídica de acción no parece que contradiga el propio sentido político-criminal de la regla de punición exacerbada del delito continuado.

#### **Octavo.**

En el caso, no cabe duda de que la regla del artículo 74. 2º CP, entendida no como fórmula de determinación de pena sino como regla constitutiva de un injusto propio y específico integrado por la suma del perjuicio total causado - Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 18 de julio de 2007- arroja, en el caso, una única infracción como delito de hurto continuado.

Y también es cierto que el delito leve de hurto, única infracción adicional que integra la continuidad delictiva apreciada junto con la infracción menos grave precedente, produjo un perjuicio de 70 euros que debe sumarse a los 630 euros del delito menos grave de hurto.

Pero la traducción penológica del reproche que merece tal acción continuada debe concretarse judicialmente dentro del marco penal abstracto previsto para la infracción más relevante, sin someterse a la regla tasada de punición exacerbada del párrafo 1º del artículo 74 CP, de acuerdo con los principios de responsabilidad y culpabilidad por los dos hechos cometidos.

#### **Noveno.**

Acudir, en este caso, a la regla de la exacerbación carece de toda cobertura desde el principio de culpabilidad.

En modo alguno, el nexo de continuidad entre el delito menos grave de hurto y el leve de hurto produce un contenido de injusto y de culpabilidad mayor que el que resulta de la suma del desvalor propio de los hechos individuales hasta el punto de justificar una pena privativa de libertad en la mitad superior de la prevista para el primero. En el caso, la pena "preceptiva" ex artículo 74.1º CP de la mitad superior para la infracción más grave, cuya imposición disculpa, además, de todo esfuerzo de individualización, supera, en mucho, la gravedad del hecho y la culpabilidad manifestada del autor.

A salvo que se pretenda justificar dicha desmedida hiperpunición como respuesta por la conducta de reiteración de comportamientos contrarios a la norma. Lo que no solo comprometería el sentido de la relación de continuidad como unidad jurídica de acciones sino también los propios fundamentos del sistema penal basado en la culpabilidad por el hecho y no en la culpabilidad por la conducta de vida.

Sobre esta decisiva cuestión se ha pronunciado de manera reiterada el Tribunal Constitucional, recordando que la Constitución consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico tanto del Derecho penal como del Derecho administrativo sancionador -vid. por todas, SSTC 76/1990, 246/1991, 86/2017, 51/2021-, vinculándolo con los artículos 10, 24 y 25 CE y excluyendo una comprensión del mismo que permita admitir la existencia de un derecho penal "de autor" que determine las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de este en la comisión de los hechos -vid. por todas, STC 14/2021-.

#### **Décimo.**

En lógica correspondencia, nuestra sentencia de Pleno 481/2017, de 28 de junio, que excluyó la aplicación de la cláusula de multirreincidencia del artículo 235.7º CP cuando las previas condenas lo fueran por delitos leves de hurto, reivindicó con especial énfasis, "cuando afloran contradicciones internas tanto de índole textual como sobre todo axiológicas" en la selección de la norma, el imprescindible rol hermenéutico del principio de culpabilidad " como freno a los excesos punitivos cuando se pone en relación con la ilicitud concreta del hecho que se juzga" -vid. también STS 684/2019, de 3 de febrero de 2020-.

Lo que coliga con el alcance que el Tribunal Constitucional ha dado al derecho a la legalidad penal como límite interpretativo de los preceptos penales. Como recuerda la STC 129/2008, " la seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su razonabilidad. Dicha

razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional ( SSTC 159/1986 , 59/1990 , 111/1993 ) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica. Dicho de otro modo, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico -una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante- o axiológico -una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional- conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios" -vid. también, SSTC 137/1997, 189/1998, 13/2003, 138/2004, 242/2005, 262/2006, 185/2014-.

Lo que comporta que el mandato de interpretación materialmente orientada de la norma penal a la Constitución exige tomar en consideración el presupuesto de culpabilidad que presta sentido y fundamento a la imposición de la pena.

### **Undécimo.**

De tal modo, junto a la prevención de bis in idem, en los términos precisados en el Acuerdo de Pleno No jurisdiccional de 30 de octubre de 2007, cuando, a la luz del perjuicio total causado y las condiciones de merecimiento del culpable, la pena imponible por la aplicación de la cláusula de exasperación del artículo 74.1º CP resulte manifiestamente excesiva por superar la que resultaría del castigo por separado de los distintos delitos que integran la continuidad, tampoco procederá su aplicación, debiendo individualizarse la pena del delito continuado patrimonial en atención a la regla del artículo 74.2º CP que permite fijar la pena puntual en la extensión más ajustada a la culpabilidad.

Lo que conduce, como anticipábamos, al rechazo del motivo pues la sentencia de primera instancia no ofreció ninguna razón individualizadora más allá de la cláusula punitiva de absorción agravada del artículo 74. 1º CP para imponer la pena en la mitad superior de la prevista para el delito menos grave de hurto. En el caso, la infracción leve no presta un mayor contenido de injusto total que justifique castigar imperativamente a la infracción más grave en su mitad superior. Lo impide la culpabilidad manifestada por los dos hechos que constituyen la continuidad.

En todo caso, y como prevención general para evitar el riesgo de pluspunción, en delitos patrimoniales cuando la continuidad se integra por una acción constitutiva de un solo delito menos grave o grave y por una o varias acciones constitutivas de delitos leves deberá estarse, exclusivamente, a la regla especial del artículo 74.2 CP.

Dicho de otra manera: en delitos patrimoniales, cuando quepa trazar una relación de continuidad entre acciones constitutivas de delitos leves y constitutivas de delitos menos graves o graves, la regla de exacerbación del artículo 74. 1º CP solo podrá activarse si dicha relación se integra, al menos, por dos delitos que constituyan delitos de naturaleza menos grave o grave.

### **Duodécimo.**

La decisión de la Audiencia Provincial de, por un lado, desplazar en este caso la regla de exasperación del artículo 74. 1º CP y, por otro, de fijar la pena solo en atención al perjuicio total causado en los términos del artículo 74.2 CP se ajustó a las exigencias interpretativas de adecuación constitucional antes referidas.

### *CLÁUSULA DE COSTAS*

### **Decimotercero.**

Atendida la posición institucional que ocupa el Ministerio Fiscal en el proceso, las costas del recurso se declaran de oficio.

## **FALLO**

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

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

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de 26 de febrero de 2020 de la Audiencia Provincial de Girona (sección tercera).

Declaramos de oficio las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

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.