

## Bagaje del nuevo recurso de casación penal

**Javier Ángel Fernández-Gallardo Fernández-Gallardo**

*Letrado de la Administración de Justicia.*

*Juzgado Central de Instrucción núm. 2. Audiencia Nacional*

*Doctor en Derecho*

---

### EXTRACTO

La reforma de la LECrim. operada por la Ley 41/2015 ha modificado sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, ya se trate de sentencias dictadas en primera instancia por los juzgados de lo penal, ya por las audiencias provinciales. En ambos supuestos se generaliza la segunda instancia, respectivamente ante la audiencia provincial o ante las salas de lo civil y penal del TSJ, y se prevé un régimen de casación para estas sentencias dictadas en segunda instancia. Esta nueva modalidad de casación, que materializa la función nomofiláctica del TS, persigue homogeneizar la interpretación en todos los órganos de la jurisdicción penal de las normas penales que antes, ordinariamente, no aparecían en la agenda del TS por razón de la penalidad, provocando una indeseable dispersión interpretativa. En el presente estudio analizamos la jurisprudencia sentada por las diecisiete sentencias que, al cierre del año judicial 2016-2017, han sido dictadas por el TS a través de esta nueva modalidad de casación.

**Palabras clave:** casación; circulación vial; desobediencia; multirreincidencia; reincidencia; acoso; delito leve.

---

*Fecha de entrada: 28-08-2017 / Fecha de aceptación: 16-10-2017*

## Progress of the new appeal in cassation

Javier Ángel Fernández-Gallardo Fernández-Gallardo

---

### ABSTRACT

The reform of the Criminal Procedure Act has substantially modified the impugnatory regime of judgments of the criminal jurisdiction, whether they are judgments handed down in the first instance by the criminal courts, or by the provincial courts. In both cases, the second instance is generalized, respectively before the provincial court or before the civil and criminal chambers of the High Court of Justice, and a system of cassation is envisaged for these sentences issued in the second instance. This new modality of cassation, which materializes the nomofilactic function of the Supreme Court, seeks to homogenize the interpretation in all the organs of the criminal jurisdiction of the criminal norms that before, ordinarily, did not appear in the Supreme Court agenda due to the penalty, provoking an undesirable interpretive dispersion. In the present study we analyze the jurisprudence seated by the seventeen judgments that, at the close of the judicial year 2016-2017, have been dictated by the Supreme Court through this new form of appeal in cassation.

**Keywords:** appeal in cassation; road traffic; disobedience; multirecidivism; recidivism; harassment; misdemeanor.

---

---

## Sumario

1. Introducción
2. Delitos contra la seguridad vial
  - 2.1. Negativa al sometimiento a la segunda prueba de detección de alcohol
    - A) Norma penal en blanco
    - B) Garantía del afectado y garantía institucional
    - C) Concepto del término «pruebas»
    - D) Infracción ya comprobada por la primera medición
    - E) Cuestionamiento del resultado de la primera prueba
    - F) Menor gravedad
    - G) Bien jurídico protegido
  - 2.2. Conducción de un turismo sin haber obtenido nunca el permiso
  - 2.3. Responsabilidad civil derivada de un delito contra la seguridad vial
  - 2.4. Concurso real entre los artículos 379 y 383 del CP
    - A) Principio de *non bis in idem*
    - B) Principio de proporcionalidad de la pena
  - 2.5. Concepto de «conducción» del artículo 379.2 del CP
3. Delito de hurto
  - 3.1. Concepto de «precio de venta al público»: Inclusión del IVA
  - 3.2. Multirreincidencia. Tipo de hurto hiperagravado del artículo 235.1.7.º del CP
4. Delito de hostigamiento, acecho, acoso, o *stalking*
5. Naturaleza de los delitos con penalidad compuesta. Interpretación del artículo 13.4 del CP
6. Agravante de reincidencia
7. Conclusiones

### Referencias bibliográficas

#### Cómo citar este estudio:

Fernández-Gallardo Fernández-Gallardo J. Á. (2018). Bagaje del nuevo recurso de casación penal. *Revista Ceflegal*, 205.

## 1. INTRODUCCIÓN

La reforma operada por la Ley Orgánica 41/2015<sup>1</sup> altera la concepción histórica acerca del objeto del recurso de casación, tradicionalmente asociado a un medio extraordinario de impugnación contra una sentencia dictada en primera instancia por una audiencia provincial. La definitiva puesta en funcionamiento de la segunda instancia en el proceso penal obliga a sustituir las resoluciones susceptibles de impugnación casacional. Frente al sistema pre-vigente en el que el objeto del recurso de casación –a salvo la innovación que representó la LO 5/1995–<sup>2</sup>, era una sentencia dictada en única instancia por las audiencias provinciales, la Audiencia Nacional, o las salas de lo Civil y Penal cuando enjuiciaban procesos penales contra aforados, la reforma operada por la Ley Orgánica 41/2015 convierte en objeto del recurso a las sentencias dictadas en grado de apelación por esos mismos órganos jurisdiccionales.

Esta reforma, según se desprende de su preámbulo, solo generaliza la casación por infracción de ley, «si bien acotado al motivo primero del artículo 849, y reservando el resto de los motivos para los delitos de mayor gravedad», pero abre al Tribunal Supremo (en adelante, TS) la posibilidad de unificar criterios en la interpretación de tipos penales que nunca han llegado a la casación penal. De esa forma se implanta una herramienta procesal idónea para homogeneizar la interpretación del derecho penal sustantivo<sup>3</sup>, lo que repercute en una más efectiva satisfacción del principio de igualdad, minimizando 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. 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 provincial a la que haya derivado el asunto.

De lo que se trata es de abrir una vía casacional a las sentencias dictadas en apelación por las audiencias provinciales, y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que solo autoriza la impugnación del juicio de tipicidad o, lo que es lo mismo, la expresión de un error por parte del tribunal *a quo* respecto de la calificación jurídica de los hechos. Ello conlleva que el discurso

<sup>1</sup> Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim. para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015).

<sup>2</sup> Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1995).

<sup>3</sup> STC 134/1991, Sala 2.ª, de 17 de junio (BOE núm. 162, de 8 de julio de 1991; MP: José Gabaldón López).

argumental que sostenga la parte recurrente habrá de ajustarse, siempre y en todo caso, al relato de hechos probados<sup>4</sup>.

Al cierre del año judicial 2016/2017 el TS ha dictado 17 sentencias<sup>5</sup> –9 de ellas del pleno–, resolviendo el recurso de casación formulado contra sentencias dictadas por las audiencias provinciales en grado de apelación, de las cuales 10 lo han sido en relación con delitos contra la seguridad vial, tres referentes al delito de hurto, dos en relación con el delito de hostigamiento o acoso, una sobre la agravante de reincidencia, y otra sobre la interpretación del concepto de delito leve, todas las cuales pasamos seguidamente a analizar atendiendo a las materias por las mismas tratadas.

## 2. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL

Nos enfrentamos a la interpretación de unos delitos (arts. 339 a 385 ter CP) que solo si se presentaban en conexión con delitos de mayor penalidad podrían acceder antes a casación, lo que criminológicamente ha sido infrecuente. El TS se había pronunciado sobre estos delitos en el seno de procesos contra aforados y con un alcance limitado. Precedentes muy escasos si comparamos con el volumen de los asuntos por tales delitos ventilados en nuestros tribunales. Por tanto, la ausencia de doctrina jurisprudencial ha constituido campo bien abonado para que germinen y convivan interpretaciones opuestas sobre los delitos comprendidos en el capítulo que regula estos delitos.

### 2.1. NEGATIVA AL SOMETIMIENTO A LA SEGUNDA PRUEBA DE DETECCIÓN DE ALCOHOL

Esta cuestión, que ha propiciado soluciones divergentes en distintos tribunales de nivel provincial, ha sido objeto de debate y fijación de criterio por la Sala 2.<sup>a</sup> del TS a través de tres sentencias<sup>6</sup>.

El delito de negativa a someterse a las pruebas de detección de la intoxicación por alcohol u otras drogas fue una novedad del CP 1995, cuyo originario artículo 380<sup>7</sup> remitía al delito de desobediencia previsto y penado en el artículo 556 del CP. El Tribunal Constitucional (en ade-

<sup>4</sup> SSTS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 26 de febrero de 2008 (ROJ: STS 1192/2008; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); y 24 de junio de 2010 (ROJ: STS 3685/2010; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

<sup>5</sup> Fuente CENDOJ.

<sup>6</sup> SSTS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 28 de marzo de 2017 (ROJ: STS 1073/2017; MP: Antonio del Moral García); 29 de junio de 2017 (ROJ: STS 2580/2017; MP: Andrés Martínez Arrieta); y 11 de julio de 2017 (ROJ: STS 531/2017; MP: Antonio del Moral García).

<sup>7</sup> El originario artículo 380 disponía: «El conductor que, requerido por el agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado como autor de un delito de desobediencia grave, previsto en el artículo 556 de este Código».

lante TC)<sup>8</sup> mantuvo la adecuación de dicho tipo penal a la CE, en particular, con sus artículos 17.3 –derecho del detenido a no declarar– y 24.2 –derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable–. También rechazó las dudas que suscita el rigor de su consecuencia jurídica, arguyendo al respecto que mediante el citado precepto «no se obliga al detectado, bajo amenaza de pena, a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados». Se trata, entiende, de «la verificación de una pericia técnica de resultado incierto» que en ningún caso «entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado». En relación con la consecuencia jurídica, cuestiona la idoneidad de otro tipo de medidas menos gravosas así como su eficacia preventiva, y en cuanto a su importante entidad, apuntó principalmente que «tiende a proteger, en última instancia, bienes tan trascendentales como la vida y la integridad física de las personas». La Ley Orgánica 15/2007<sup>9</sup> desplazó el referido delito al artículo 383 del CP, suprimió la referencia a la desobediencia, a fin de dotarle de autonomía y cierta singularidad, y añadió una pena de privación del permiso de conducir con una clara finalidad político-criminal<sup>10</sup>.

Un sector de la jurisprudencia menor<sup>11</sup> entiende que la negativa a someterse a una segunda prueba de detección de alcohol en aire espirado no integra el tipo del artículo 383 del CP, pues la misma, por remisión al artículo 23 del Reglamento General de Circulación<sup>12</sup> (en ade-

<sup>8</sup> SSTC 161/1997, Pleno, de 2 de octubre (BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1997; MP: Carles Viver Pi-Sunyer); y 234/1997, Pleno, de 18 de diciembre (BOE núm. 18, de 21 de enero de 1998; MP: Julio Diego González Campos).

<sup>9</sup> Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP en materia de seguridad vial (BOE núm. 288, de 1 de diciembre de 2007).

<sup>10</sup> Con respecto a la eliminación de la remisión expresa al delito de desobediencia (art. 556 CP) a raíz de la Ley Orgánica 15/2007, Alonso Rimo, A. (2008). El delito de negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol o drogas tóxicas desde la perspectiva de la reforma penal de 2007. En Vidales Rodríguez, C. y Mera Redondo, A. (coords.), *Seguridad Vial. (Especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre)* (pp. 305 y ss). Valencia: Tirant lo Blanch. Y Trapero Barreales, M. (2011). *Los delitos contra la Seguridad Vial: ¿Una reforma de ida y vuelta?* (pp. 242 y ss.) Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>11</sup> SSAP de Barcelona, Sec. 8.ª, de 9 de septiembre de 2016 (ROJ: SAP B 8066/2016; MP: José María Planchat Teruel); Sec. 10.ª, de 13 de mayo de 2014 (ROJ: SAP B 5457/2014; MP: José María Planchat Teruel); Sec. 5.ª, de 28 de mayo de 2014 (ROJ: SAP B 8360/2014; MP: Elena Guindulain Oliveras); y Sec. 10.ª, de 13 de septiembre de 2013 (ROJ: SAP B 9062/2013; MP: José María Planchat Teruel). SSAP de Madrid, Sec. 23.ª, de 13 de noviembre de 2013 (ROJ: SAP M 19725/2013; MP: Rafael Mozo Muelas); Sec. 29.ª, de 1 de diciembre de 2011 (ROJ: SAP M 18833/2011; MP: María del Pilar Rasillo López); y Sec. 17.ª, de 10 de septiembre de 2010 (ROJ: SAP M 14005/2010; MP: María Jesús Coronado Buitrago); SAP de Las Palmas, Sec. 1.ª, de 12 de junio de 2014 (ROJ: SAP GC 1413/2014; MP: Miquel Àngel Parramon i Bregolat); SAP de Vizcaya, Sec. 2.ª, de 15 de enero de 2013 (ROJ: SAP BI 156/2013; MP: Juan Mateo Ayala García); SAP de Cantabria, Sec. 3.ª, de 29 de junio de 2012 (ROJ: SAP S 2084/2012; MP: Paz Mercedes Aldecoa Álvarez-Santullano); SAP de Huelva, Sec. 2.ª, de 20 de enero de 2011 (ROJ: SAP H 259/2011; MP: Florentino Gregorio Ruiz Yamuza); y SAP de Girona, Sec. 3.ª, de 16 de octubre de 2009 (ROJ: SAP GI 1656/2009; MP: Fátima Ramírez Souto), entre otras muchas.

<sup>12</sup> Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (BOE núm. 306, de 23 de diciembre de 2003).

lante RGC), es una prueba de garantía o contraste, como salvaguarda de los derechos del sometido a ella, por lo que cabe la renuncia u oposición del conductor, aunque la mayoría de las resoluciones que consideran atípica esta negativa suelen entenderlo así solo para el caso de que aquel se aquiete con el primer resultado, y no si luego lo impugna. La cuestión no aparece resuelta por la STS 1/2002<sup>13</sup> frecuentemente citada como fundamento de esta postura, pues, si bien esta establece que la negativa a la práctica de la segunda prueba de medición de alcoholemia debe ser calificada como constitutiva de un delito contra la seguridad del tráfico del actual artículo 383 del CP, la misma contenía un supuesto fáctico distinto al que nos ocupa ya que, en el caso resuelto por aquella, el conductor se había sometido a la prueba de muestreo con etilómetro manual y negado a practicar las del etilómetro de precisión.

Por el contrario, otra línea jurisprudencial de las audiencias provinciales<sup>14</sup> considera típica y subsumible en el artículo 383 del CP la negativa a someterse a la segunda prueba en el etilómetro de precisión, por cuanto el artículo 23 del RGC establece la obligatoriedad de someterse a esta segunda prueba<sup>15</sup>. El mismo criterio sigue la Circular FGE 10/2011<sup>16</sup>.

El punto debatido es si el rechazo a realizar la segunda prueba de alcoholemia prevista reglamentariamente es suficiente para colmar las exigencias típicas del artículo 383 del CP cuando el sujeto se ha sometido voluntariamente a una primera medición. El TS sitúa en el centro de toda esta controversia la determinación del bien jurídico protegido por este delito, pero no por ello deja de rebatir los distintos razonamientos esgrimidos por la jurisprudencia menor en contra de la tipicidad del hecho.

## A) Norma penal en blanco

El artículo 383 del CP se configura como tipo penal en blanco, remitiendo, de forma expresa, a la normativa administrativa sobre comprobación de las tasas de alcoholemia, que viene integrada en

<sup>13</sup> STS, Sala 2.ª, de 22 de marzo de 2002 (ROJ: STS 2095/2002; MP: Luis Román Puerta Luis).

<sup>14</sup> SAP de Madrid, Sec. 23.ª, de 16 de febrero de 2016 (ROJ: SAP M 2122/2016; MP: Justo Rodríguez Castro); SAP de Alicante, Sec. 2.ª, de 18 de noviembre de 2015 (ROJ: SAP A 2366/2015; MP: Julio José Úbeda de los Cobos); SAP de Cádiz, Sec. 1.ª, de 27 de enero de 2012 (ROJ: SAP CA 2566/2012; MP: María Oliva Morillo Ballesteros); SAP de Barcelona, Sec. 7.ª, de 19 de junio de 2009 (ROJ: SAP B 8452/2009; MP: Luis Fernando Martínez Zapater); SAP de Guadalajara, Sec. 1.ª, de 19 de junio de 2009 (ROJ: SAP GU 239/2009; MP: María Ángeles Martínez Domínguez); SAP de Girona, Sec. 3.ª, de 20 de octubre de 2009 (ROJ: SAP GI 1664/2009; MP: Ildefonso Carol Grau); y SAP de Castellón, Sec. 1.ª, de 25 de abril de 2008 (ROJ: SAP CS 404/2008; MP: Pedro Luis Garrido Sancho), entre otras muchas.

<sup>15</sup> SAP de Barcelona, Sec. 2.ª, de 4 de junio de 2014 (ROJ: SAP B 6482/2014; MP: Pedro Martín García); y SAP de Valencia, Sec. 4.ª, de 3 de marzo de 2014 (ROJ: SAP V 1029/2014; MP: María Pilar Esther Rojo Belbrán).

<sup>16</sup> La Circular FGE 10/2011, de 17 de noviembre de 2011, dispone que «la segunda prueba no es [...] un derecho del interesado de ejercicio potestativo. Ambas pruebas son obligatorias y están orientadas a garantizar el acierto en el resultado. En definitiva, se puede concluir que la negativa a someterse a cualquiera de ellas constituye una conducta subsumible en el tipo estudiado. El carácter garantista y voluntario corresponde, en realidad, a las analíticas de sangre».

la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial<sup>17</sup> (en adelante, LT), y los artículos 21 a 24 del RGC. Estas normas, siguiendo la jurisprudencia del TS<sup>18</sup> sentada en relación con el delito analizado en causas especiales seguidas contra aforados, establecen la siguiente secuencia:

- Todo conductor habrá de someterse, en los casos reglamentariamente previstos, a una primera medición mediante un «etilómetro oficialmente autorizado», no siendo suficiente uno de muestreo. La prueba ha de darse por practicada cuando el resultado es negativo y no presenta síntomas de influjo de bebidas alcohólicas.
- «El agente someterá al interesado, para una mayor garantía y a efecto de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por el aire espirado, mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera prueba, de lo que habrá de informarle previamente», cuando la primera prueba arroje un grado de impregnación alcohólica superior a 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre o a 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, o al previsto para determinados conductores; o, aun sin alcanzar estos límites, presenta la persona examinada síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Esta segunda medición ha de practicarse también con un etilómetro debidamente homologado.
- Procederá la prueba de contraste mediante análisis de sangre, orina u otros análogos en el solo caso de que informada la persona interesada, así lo solicite. En ese supuesto, habrá de proveerse la práctica de aquella en la forma prevenida en el artículo 23.4. Esta prueba es voluntaria, por oposición a las anteriores que se diseñan como obligatorias.

A la vista de tal regulación el TS enfatiza la obligación que el conductor tiene de someterse a esta segunda diligencia si concurren las circunstancias reglamentarias precisas para ello<sup>19</sup>, y que su negativa hace que su conducta deba considerarse incluida en el tipo penal del artículo 383 del CP, pues entenderlo de otra forma, considerando que el conductor queda exento de responsabilidad penal sometiéndose únicamente a la primera diligencia, implicaría un verdadero fraude legal, por cuanto que dadas las características de los etilómetros con los que se practican las denominadas pruebas de muestreo, podría cuestionarse el resultado obtenido con ellos, con lo que, en la práctica, devendría absolutamente ineficaz la norma legal. Asimismo entiende el TS que considerar que la segunda prueba tiene carácter potestativo va contra la voluntad de la norma, pues en la misma inequívocamente está concebida como obligatoria, extremo que aparece sin lugar a

<sup>17</sup> Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015).

<sup>18</sup> SSTS, Sala 2.ª, de 22 de marzo de 2002, cit.; y de 9 de diciembre de 1999 (ROJ: STS 7857/1999; MP: Luis Román Puerta Luis).

<sup>19</sup> En este sentido, García Valdés, C., Mestre Delgado, E. y Figueroa Navarro C. (2015). *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial* (p. 236). Madrid: Edisofer.

duda si se compara con la forma en que se regula la eventual prueba de extracción de sangre. La norma ha dejado claro los extremos que se dejan sujetos a la voluntad del afectado, estableciendo cuidadosamente los derechos del sometido a la prueba –análisis de sangre de verificación, necesidad de ser informado, comprobación del transcurso de un tiempo mínimo, etc.–, sin que entre ellos aparezca el no acceder a la segunda espiración.

Frente a esta argumentación, uno de los votos particulares<sup>20</sup> formulados contra la primera de las tres sentencias que resuelven esta cuestión, partiendo de la consideración del derecho penal como última ratio, esgrime que el artículo 383 del CP no contiene una remisión genérica a la normativa administrativa, sino a una regulación contenida en una ley, exterior al CP, pero, en todo caso, de rango legal, resaltando al efecto tres aspectos concretos:

En primer lugar, cuando el RGC prevé que el agente someterá al conductor a una segunda medición con el etilómetro, está imponiendo una obligación al agente, no al conductor, que solamente viene obligado por la ley a la primera de las mediciones. Las pruebas obligatorias, a los efectos de determinar la existencia de responsabilidad penal, han de estar establecidas por la ley, sin que exista una remisión global a la regulación reglamentaria. Por tanto, el reglamento podrá desarrollarlas, pero, a los efectos de determinar las conductas que dan lugar a responsabilidad penal al completar el precepto en blanco, constituiría un exceso establecer pruebas nuevas, diferentes de las contempladas en la ley. A tal efecto la LT establece claramente que tales pruebas consistirán en la verificación del aire espirado mediante dispositivos autorizados, sin que contenga ninguna mención expresa de una obligación para el conductor de someterse a una segunda medición con aparato autorizado. La LT solamente prevé una medición de la tasa de alcohol, realizada mediante aparato autorizado, que se podrá repetir a efectos de contraste y a petición del ciudadano, preferentemente mediante análisis de sangre, aunque sin excluir otras posibilidades. Si bien la LT contiene también una remisión al reglamento lo es en relación con el procedimiento, las condiciones y los términos en que se realizarán las pruebas para la detección de alcohol o de drogas, pero no en cuanto a las pruebas que deban practicarse. El RGC no puede, válidamente, ampliar el elenco de pruebas obligatorias para el ciudadano, más allá de los términos de la ley, porque no existe habilitación de esta norma en ese aspecto.

En segundo lugar, la regulación del RGC es confusa. En la misma no se establece con claridad que la segunda medición tenga como objetivo suprimir las posibles dudas que pudiera originar el resultado de la primera, entre otras cosas, porque nada impide que se efectúe con el mismo dispositivo empleado en la primera. Asimismo el RGC no contiene ninguna norma dirigida directamente al conductor, salvo las que son repetición de lo dispuesto en la LT.

Finalmente, atendiendo al fin de la norma, realizada válidamente una medición su resultado es valorable como prueba de cargo, sin que sea necesario que se haya practicado una segunda prueba, y, por tanto, sin que su ausencia repercuta negativamente en la validez de la primera. Nos encontramos

---

<sup>20</sup> STS, Sala 2.ª, de 28 de marzo de 2017, cit. Voto formulado por Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, al que se adhieren Luciano Varela Castro, Andrés Palomo del Arco y Ana María Ferrer García. En igual sentido voto particular formulado por Ana María Ferrer García en STS, Sala 2.ª, de 11 de julio de 2017, cit.

ante una única prueba de medición que puede ser repetida para mayor garantía y a efectos de contraste, y no ante una prueba única llevada a cabo en dos actos, lo que conduciría a negar valor probatorio, por prueba incompleta, a la primera medición aun cuando hubiese sido realizada con todas las garantías.

Encontramos asimismo otro voto particular<sup>21</sup> que disiente de la consideración de que la obligación de repetir la prueba de etilometría venga claramente establecida en la regulación reglamentaria, sosteniendo que el artículo 22 del RGC se limita a determinar la naturaleza de la prueba de obligado cumplimiento, pero sin posicionarse sobre su número<sup>22</sup>, siendo el artículo siguiente el que describe la específica metodología, pero el mismo va dirigido al agente y no al conductor.

## B) Garantía del afectado y garantía institucional

Frente a la postura de los que aducen que la segunda de las pruebas está concebida únicamente como garantía del afectado, constituyendo un derecho renunciable en beneficio del derecho de defensa<sup>23</sup>, el TS replica que esta segunda prueba constituye también una garantía institucional, pues se trata de alcanzar un alto grado de objetividad, en garantía tanto del afectado como del sistema<sup>24</sup>. Las garantías establecidas en favor del inculpaado constituyen a la vez garantías del sistema y por eso no indefectiblemente son renunciables, como sucede con la asistencia letrada.

Frente a este argumento se formula un voto particular<sup>25</sup>, entendiendo que la segunda prueba es un derecho del conductor requerido pero no una obligación. Esta segunda prueba constituye una salvaguarda de los derechos del acusado, por ello el hecho de negarse a practicarla no puede suponer una conducta penalmente relevante, pues habrá de pasar en todo caso por los resultados del primer examen. Por consiguiente, la negativa a realizar este contraste ha de ser interpretada como la aceptación por parte del conductor de los resultados de la primera prueba, sin relevancia penal

<sup>21</sup> STS, Sala 2.ª, de 28 de marzo de 2017, cit. Voto particular que formula el magistrado Pablo Llarena Conde.

<sup>22</sup> Voto particular que formula el magistrado Pablo Llarena Conde: «El precepto fija que, para la verificación del grado de impregnación alcohólica, hay dos únicas metodologías que resultan imponibles y a las que se está sujeto: a) La de etilómetros oficialmente autorizados y b) Solo cuando las personas obligadas sufrieran lesiones, dolencias o enfermedades cuya gravedad impida el uso de etilómetros, estarán obligados a someterse a las pruebas de detección que el personal facultativo del centro médico al que fuesen evacuados considere oportuno realizar. Junto a estas metodologías de sumisión obligatoria, se establece una tercera modalidad, que solo opera tras la ejecución de aquella y que únicamente es aplicable a solicitud del obligado, consistente en analíticas que permitan confirmar o refutar el resultado del etilómetro».

<sup>23</sup> SAP de Madrid, Sec. 29.ª, de 15 de marzo de 2012 (ROJ: SAP M 6449/2012; MP: Francisco Buenaventura Ferrer Pujol); SAP de Lleida, Sec. 1.ª, de 14 de febrero de 2011 (ROJ: SAP L 62/2011; MP: María Lucía Jiménez Márquez); y Sec. 1.ª, de 3 de septiembre de 2010 (ROJ: SAP L 407/2010; MP: Eva María Chesa Celma).

<sup>24</sup> En este sentido se citan la STS, Sala 2.ª, de 13 de julio de 2012 (ROJ: STS 5634/2012; MP: Manuel Marchena Gómez), y la STC 100/1985, Sala 2.ª, de 3 de octubre (BOE núm. 265 de 5 de noviembre de 1985; MP: Luis Díez-Picazo y Ponce de León).

<sup>25</sup> STS, Sala 2.ª, de 28 de marzo de 2017, cit. Voto particular que formula el magistrado Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

alguna, y solo cuando la negativa a someterse a esta segunda prueba entrañe fraude de Ley, intentando negar la validez de la primera prueba, esa negación constituiría el delito del artículo 383 del CP.

### C) Concepto del término «pruebas»

Otro de los argumentos utilizados en pro de la atipicidad de la negativa en cuestión se sustenta en la idea de que el plural del término «pruebas» que emplea el artículo 383 del CP impondría la interpretación más estricta, esto es, sería necesaria la negativa a las dos pruebas. Por el contrario, entiende el TS que desde un punto de vista gramatical la invocación a unas «pruebas», que se recoge en el artículo 383 del CP, no supone que el legislador contemplara y exigiera la repetición debatida, pues este precepto, como norma penal en blanco, no puede prever y considerar el contenido que modula la norma extrapenal de complemento a la que se remite. Si el tipo penal habla de «pruebas» en plural, es porque sanciona al conductor que eluda los diferentes mecanismos que se establezcan para comprobar tanto la tasa de alcohol como la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. No estamos ante dos pruebas sucesivas, sino ante una única prueba cuya fiabilidad plena requiere dos mediciones con un intervalo de tiempo. Sin esas dos mediciones la prueba está incompleta reglamentariamente, no alcanza las cotas deseables de fiabilidad por haber quedado inacabada.

Frente a este criterio se formula asimismo voto particular<sup>26</sup> destacando que si la prueba de impregnación alcohólica por aire espirado es única, y precisa de dos momentos para alcanzar un resultado objetivo, tal criterio entra en contradicción, pues de un lado la normativa debería obligar a reiterar la prueba cuando el primer resultado es negativo, y de otro, jamás podría sustentarse una condena penal si las dos lecturas están enfrentadas en su antijuricidad, pues debería permitirse someter al conductor a una tercera prueba dirimente.

### D) Infracción ya comprobada por la primera medición

Sostienen algunas audiencias provinciales<sup>27</sup> que la finalidad de comprobación de un delito contra la seguridad del tráfico a que se refiere el artículo 379 dejaría al margen del tipo los casos en que esa infracción está ya comprobada por los resultados de la primera de las mediciones. En contra de este argumento el TS aduce que llevado el mismo a sus últimas consecuencias abocaría a negar la tipicidad en los siguientes casos: 1) Cuando los síntomas son tan evidentes que la prueba, incluida la primera, puede considerarse en un juicio *ex ante* prescindible por contarse ya con medios probatorios suficientes e incluso sobrados. 2) Cuando el propio acusado acompaña su negativa a la prueba de su reconocimiento pleno de los hechos ofreciéndose a confesarlos y a

<sup>26</sup> STS, Sala 2.ª, de 28 de marzo de 2017, cit. Voto particular que formula el magistrado Pablo Llarena Conde.

<sup>27</sup> SSAP de Barcelona, Sec. 3.ª, de 11 de mayo de 2016 (ROJ: SAP B 4102/2016; MP: Myriam Linage Gómez); y Sec. 9.ª, de 14 de octubre de 2014 (ROJ: SAP B 10421/2014; MP: Jesús Navarro Morales).

firmar su autoinculpación. 3) Cuando por estar ante un control preventivo, no hay el más mínimo síntoma de etilismo y, por tanto, no hay indicios ni de delito ni de infracción administrativa y, en consecuencia, nada que comprobar. Por ello entiende que el término «comprobación» del artículo 383 del CP no se refiere a la averiguación de una supuesta infracción criminal concreta, sino que describe en abstracto las pruebas establecidas en la ley para comprobar las tasas de alcoholemia. La reforma de 2007 refuerza la autonomía de ese tipo en relación con el artículo 379 del CP, por cuanto el tipo penal ya no se refiere a la comprobación de los hechos descritos en el artículo 379, sino a la comprobación de las tasas de alcohol.

### E) Cuestionamiento del resultado de la primera prueba

Un sector de la jurisprudencia menor<sup>28</sup> entiende que si el conductor acepta el resultado y no lo discute, ni en el momento ni posteriormente durante el procedimiento penal que se pueda seguir, no será punible, sin perjuicio de las penas que le puedan corresponder por el delito de conducción etílica. Sin embargo, el TS entiende que ello significaría que en esos casos el delito no consistiría tanto en negarse ante el requerimiento del agente, cuanto en aprovechar en la propia defensa la no realización de esa segunda medición. Esta afirmación sería tanto como anular la sanción penal, más que a la conducta en sí, al ejercicio irreprochable del derecho de defensa. La antijuricidad se desplazaría del acto de negarse ante el requerimiento del agente a la segunda prueba a la asunción sobrevenida de una concreta estrategia defensiva.

### F) Menor gravedad

Frente a las tesis que sostienen que no tiene la misma gravedad negarse tajantemente a las dos mediciones que rehusar solo la segunda, y por tanto no es ponderado equiparar ambas acciones, el TS aduce que hay que constatar que todos los tipos penales abarcan un abanico mayor o menor de conductas encuadrables. No todas tienen igual gravedad, estableciéndose por ello una horquilla penológica. Ambas conductas son incardinables en el mismo tipo penal, obligando su diferente gravedad a discriminar uno y otro a través de los criterios contenidos en el artículo 66 del CP, eligiendo dentro del arco total penológico el *quantum* que se considere proporcionado.

### G) Bien jurídico protegido

No obstante todo lo expuesto, para el TS la cuestión nuclear, en orden a decidir si es obligatorio el sometimiento a esa segunda prueba, pasa por la determinación del bien jurídico protegido por el artículo 383 del CP.

<sup>28</sup> SAP de Barcelona, Sec. 10.ª, de 11 de enero de 2016 (ROJ: SAP B 244/2016; MP: Carmen Sánchez-Albornoz Bernabé); y SAP de Navarra, Sec. 1.ª, de 19 de febrero de 2015 (ROJ: SAP NA 82/2015; MP: María Begoña Argal Lara).

La remisión al delito de desobediencia grave del artículo 556 del CP que hacía el antiguo artículo 380 del CP permitía a la doctrina defender la existencia de tres bienes jurídicos distintos: por un lado, la protección de la seguridad vial<sup>29</sup>, por su ubicación en el CP, y por la finalidad preventiva que se pretende con el castigo de este tipo de conductas, que no son otras que neutralizar aquellos comportamientos que puedan causar graves riesgos para la circulación; por otro lado, la protección del principio de autoridad<sup>30</sup> de los agentes encargados de vigilar el tráfico; y por último, la tesis pluriofensiva<sup>31</sup>, que defiende la existencia en el tipo del delito dos bienes jurídicos integrados, la seguridad vial y el principio de autoridad, formando una doble protección.

A este respecto concluye el TS que si bien, desde una perspectiva de política criminal, es innegable su vinculación con la seguridad del tráfico vial, desde un plano del derecho positivo y de la estricta dogmática penal, el bien jurídico directamente tutelado es el principio de autoridad, y solo de manera indirecta se protege la seguridad vial, pues en cada una de las concretas manifestaciones del delito de desobediencia indirectamente se pueden estar violando otros bienes jurídicos. Aunque el artículo 383 del CP, por su especificidad, se haya emancipado del genérico delito de desobediencia previsto y penado en el artículo 556 del CP, no deja de ser una modalidad singularizada del mismo, pero con aquel el legislador ha creado un delito de desobediencia especial con unos requisitos específicos y objetivados, que solo indirectamente protege además la seguridad vial, pero su contenido está principalmente en el principio de autoridad. Solo desde esa diferenciación entre los bienes jurídicos protegidos en los artículos 383 CP –principio de seguridad–, y 379 del CP –seguridad vial–, son admisibles las generalizadas soluciones de concurso real entre ambas infracciones<sup>32</sup>. Este tipo penal no exige un móvil determinado en el autor. La negativa a someterse a la segunda prueba es delictiva y existe antijuricidad material tanto si

<sup>29</sup> Muñoz Cuesta, F. J. (2009). Delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y detección de drogas: problemas que suscita la interpretación del artículo 383 del CP. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2, 2; González Cussac, J. L. y Vidales Rodríguez, C. (2007). La Reforma del Código Penal en materia de Seguridad Vial. *Revista Xurídica Galega*, 55, 56; Martín Lorenzo, M. (2013). Negativa a someterse a las pruebas de medición de alcohol o de detección de drogas. En Gutiérrez Rodríguez, M. (coord.) y García del Blanco, V. *et al.*; *Protección penal de la Seguridad Vial*. (2.ª ed.). (p. 334). Valencia: Tirant lo Blanch; y Magaldi Paternostro, M. J. (2007). El tipo del artículo 380 del Código Penal: Una propuesta interpretativa. En De Vicente Martínez R., (dir.), *Derecho Penal y Seguridad Vial*, (pp. 211 y ss.). Madrid: CGPJ.

<sup>30</sup> Luzón Cuesta, J. M. (2009). *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*. (16.ª ed.). (pp. 268 y ss.). Madrid: Dykinson; Juanatey Dorado, C. (2001). Sobre el Control de Alcoholemia. Comentario a la Sentencia 161/1997, de 2 de octubre, del Tribunal Constitucional. En Morales Prats, F. y Quintero Olivares, G. (coords.), *et al.*, *El nuevo Derecho penal Español: Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz* (pp. 1.505 y ss.). Pamplona: Aranzadi; y Fernández, Bautista, S. (2008). El delito de negativa a la realización de las pruebas de alcoholemia (art. 383 CP). En Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (dirs.), Cardenal Montraveta, S. (coord.), *Seguridad Vial y Derecho Penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código Penal en materia de Seguridad Vial* (pp. 182 y ss.). Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>31</sup> Varona Gómez, D. (2000). El delito de negativa a las Pruebas de alcoholemia (art. 380 CP) tras la STS de 9 de diciembre de 1999. *Jueces para la democracia*, 37, 42; Peris Riera, J. M. y Cuesta Pastor, P. J. (2000). Control penal del peligro y delitos contra la seguridad del tráfico. *Revista Tráfico y Seguridad Vial*, 23, 9.

<sup>32</sup> STS, Sala 2.ª, 12 de marzo de 2010 (ROJ: STS 1743/2010; MP: Julián Artemio Sánchez Melgar).

responde al intento de ocultar un delito del artículo 379 como si obedece a otras circunstancias. Asimismo resulta indiferente si, en efecto, existe previamente una conducta incardinable en el artículo 379, como si queda plenamente acreditado que el sujeto se hallaba en perfectas condiciones para pilotar un vehículo de motor<sup>33</sup>.

## 2.2. CONDUCCIÓN DE UN TURISMO SIN HABER OBTENIDO NUNCA EL PERMISO

Tres STS<sup>34</sup> han sido dictadas desde la entrada en vigor de la nueva casación penal pronunciándose sobre esta cuestión. El objeto de estas STS se reduce a determinar si el delito de conducción de un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción, previsto y penado en el artículo 384.2 del CP, es un delito de peligro abstracto, en cuyo caso se consuma con la mera realización de la conducción referida, o bien se trata de un delito de peligro concreto, en cuyo supuesto exigiría que se haya producido un peligro real para el bien jurídico protegido, esto es, la seguridad vial. Las STS citadas se basan en los siguientes extremos fundamentales:

*Bien jurídico protegido.* Es prácticamente unánime<sup>35</sup> la consideración de que el mismo lo constituye la seguridad vial<sup>36</sup>, y así se recoge expresamente en el preámbulo de la Ley 5/2010<sup>37</sup>.

*Delito de peligro abstracto.* Al respecto prácticamente tampoco existe controversia jurídica, pues así viene calificado por el propio legislador en el preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010. Este tipo penal 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», circunstancia que incrementa el riesgo para los demás usuarios de la vía, por sí peligrosa y causante de una alta siniestralidad, cuya reducción pretende la norma. Se trata de garantizar la aptitud de los conductores para manejar vehículos y la idoneidad de estos para circular con el mínimo riesgo posible. Por consiguiente, la conducta se consuma cuando se con-

<sup>33</sup> Esta visión del principio de autoridad como bien jurídico protegido aparece en la STC 234/1997, cit.; y STS, Sala 2.ª, de 22 de marzo de 2002, cit.

<sup>34</sup> SSTS, Sala 2.ª, de 20 de julio de 2017 (ROJ: STS 3041/201; MP: Ana María Ferrer García); de 17 de julio de 2017 (ROJ: STS 3033/201; MP: José Ramón Soriano Soriano); y de 26 de abril de 2017 (ROJ: STS 2012/2017; MP: Julián Artemio Sánchez Melgar).

<sup>35</sup> SSTS, Sala 2.ª, de 21 de abril de 2016 (ROJ: STS 1696/2016; MP: Antonio del Moral García); y de 20 de junio de 2013 (ROJ: STS 3494/2013; MP: Antonio del Moral García).

<sup>36</sup> STS, Sala 2.ª, de 30 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 8802/2012; MP: Antonio del Moral García). Asimismo STC 161/1997, cit.; y Circular FGE 10/2011 de 17 de noviembre.

<sup>37</sup> Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP (BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010).

duce careciendo de la oportuna habilitación administrativa, sin que tenga incidencia el haberse cometido infracción vial alguna, ni haberse realizado maniobra antirreglamentaria<sup>38</sup>.

*Conducta definida en la Ley de Seguridad Vial.* El presupuesto fáctico administrativo se refiere a carecer de la autorización administrativa correspondiente, es decir, puede tenerse pero no es adecuada a las características del vehículo con el que se circula, conforme a las diferentes modalidades que se determinan legalmente y las circunstancias propias del caso<sup>39</sup>. El tipo penal sanciona la conducción de un vehículo a motor careciendo de todo permiso o licencia por no haberlo tenido nunca o por haber perdido vigencia por la pérdida total de los puntos asignados legalmente. Todo ilícito penal en esta materia parte como mínimo de una infracción administrativa, pero no a la inversa. Es evidente, por tanto, que la conducta que sustenta el delito tipificado en el artículo 384.2 del CP es diferente a la definida en la LT.

*Permiso extranjero.* La tipicidad precisa que el autor jamás haya obtenido permiso de conducir. Por tanto, ha de excluirse del radio de acción de este tipo penal a quien posee un permiso obtenido en el extranjero, tanto comunitario como extracomunitario, incluso en los casos de duda. Ello por tres razones fundamentales: En primer lugar, por cuanto que el propio precepto legal refiere la «obtención» del permiso, no la «validez», utilizando al efecto la taxativa expresión «nunca». En segundo lugar, puesto que en la tramitación parlamentaria de este tipo penal fue rechazada la exigencia contemplada de que el permiso o licencia fuera «vigente y válido para conducir en España». Finalmente, habida cuenta de que la obtención de habilitación en otro país cuando es susceptible de ser reconocida por las autoridades españolas excluye esa presunción legal de peligro.

En definitiva, el delito consistente en conducir un vehículo de motor sin haber obtenido nunca la licencia administrativa, y no requiere, por su naturaleza misma, la creación de un riesgo concreto para la seguridad vial. El delito 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<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Magro Servet, V. (2008). La criminalización de la conducción sin permiso de conducir o retirado. *Diario La Ley*, 6941, 3, afirma al respecto que «no podía pretenderse que fuera considerado de mejor condición en el reproche penal quien infrinja la conducción obviando cualquier intento por regularizar su situación administrativa de obtener la pertinente autorización para circular por la vía pública tras haber superado las pruebas pertinentes, que quien ha cumplido con este requisito previo para poder circular, pero se le ha retirado el permiso por la vía judicial o administrativa y sigue circulando».

<sup>39</sup> Artículos 34 a 40 del Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores (BOE núm. 138, de 8 de junio de 2009).

<sup>40</sup> Esta doctrina es prácticamente unánime en la jurisprudencia menor: SAP de Sevilla, Sec. 1.ª, de 15 de enero de 2016 (ROJ: SAP SE 572/2016; MP: Encarnación Gómez Caselles); SSAP de Madrid, Sec. 15.ª, de 4 de abril de 2016 (ROJ: SAP M 4823/2016; MP: Ana Victoria Revuelta Iglesias); y Sec. 15.ª, de 22 de enero de 2015 (ROJ: SAP M 3354/2015; MP: María Teresa García Quesada); SAP de Barcelona, Sec. 9.ª, de 22 de diciembre de 2016 (ROJ: SAP B 12979/2016; MP: Andrés Salcedo Velasco); SAP de Almería, Sec. 3.ª, de 20 de noviembre de 2015 (ROJ: SAP

### 2.3. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE UN DELITO CONTRA LA SEGURIDAD VIAL

En este caso encontramos dos STS<sup>41</sup> que resuelven la cuestión relativa a la obligación de efectuar un pronunciamiento civil en relación con los daños causados, aun cuando estos sean atípicos, en los casos en los que tales daños sea producidos a consecuencia de la comisión de un delito de peligro abstracto del artículo 379 del CP, utilizando al efecto los siguientes argumentos:

*Delito de peligro abstracto.* El artículo 379 del CP define un delito de riesgo abstracto, que se consuma exclusivamente por el peligro corrido, no exigiendo la realidad de daños o lesiones. Las barreras de protección están adelantadas<sup>42</sup>.

*Obligación de indemnizar los daños.* La obligación de indemnizar los daños causados, aunque sean atípicos penalmente, con origen en un delito de riesgo abstracto, se deriva de los artículos 109.1.º y 116 del CP. El primero de estos preceptos impone la obligación de indemnizar cuando se acredite el nexo causal entre el hecho constitutivo de delito y el resultado dañoso. El artículo 382 del CP establece una norma concursal cuando junto con el delito de riesgo abstracto, concurra otro delito de resultado, pero la misma no puede interpretarse en el sentido de que vacíe de contenido el deber indemnizatorio *ex* artículo 109.1.º del CP. En este supuesto solo se sanciona el delito más gravemente penado, pero en todo caso deben satisfacerse los perjuicios causados, de modo 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 este, pero además se indemnizarán los perjuicios causados. Esta obligación deriva asimismo de lo dispuesto en el artículo 116 del CP, conforme al cual «toda persona criminalmente responsable de un delito, lo es también civilmente si del hecho se derivasen daños o perjuicios». Precepto que vincula la responsabilidad civil con el «hecho» no con el «delito», y en estos supuestos los daños derivan del hecho de la conducción. Asimismo destacan las STS analizadas que deberá ser traída al proceso la compañía aseguradora del vehículo con el que se causan los daños para poder ser escuchadas y efectuar alegaciones<sup>43</sup>.

---

AL 1109/2015; MP: Ignacio Francisco Angulo González de Lara); y SAP de A Coruña, Sec. 6.ª, de 30 de noviembre de 2015 (ROJ: SAP C 3120/2015; MP: Ángel Manuel Pantín Reigada).

<sup>41</sup> SSTS, Sala 2.ª, de 6 de julio de 2017 (ROJ: STS 2742/2017; MP: Juan Saavedra Ruiz); y de 30 de mayo de 2017 (ROJ: STS 2229/2017; MP: Joaquín Jiménez García).

<sup>42</sup> En este mismo sentido, Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (dirs.), *et al.* (2004). *Comentarios al Código Penal*. Tomo II: *Parte especial* (p. 1.689). Madrid: Marcial Pons.

<sup>43</sup> La STC 48/1984, Sala 2.ª, de 4 de abril (BOE núm. 99, de 25 de abril de 1984; MP: Luis Díez-Picazo y Ponce de León), siguiendo la misma orientación que la establecida en la STC 4/1982, de 26 de febrero (BOE núm. 49, de 26 de febrero de 1982, MP: Ángel Escudero del Corral), destacó que «si bien el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la CE, ha de ser singularmente exigente en el ámbito penal, sobre todo en la fase plenaria, acatando el viejo postulado *audiatur et altera pars*, que impone la bilateralidad de la audiencia a ultranza, ante la presencia del principio acusatorio, que exige el equilibrio de las partes acusadoras y acusadas, no

*Disposición adicional tercera del CP 1995*<sup>44</sup>. Esta norma permite una aplicación analógica sin riesgo de incidir en la interdicción de aplicación contra reo porque tal norma opera en el ámbito civil, donde la analogía está permitida *ex* artículo 4 del CC. La referencia a los artículos 267 y 621 del CP –daños imprudentes y falta de imprudencia grave con resultado de lesiones–, cuya literalidad ha quedado descontextualizada por las posteriores reformas del CP, no debe entenderse como *numerus clausus*, sino que debe referirse a cualquier resultado dañoso procedente de cualquier infracción penal. Asimismo, en consonancia con esta interpretación, la Circular FGE 10/2011 dispone que «se ejercitará la acción civil interesando las oportunas indemnizaciones cuando el resultado lesivo sea constitutivo de falta de lesiones, de daños imprudentes del artículo 267 y de daños patrimoniales atípicos».

En definitiva, salvo que el perjudicado se haya reservado la acción civil para ejercerla en esta jurisdicción, el ejercicio simultáneo de la acción penal y civil es la norma general de nuestro sistema penal. La exclusión de esta simultaneidad de ejercicio carece de justificación admisible, provocando una evidente quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida que obliga al perjudicado a un peregrinaje jurisdiccional<sup>45</sup>. Esto es, a acudir a la jurisdicción civil para solicitar lo que le negó la penal con los consiguientes perjuicios para las personas concernidas, y para el propio sistema jurisdiccional que se vería también perjudicado con el incremento de una litigiosidad derivada de las correspondientes demandas de reclamación, cuando podían haberse resuelto en el proceso penal.

---

hay inconveniente en que tal derecho experimente matizaciones en relación con la acción civil derivada del delito contra terceras personas que responden en forma subsidiaria o por insolvencia del responsable principal o cuando la condena de responsabilidad civil nace de la existencia de un seguro de carácter legal o voluntario, como ocurre en la circulación de vehículos de motor. En estos casos, si bien la audiencia es necesaria –salvo en el supuesto de ausencia de oposición–, su desarrollo es de menor alcance y puede quedar limitada al peculiar objeto indemnizatorio o de resarcimiento, según había establecido, desde hacía más de veinte años, la jurisprudencia de la casación, de la Sala Segunda del TS».

<sup>44</sup> Disposición adicional tercera del CP: «Cuando, mediando denuncia o reclamación del perjudicado, se incoe un procedimiento penal por hechos constitutivos de infracciones previstas y penadas en los artículos 267 y 621 del presente Código, podrán comparecer en las diligencias penales que se incoen y mostrarse parte todos aquellos otros implicados en los mismos hechos que se consideren perjudicados, cualquiera que sea la cuantía de los daños que reclamen».

<sup>45</sup> Esta es la posición mantenida por Prieto Gonzalez, H. M. (2012). Otros temas de interés. En Agüero Ramon-Llin, E., Hidalgo de Morillo Jiménez, A., Lanzarote Martínez, P. y Prieto González, H. M. *La dogmática penal sobre el asfalto: Un enfoque práctico de los delitos contra la seguridad vial* (pp. 244 y 245). Granada: Comares; Rodríguez Fernández, I. (2006). *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas* (p. 192), Granada: Comares; y Vargas Cabrera, B. (2007). El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas del artículo 379 del CP. En De Vicente Martínez, R. (dir.), *Derecho penal y seguridad vial* (p. 182). Madrid: CGPJ. En sentido contrario, Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (dirs.), *et al.: Comentarios...*, cit., (p. 1.732); Tamarit Sumalla, J. M. (2011). Capítulo IV. De los delitos contra la seguridad vial. En Quintero Olivares, G. *Comentarios al Código Penal Español* (dir.). Tomo II. (6.ª ed.). (p. 1.579). Cizur Menor: Aranzadi; y Suárez-Mira Rodríguez, C. (coord.), Judel Prieto, A. y Piñol Rodríguez, J. R. (2011). *Manual de derecho penal*. Tomo II: *Parte especial*. (6.º ed.). (pp. 466 y 467). Cizur Menor: Thomson Civitas.

## 2.4. CONCURSO REAL ENTRE LOS ARTÍCULOS 379 Y 383 DEL CP

Se cuestiona la aplicación conjunta los artículos 379 y 383 del CP al entender que este último tipo penal presenta un carácter meramente formal que vulnera el principio de ofensividad o lesividad, al no concurrir un bien jurídico realmente afectado o vulnerado distinto a los bienes ya contemplados en el artículo 379 del CP. En este sentido, un sector de la jurisprudencia menor<sup>46</sup> estima que estamos ante un concurso de normas<sup>47</sup> y no de delitos<sup>48</sup>, basándose en las siguientes consideraciones: a) el bien jurídico protegido por ambos delitos es el de la seguridad vial y la punición por ambos atentaría al principio de *non bis in idem*; b) la nueva redacción del artículo 383 del CP pierde el calificativo de delito de desobediencia y pasa a ser «autónomamente castigado», el cual implementa penas superiores a las del artículo 379 del CP y también a las del artículo 556 del CP al que se remitía el anterior artículo 380 del CP; y c) la negativa al sometimiento a la prueba no supone un nuevo peligro para la seguridad del tráfico ya que esta se habría producido con anterioridad, el propio artículo 383 describe el tipo exigiendo que la negativa se produzca «para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior». No obstante, no existe de manera clara una decantación o tendencia directa sobre los fundamentos esgrimidos para aceptar o rechazar la razón del concurso o no. Así, persisten posturas que defienden la idea de operar por medio del concurso real de delitos en tanto se observe la conducción influenciada del conductor del vehículo que fuera requerido al sometimiento de las pruebas de detección de alcoholemia y

<sup>46</sup> SAP de Ourense, Sec. 2.ª de 24 de enero de 2011 (ROJ: SAP OU 98/2011; MP: Amparo Lomo del Olmo); SAP de A Coruña, Sec. 6.ª, de 29 de diciembre de 2010 (ROJ: SAP C 3509/2010; MP: José Ramón Sánchez Herrero); y SAP de Las Palmas, Sec. 6.ª, de 6 de abril de 2010 (ROJ: SAP GC 896/2010; MP: Secundino Alemán Almeida), entre otras. Asimismo, la Audiencia Provincial de Valencia en el Acuerdo adoptado por los Magistrados de las secciones penales en la Junta para la unificación de criterios celebrada el 25 de octubre de 2010, en su apartado 6, expresaba que «la condena por delito contra la seguridad del tráfico sobre acusación por doble delito al amparo de los artículos 379.2 y 383 del CP determinará la imposición solamente de las penas señaladas en el segundo de los preceptos citados». Sin embargo en la Junta de 16 junio de 2014 se cambia el criterio, disponiendo que «el autor de la conducción de un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas u otras drogas, que requerido por los agentes de la autoridad se niegue a la práctica de la prueba de comprobación de la tasa de alcohol o de la presencia de las drogas, será castigado como autor del delito previsto en el artículo 379.2 del CP. Y como autor del delito del artículo 383 del CP, con la imposición de las penas correspondientes a cada uno de ellos».

<sup>47</sup> Dentro de la Doctrina defienden la aplicación del concurso de normas, aunque con argumentos diferentes, entre otros, Magro Servet, V. (2005). La doble punición en el tipo penal de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes del artículo 379 del CP. *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVI, 281-325; Domínguez Izquierdo, E. M. (2007). La conducción bajo la influencia de drogas tóxicas o de bebidas alcohólicas y la negativa a someterse a las pruebas dirigidas a la comprobación de tales hechos: La vinculación material entre los artículos 379 y 380 del Código Penal. En L. Morillas Cueva, L. (coord.) y Aparicio Díaz, L., et al., *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: aspectos penales, civiles y procesales* (pp. 278 y ss.). Madrid: Dykinson; y Molina Fernández, F. (1998). Delitos contra la seguridad del tráfico. En Bajo Fernández, M. (dir.), Díaz-Maroto y Villarejo, J., et al., *Compendio de Derecho Penal*. Vol. II: *Parte especial* (p. 741). Centro de Estudios Madrid: Ramón Areces.

<sup>48</sup> En este sentido favorable al concurso de delitos, entre otros, Sánchez Moreno, J. (2005). *Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia* (p. 13). (2.ª ed.). Barcelona: Bosch; Vargas Cabrera, B. El delito de conducción..., cit., (p. 179).

otras sustancias ya referidas<sup>49</sup>. También se aprecian posiciones totalmente opuestas, donde unos entienden posible la observancia de ambos delitos pero destacando la innecesaria unión entre estos para poder ser apreciados, en tanto que se posibilita claramente que sin la existencia de una conducción influenciada que afecte o merme la capacidad de conducir con base en el consumo de bebidas alcohólicas o de cualquier otro tipo de sustancias, se produzca una negativa a someterse a la comprobación de tal afectación<sup>50</sup>; frente a otros que consideran que si bien ambos delitos comportan conductas similares, su bien jurídico a proteger no es el mismo aun encontrándose ese elenco de artículo contra la seguridad vial en el mismo título, pues su máxima radica en aras de la protección del autoritarismo del agente actuante, en tanto se está produciendo un delito de conducción peligrosa unida a la desobediencia de lo preceptuado por el agente<sup>51</sup>.

Frente a este panorama, el TS<sup>52</sup> admite la condena conjunta por los delitos de conducir un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas (art. 379.2 CP), y negarse a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (art. 383 CP), bajo los siguientes argumentos.

### A) Principio de *non bis in idem*

La aplicación del concurso real en cuestión no constituye una vulneración de este principio<sup>53</sup>. Para que concurra un supuesto de *bis in idem* en el plano sustantivo el TC<sup>54</sup> requiere que sea castigado un sujeto dos veces por unos mismos hechos, lo cual exige que concurra una triple identidad:

- *Identidad de sujeto*. No ha lugar a duda alguna de que el sujeto activo es el mismo en los delitos de conducción bajo la influencia de alcohol o drogas y de negación a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la detección de tales sustancias, concurriendo por tanto la identidad de sujeto activo.

<sup>49</sup> Serrano Gómez, A. y Serrano Maíllo, A. (2008). La reforma de los delitos contra la seguridad vial. *Revista de Derecho UNED*, 3, 67.

<sup>50</sup> Rafois Pérez, I. (1999). El delito de desobediencia del artículo 380 del CP, análisis y crítica. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 6, 10.

<sup>51</sup> Martín Lorenzo, M. (2010). El delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia como delito contra la seguridad vial: consecuencias para su aplicación. *Diario La Ley*, 7451, 12 y ss.

<sup>52</sup> STS, Sala 2.ª, de 8 de junio de 2017 (ROJ: STS 2315/2017; MP: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro).

<sup>53</sup> En sentido contrario, Morillas Cueva, L.: Sistema de Derecho Penal..., cit. (pp. 855 y ss.).

<sup>54</sup> SSTC 77/2010, Pleno de 19 de octubre (BOE núm. 279, de 18 de noviembre de 2010; MP: Eugeni Gay Montalvo); 180/2004, Sala 1.ª, de 2 de noviembre (BOE núm. 290, de 2 de diciembre de 2004; MP: Pablo Pérez Tremps); y 2/1981, Sala 1.ª, de 30 de enero (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981; MP: Manuel Díez de Velasco Vallejo).

- *Identidad de hecho.* En el delito del artículo 379.2 del CP la conducta punible consiste en conducir el vehículo de motor bajo la influencia de bebidas drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, o de bebidas alcohólicas, o con el índice de alcoholemia que se establece en el segundo inciso del apartado 2 del precepto. En cambio, la conducta prevista en el artículo 383 del CP consiste en conducir un vehículo de motor y negarse, una vez requerido por un agente de la autoridad, a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y de la presencia de las drogas previstas en los preceptos precedentes. Por consiguiente no puede apreciarse en este caso tal identidad de hecho<sup>55</sup>.
- *Identidad de fundamento.* Mientras que el bien jurídico protegido por el artículo 383 del CP es el principio de autoridad, aunque de forma indirecta proteja también la seguridad del tráfico<sup>56</sup>, en el caso del artículo 379.2 del CP el mismo viene constituido de forma patente por la seguridad vial. Por un lado, el delito de desobediencia del artículo 383 del CP tutela la dignidad y las condiciones de ejercicio de la legítima función pública o principio de autoridad<sup>57</sup>. El legislador ha entendido que era precisa la implantación de un delito específico de desobediencia con el fin de que no quedara desactivada o debilitada de forma sustancial la eficacia de otro tipo penal que ya de por sí es un delito de peligro abstracto, cual es el contemplado en el artículo 379.2 del CP. Por otro lado, el delito del artículo 379.2 del CP es un delito de peligro abstracto que protege directamente la seguridad vial e indirectamente los bienes jurídicos de la vida y la salud, mientras que el delito del artículo 383 del CP cumple una función aún más indirecta o mediata, en cuanto que anticipa todavía más en el tiempo y de forma más mediata la tutela los bienes personales materiales a los que se orientan los delitos previstos en el Capítulo IV del Título VII del CP. Por consiguiente, tampoco existe identidad en el bien jurídico protegido por uno y otro tipo penal.

Desde otra perspectiva, y dejando al margen el bien jurídico que tutelan los tipos penales de desobediencia, ha de entenderse que aunque se considerara como único bien jurídico protegido la seguridad vial y, de forma indirecta, la vida y la integridad física o la salud de las personas, lo cierto es que tampoco tendría por qué hablarse necesariamente de un *bis in idem*. Pues puede considerarse que se está atacando un mismo bien jurídico de dos modos y con hechos diferentes: una de forma más directa, mediante la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y la otra impidiendo que se haga una investigación policial con unas garantías de eficacia para que se acabe protegiendo mediante una pena el menoscabo de la seguridad vial. A fin y al cabo, ello es lo que se hace normativamente cuando se establecen subtipos agravados que protegen el mismo bien jurídico.

<sup>55</sup> STC 1/2009, Sala 2.ª, de 12 de enero (BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2009; MP: Guillermo Jiménez Sánchez).

<sup>56</sup> STS, Sala 2.ª, de 28 de marzo de 2017, cit.; y STC 161/1997, cit.

<sup>57</sup> SSTC 1/2009, cit.; 234/1997, cit.; y 161/1994, cit.

## B) Principio de proporcionalidad de la pena

Optar por un concurso real de delitos en lugar de por un concurso de normas puede vulnerar el principio de proporcionalidad de la pena, al castigarse con mayor pena el delito que actúa como instrumento eficaz (art. 383 CP) para que opere el delito que tutela más directamente la seguridad vial (art. 379.2 CP), pese a lo cual este último es castigado con una pena menor. El TS descarta que nos hallemos ante una desproporción punitiva que nos desplace desde el concurso real de delitos al concurso de normas, bajo dos consideraciones. En primer lugar, porque el legislador ha considerado que la punición acumulada de ambos tipos penales era necesaria para reforzar con una mayor eficacia la tutela penal de los importantes bienes jurídicos personales que están detrás de los riesgos de la circulación vial, tanto por razones de prevención general como de aseguramiento probatorio de los juicios en que se dirima una condena penal por el artículo 379.2 del CP. En segundo lugar, porque desde una perspectiva criminológica, no es lo mismo ser condenado por un delito específico contra la seguridad del tráfico, que por un delito de desobediencia a un agente de la autoridad. Aunque ambos tipos 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 artículo 383, sin que pueda pasarse por alto su tutela más indirecta o mediata de la seguridad vial y de los bienes personales primarios que se protegen a su amparo.

### 2.5. CONCEPTO DE «CONDUCCIÓN» DEL ARTÍCULO 379.2 DEL CP

La reforma del CP introducida en el artículo 379 por la Ley Orgánica 15/2007 complementa la modalidad clásica de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, objetivando el peligro inherente a la conducción tras la ingesta de bebidas alcohólicas cuando de ella se deriva una tasa de alcohol en aire espirado superior a un determinado nivel. Esta modalidad es descrita con fórmula y términos miméticos a la tipificación de las infracciones administrativas. La conducción con una tasa superior a la establecida legalmente es en todo caso punible. Se ha tipificado una tasa objetivada de alcohol basada en un juicio de peligrosidad formulado *ex ante* por el legislador que ha ponderado la influencia estadística de esta fuente de peligro en la siniestralidad vial. No se requiere acreditar una afectación real, el legislador la presume en ese caso con la base de los conocimientos que proporcionan la experiencia y estudios científicos ligados a la toxicología, ni signos de embriaguez o alguna irregularidad vial. Es una infracción de peligro abstracto o conjetural. El legislador declara cuáles son los límites por encima de los cuales la conducción no resulta ya penalmente tolerable, al margen de cualquier otra circunstancia añadida, por el riesgo que incorpora<sup>58</sup>.

<sup>58</sup> La STS, Sala 2.ª, de 24 de septiembre de 2010 (ROJ: STS 5967/2012; MP: Antonio del Moral García), mediante un mero *obiter dictum*, ha reconocido la naturaleza objetivada del delito previsto en el inciso segundo del artículo 379.2 del CP, al analizar un supuesto en el que las tasas de alcohol en aire espirado eran inferiores a las prevenidas en el referido inciso segundo, declarando al efecto que en el caso analizado el hecho de que «la tasa sea insuficiente para generar de forma automática responsabilidad penal según el texto del artículo 379 vigente desde la Ley Orgánica

Partiendo de este excurso la cuestión que dilucida el TS<sup>59</sup> es qué debe entenderse por «conducción de un vehículo a motor» en el sentido del artículo 379.2 del CP, si el vehículo debe desplazarse autopropulsado para que podamos de hablar de conducción<sup>60</sup>, dado que el ordenamiento penal no nos ofrece una definición propia. Al respecto se concluye que 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 del CP, aunque el trayecto recorrido haya sobrepasado escasos metros. Tal concepto es alcanzado a través del siguiente argumentario:

- En la LT no se contiene una definición de «conducir», pero sí de «conductor», como «la persona que [...] maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo», y asimismo utiliza el verbo circular para relacionar los diferentes usos que pueden darse a las diferentes vías y caminos que enuncia. El RGC, bajo la rúbrica «conductores», prescribe que «se deberá conducir con la diligencia y precaución necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno, cuidando de no poner en peligro tanto al mismo conductor como a los demás ocupantes del vehículo y al resto de los usuarios de la vía». Partiendo de este entorno normativo el TS afirma que, desde un punto de vista administrativo, «conducir un vehículo a motor o un ciclomotor» es la conducta que se lleva a cabo por la persona que maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo que se desplaza.
- El Diccionario de la Real Academia Española define la acción «conducir», entre otras acepciones, como «guiar un vehículo automóvil». Por su parte, el *Diccionario del español jurídico* define esta conducta como «guiar un vehículo a motor o un ciclomotor manejando los mecanismos de dirección e impulsión del mismo, o solo los de dirección si se cuenta con inercia». Por tanto, la idea de movimiento o desplazamiento está implícita en el concepto de «conducir».
- La acción de conducir un vehículo de motor incorpora unas mínimas coordenadas espaciotemporales, un desplazamiento, el traslado de un punto geográfico a otro. Sin movimiento no hay conducción. Pero no es necesaria una relevancia de esas coordenadas, ni una prolongación determinada del trayecto. Actos de aparcamiento o desplazamientos de pocos metros del vehículo colman ya las exigencias típicas, más allá de que algunos casos muy singulares y de escasa aparición en la praxis de nuestros tribunales<sup>61</sup> puedan ser ajenos al tipo penal por razones.

---

15/2007 es una aseveración compartible: se fija la tasa objetivada en 0,60. Eso no excluye que con tasas inferiores se pueda llegar a una condena por el delito del artículo 379, si se demuestra la repercusión en la conducción».

<sup>59</sup> STS, Sala 2.ª, de 15 de junio de 2017 (ROJ: STS 2421/2017; MP: Antonio del Moral García).

<sup>60</sup> SSTS, Sala 2.ª, de 15 de octubre de 1968 (ROJ: STS 374/1968; MP: Jesús Sáez Jiménez); de 27 de septiembre de 1969 (ROJ: STS 130/1968; MP: Francisco Pera Verdaguer); y de 23 de septiembre de 1963 (ROJ: STS 1895/1964; MP: Alejandro García Gómez).

<sup>61</sup> El vehículo no consigue ser arrancado pues se cala tras el intento de ponerlo en marcha; desplazamiento nimio por un garaje particular.

En definitiva, el TS concluye que el artículo 379.2 del 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.

### 3. DELITO DE HURTO

Dos sentencias<sup>62</sup> han sido dictadas por el TS con la nueva modalidad del recurso de casación, resolviendo sendas cuestiones relacionadas con el delito de hurto, y que pasamos seguidamente a analizar.

#### 3.1. CONCEPTO DE «PRECIO DE VENTA AL PÚBLICO»: INCLUSIÓN DEL IVA

Conforme a lo dispuesto en párrafo II del artículo 365 de la LECrim., en su redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003<sup>63</sup>, «la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público». La cuestión a determinar es si el concepto «precio de venta al público» incluye o no la partida del importe del IVA correspondiente.

Un sector de las audiencias provinciales<sup>64</sup> entiende que la sustracción de un objeto no tiene la consideración de entrega de bien susceptible de constituir hecho imponible del impuesto conforme a la legislación tributaria aplicable<sup>65</sup>, sin que la indemnización que pueda percibirse en calidad de reparación del perjuicio provocado por el delito sufrido constituya hecho imponible, y por tanto no viene gravada con dicho impuesto. En definitiva, si no se produce venta, no hay hecho imponible generador de la obligación de pago del impuesto<sup>66</sup>. Por tanto, si se entendiera que el IVA forma

<sup>62</sup> SSTS, Sala 2.ª, de 9 de mayo de 2017 (ROJ: STS 1874/2017; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); y de 28 de febrero de 2017 (ROJ: STS 2497/2017; MP: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro).

<sup>63</sup> Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP (BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003).

<sup>64</sup> SSAP de Madrid, Sec. 17.ª, de 20 de octubre de 2014 (ROJ: SAP M 14325/2014; MP: Jesús Fernández Entralgo); Sec. 30.ª, de 7 de febrero de 2014 (ROJ: SAP M 1536/2014; MP: Rosa María Quintana San Martín); y SAP de Valencia, Sec. 2.ª, de 30 de abril de 2010 (ROJ: SAP V 1858/2010; MP: José Manuel Ortega Lorente).

<sup>65</sup> Arts. 78, 92 a 114. 164.6.º y concordantes de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 1992).

<sup>66</sup> Según Andrade Ortiz, A. C. (2009). La insoportable –para algunos– levedad del artículo 365, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la disposición final primera e) de la Ley Orgánica 15/2003, 15 de diciembre. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2096, 2551, año 63, «este impuesto forma parte del valor del producto

parte de la cuantía de lo sustraído o del valor de lo hurtado consumada la sustracción, se provocaría un enriquecimiento indebido a favor de la vendedora de no ser posible la restitución de lo hurtado, pues la reparación del perjuicio supondría la condena del sustractor al pago del precio de la cosa más el importe del IVA cuando, habida cuenta de la ausencia de hecho imponible, el vendedor no vendría obligado a ingresar esta última cantidad a la Hacienda Pública. Así las cosas, según esta doctrina, hemos de diferenciar entre «precio de venta al público» y «precio total a pagar», resultando este último de la suma del primero y del porcentaje correspondiente al impuesto.

El TS<sup>67</sup> disiente de tales consideraciones y concluye, con el criterio jurisprudencial mayoritario<sup>68</sup>, que los bienes sustraídos se valorarán conforme el precio de venta al público de acuerdo con la legislación que regula el consumo y la propia Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, comprensiva del monto total que haya de desembolsarse en cada caso para la legítima adquisición del producto. Y ello con base en los siguientes argumentos:

- El propio criterio fijado por el TS<sup>69</sup> con anterioridad a la citada reforma del artículo 365 de la LECrim., conforme al cual no puede identificarse el valor económico patrimonial de las cosas con el valor de su coste, expresión económica fija y definitiva del esfuerzo invertido en el pasado para la producción o adquisición de la cosa. Tal criterio es erróneo porque el valor relevante es el valor de cambio representado en cada momento por la cantidad de dinero que puede obtenerse por la cosa en un hipotético intercambio. El valor de las cosas no está en su costo sino en su precio, puesto que este refleja su equivalencia económica y, por consiguiente, el verdadero valor patrimonial de la cosa en el momento de cometerse el delito.
- La ley que introduce el artículo 365.2.º de la LECrim. llevó a cabo relevantes modificaciones de distintos preceptos procesales, entre ellos un importante número de los que regulan el enjuiciamiento rápido para determinados delitos<sup>70</sup>, fijando los 400 euros

---

ya desde el origen, pues *ab initio* va gravando cada operación sujeta y no exenta, y esta carga se arrastra hasta su precio final de venta al público, de modo que si en algún momento de la fase de producción o comercialización no se permitiera repercutirlo al sujeto pasivo, adquiriría entonces la condición de obligado tributario del impuesto soportado.

<sup>67</sup> STS, Sala 2.ª, de 9 de mayo de 2017, cit.

<sup>68</sup> SAAP de Madrid, Sec. 3.ª, de 19 de diciembre de 2016 (ROJ: SAP M 17404/2016; MP: Agustín Morales Pérez-Roldán); Sec. 1.ª, de 21 de diciembre de 2015 (ROJ: SAP SE 3203/2015; MP: María Auxiliadora Echavarri García); y Sec. 16.ª, de 8 de mayo de 2015 (ROJ: SAP M 5745/2015; MP: María Cruz Álvaro López); SAP de Málaga, Sec. 9.ª, de 8 de septiembre de 2015 (ROJ: SAP MA 2485/2015; MP: Lourdes García Ortiz); SAP de Pontevedra, Sec. 5.ª, de 26 de febrero de 2015 (ROJ: SAP PO 522/2015; MP: José Carlos Montero Gamarra); y SAP de Zaragoza, Sec. 1.ª, de 15 de julio de 2013 (ROJ: SAP ZA 217/2013; MP: Luis Brualla Santos Funcia), entre otras muchas.

<sup>69</sup> STS, Sala 2.ª, de 27 de abril de 2001 (ROJ: STS 3458/2001; MP: Adolfo de Prego de Oliver Tolivar).

<sup>70</sup> Introducido por la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, complementaria de la Ley de reforma parcial de la LECrim., sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2002).

como línea divisoria entre ciertos delitos y faltas patrimoniales, ahora delitos leves, que evidencia su propósito de contribuir a la simplificación de diligencias y agilización de trámites del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de aquellos delitos.

- La Consulta FGE 2/2009, conforme a la cual «el nuevo párrafo segundo del artículo 365 de la LECrim. no solo podía contribuir a mejorar el funcionamiento de la denominada justicia rápida en la práctica diaria de cualquier juzgado de instrucción de nuestra geografía, estén o no dotados de peritos tasadores en servicio de guardia [...], sino que, al facilitar un criterio de valoración sencillo y neutro, habría de resultar útil para poner fin a la inseguridad jurídica derivada de las diferentes interpretaciones existentes hasta aquel momento en esta específica materia, pues mientras unas audiencias provinciales fijaban el valor de lo sustraído partiendo del denominado coste de reposición –al que se sumaban los gastos de transporte–, otras sostenían que ese valor venía determinado por el precio –sin más adjetivaciones–, y una tercera corriente interpretativa optaba por detracer de este último el importe del impuesto sobre el valor añadido y el margen comercial o de beneficio». Asimismo destaca que la locución «precio de venta al público» se interpretará «como la cantidad que el adquirente debe desembolsar para adquirir el producto, cifra que habitualmente se exhibe en el etiquetado de la mercancía y que comprende, sin desglosar, los costes de producción y distribución del bien, los márgenes de beneficio de los sucesivos intervinientes en la cadena productiva y los tributos y aranceles que lo hayan gravado directa o indirectamente, entre los que se incluye el impuesto sobre el valor añadido».
- La inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad formulada frente a la norma comentada<sup>71</sup>, destacando el TC que «su carácter absolutamente objetivo permite, por un lado, la previsibilidad del sujeto activo respecto de las eventuales consecuencias de su conducta, en tanto que le es posible conocer, incluso antes de actuar, la valoración que realizará el órgano judicial, y, por otro, propicia la eliminación de la eventual apreciación subjetiva que implica remitir a un informe pericial la valoración de este elemento normativo, valoración que siempre sería *ex post*».
- El mantenimiento del expresado criterio por el TS<sup>72</sup> con posterioridad a la reforma del artículo 365 de la LECrim., expresando al efecto que el precio de venta al público «indudablemente incluye el IVA», y destacando que con la nueva redacción de este precepto «se intentó poner fin a la inseguridad jurídica derivada de las diferentes interpretaciones existentes hasta aquel momento en esta específica materia en las diferentes audiencias, circunstancia que se veía agravada por la falta de acceso de la cuestión al criterio interpretativo unificador de la Sala 2.ª TS», y concluyendo que «despejadas las dudas de constitucionalidad del precepto, su aplicación debe garantizar la seguridad jurídica en esta materia, unificando la valoración

<sup>71</sup> ATC 72/2008, Pleno, de 26 de febrero (BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2008).

<sup>72</sup> STS, Sala 2.ª, de 23 de diciembre de 2013 (ROJ: STS 6339/2013; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón).

de lo sustraído en función del precio de venta al público del producto, incluido el IVA correspondiente»<sup>73</sup>.

En definitiva, concluye el TS que para la estimación del valor de la cosa objeto del delito, en los términos del artículo 365 de la LECrim., cuando se trate de sustracciones en establecimientos abiertos al público, el IVA formará parte del «valor de la cosa» y deberá ser incluido. En consecuencia, 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.

### 3.2. MULTIRREINCIDENCIA. TIPO DE HURTO HIPERAGRAVADO DEL ARTÍCULO 235.1.7.º DEL CP

El artículo 234 del CP distingue tres modalidades de hurto. A) El tipo básico, previsto en el artículo 234.1 del CP, conforme al cual «el que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excediese de 400 euros». B) El tipo atenuado o delito leve, recogido en el artículo 234.2 del CP, que establece que «se impondrá una pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediese de 400 euros, salvo si concuriere alguna de las circunstancias del artículo 235». C) Y el tipo agravado de hurto, regulado en el artículo 234.3 del CP, que dispone que «las penas establecidas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando en la comisión del hecho se hubieran neutralizado, eliminado o inutilizado, por cualquier medio, los dispositivos de alarma o seguridad instalados en las cosas sustraídas» Por su parte el artículo 235.1.7.º del CP contempla una modalidad de hurto hiperagravado al disponer que «el hurto será castigado con la pena de prisión de uno a tres años [...] cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este título, siempre que sean de la misma naturaleza».

A la vista de tal regulación se plantean dos cuestiones. De un lado, si la modalidad de hurto hiperagravado prevenida en el artículo 235.1.7.º del CP es aplicable a los delitos leves. Y de otro, si los antecedentes exigidos por esta modalidad hurto hiperagravado comprenden o no las condenas por delitos leves. El TS<sup>74</sup> aborda este controvertido asunto sosteniendo que el tipo agravado del artículo 235.1.7.º del CP es únicamente aplicable a los hurtos menos graves del artículo 234.1 del CP, no a los delitos leves, y siempre que los tres antecedentes exigidos por el legisla-

<sup>73</sup> Para Fernández Entralgo, J. (18 de septiembre, 2014). ¿Con IVA o sin IVA? *Diario La Ley*, 8380, 1, año XXXV, si bien esta STS aunque «constituye sin duda un precedente de autoridad, es difícilmente invocable como auténtica doctrina jurisprudencial en apoyo de la inclusión del IVA en el valor de la cosas sustraída, no solo porque hasta ahora no ha sido reiterada por otras posteriores, sino porque sus reflexiones, sin duda autorizadas y respetables, son, en cuanto a este extremo, meramente incidentales (*obiter dicta*)», y la interpretación fijada por la misma «parte de un discutible entendimiento del ATC, Pleno, 72/2008».

<sup>74</sup> STS, Sala 2.ª, de 28 de febrero de 2017, cit.

dor también deriven de la comisión de otros tantos delitos menos graves. Para la obtención de tal conclusión parte de las siguientes orientaciones y parámetros:

- *Principio «non bis in idem».* El TS descarta en primer lugar que la referida modalidad de hurto hiperagravado conculque el principio constitucional de *non bis in idem*, exponiendo que conforme a la doctrina del TC<sup>75</sup> es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan solo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien para valorar el contenido de injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. Por tanto, la agravante de reincidencia queda fuera de círculo propio de principio *non bis in idem*, concluyendo que el legislador lo que hace realmente no es castigar dos veces por un mismo hecho, sino agravar la pena por el nuevo hurto que se está juzgando, acudiendo para ello a imponer un tipo hiperagravado atendiendo solo a los antecedentes penales del acusado. Es decir, el legislador opera en el tipo con un cuarto delito de hurto, con su correspondiente hecho, y para aplicar el tipo hiperagravado atiende al dato de tres condenas previas relativas a otros tantos delitos de hurto comprendidos dentro del mismo título.
- *Desproporción de la pena.* Afirma el TS que resulta sustancialmente desproporcionado el hecho de que por tres condenas anteriores por delitos leves de hurto se pueda aplicar un tipo hiperagravado que permita convertir una multa máxima de tres meses en una pena de prisión que puede alcanzar hasta los tres años, con un suelo de un año. Esta modalidad de hurto hiperagravado se estructura sobre la única base de hechos anteriores que ya han sido penados, pese a lo cual, una vez reconvertidos en antecedentes penales, operan de nuevo para integrar el supuesto específico del subtipo que dispara la pena de multa correspondiente a un delito leve de hurto, llevándola a una pena de prisión que puede alcanzar un techo de tres años. Es decir, utiliza la reincidencia como único soporte para configurar un tipo hiperagravado, al no contar con un nuevo supuesto conductual que legitime la agravación cualificada. Por el contrario, en los restantes tipos agravados del artículo 235 del CP, en mayor o menor medida, se contienen nuevos hechos que constituyen la base típica de la hiperagravación. En definitiva, los tres delitos leves previos son objeto cada uno de una condena anterior y a mayores se vuelven a computar para integrar un subtipo hiperagravado que poco tiene que ver con la aplicación de la pena en la mitad superior propia de la reincidencia, sino que se establece un subti-

<sup>75</sup> STC 150/1991, Pleno, de 4 de julio (BOE núm. 180, de 29 de julio de 1991; MP: Luis López Guerra).

po hiperagravado cuya base fáctica aparece integrada solo por hechos que ya han sido objeto de condena. Es decir, que la esencia y el núcleo del subtipo son los antecedentes penales relativos a hechos ya castigados.

- *Culpabilidad.* Destaca el TS que la doctrina ha remarcado en reiteradas ocasiones que el hecho en sí por el que es condenado el reincidente no presenta un mayor contenido de injusto que el hecho del no reincidente. A partir de esta premisa, se ha desplazado la justificación de la pena impuesta al reincidente al ámbito de la culpabilidad. La jurisprudencia del TS<sup>76</sup> cuestionó la agravación de la pena por el mero hecho de que concurriera un supuesto de reincidencia sin tener en consideración que la nueva pena no rebasara la culpabilidad por el hecho cometido, reiterando que los tribunales no pueden superar en la determinación de la pena en ningún caso el límite de la que resulte adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho cometido. El TC<sup>77</sup>, si bien afirmó que la agravante de reincidencia no es contraria a la CE, también sostuvo que «no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de este en la comisión de los hechos». Asimismo, se destaca que los textos prelegislativos contenían la agravante de «profesionalidad» en lugar de la agravación mediante la multirreincidencia. El debate se zanjó acudiendo a una enmienda que excluyó el concepto y el término «profesionalidad», entendiendo que su aplicación sería contraria a un derecho penal basado en el concepto de culpabilidad<sup>78</sup>. Todo ello no pone en absoluto en cuestión que el juicio de proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general en relación con un hecho punible, es competencia del legislador<sup>79</sup>.
- *Labor de interpretación.* Los tribunales, en el ejercicio de su labor de interpretación en la aplicación de un precepto, en aquellos supuestos en que una las interpretaciones de una norma aboque a un significado que nos sitúe al borde de los límites de la proporcionalidad punitiva, deben optar por una interpretación plausible que propicie un

<sup>76</sup> SSTS, Sala 2.ª, de 5 de diciembre de 1993 (ROJ: STS 435/1993; MP: Enrique Bacigalupo Zapater); 5 de julio de 1991 (ROJ: STS 3910/1991; MP: Enrique Bacigalupo Zapater); y 6 de junio de 1990 (ROJ: STS 4318/1990; MP: Eduardo Moner Muñoz).

<sup>77</sup> STC 150/1991, cit.

<sup>78</sup> Ello a pesar de que en las SSTC 185/2014, Pleno, de 6 de noviembre (BOE núm. 293, de 4 de diciembre de 2014; MP: Fernando Valdés Dal-Ré); y 59/2008, Pleno, de 14 de mayo (BOE núm. 135, de 4 de junio de 2008; MP: Pascual Sala Sánchez), se volvió a incidir en que la CE española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del derecho penal.

<sup>79</sup> Así viene establecido en la STC 150/1991, cit. conforme a la cual «el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella».

entendimiento del precepto más acorde con el principio de proporcionalidad<sup>80</sup>. Siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la CE y la otra no, debe admitirse la primera con arreglo a un criterio hermenéutico<sup>81</sup>. Si bien, es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la CE y declarar tan solo la derogación de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación<sup>82</sup>. No obstante, se erige en parámetro hermenéutico el que la interpretación conforme se pueda deducir «de modo natural y no forzado» del tenor literal del precepto, sin afectación de la seguridad jurídica<sup>83</sup>. La interpretación literal es un mero punto de partida imprescindible, pero necesitado de la colaboración de otros criterios hermenéuticos que vengán a corroborar o corregir los resultados de un puro entendimiento literal de las normas según el sentido propio de sus palabras<sup>84</sup>, cuales son los criterios interpretativos al uso en la comunidad científica y los principios limitadores del ejercicio del *ius puniendi*<sup>85</sup>.

Partiendo de las anteriores consideraciones el TS pone en relación la modalidad agravada de hurto sancionada en el artículo 235.1.7.º del CP con el concepto de reincidencia establecido en la agravante del artículo 22.8.º del CP, conforme al cual «hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves», concluyendo que si en este concepto de reincidencia se excluye el cómputo de los delitos leves para apreciarla, no parece razonable hablar de multirreincidencia excluyendo el concepto básico de reincidencia contenido en la parte general del CP.

Asimismo se hace referencia al artículo 66.1.5.ª del CP, pues si bien prevé también una agravante de multirreincidencia de forma genérica, presenta dos diferencias esenciales. De un lado, esta norma presenta un grado de discrecionalidad en su aplicación muy importante, y además la exacer-

<sup>80</sup> SSTC 4/2015, Sala 2.ª, de 19 de enero (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2015; MP: Antonio Narváez Rodríguez); 206/2014, Sala 1.ª, de 15 de diciembre (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2015; MP: Santiago Martínez-Vares García); y 203/2014, Sala 2.ª, de 15 de diciembre (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2015; MP: Antonio Narváez Rodríguez).

<sup>81</sup> STC 189/2013, Pleno, de 7 de noviembre (BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 2013; MP: Santiago Martínez-Vares García).

<sup>82</sup> STC 93/1984, Sala 1.ª, de 16 de octubre (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 1984; MP: Rafael Gómez-Ferrer Morant).

<sup>83</sup> SSTC 56/2004, Sala 1.ª, de 19 de abril (BOE núm. 120, de 18 de mayo de 2004; MP: Javier Delgado Barrio); 74/2000, de 16 de marzo (BOE núm. 90, de 14 de abril de 2000; MP: Rafael de Mendizábal Allende); y 176/1999, Pleno, de 30 de septiembre (BOE núm. 263, de 3 de noviembre de 1999; MP: Pablo Cachón Villar).

<sup>84</sup> STC 84/2014, Pleno, de 29 de mayo (BOE núm. 153, de 24 de junio de 2014; MP: Juan Antonio Xiol Ríos).

<sup>85</sup> SSTC 24/2004, Pleno, de 24 de febrero (BOE núm. 74, de 26 de marzo de 2004; MP: Elisa Pérez Vera); 13/2003, Sala 2.ª, de 28 de enero (BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2003; MP: Elisa Pérez Vera); 170/2002, de 30 de septiembre (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2002; MP: Elisa Pérez Vera); y 42/1999, Sala 2.ª, de 22 de marzo (BOE núm. 100, de 27 de abril de 1999; MP: Carles Viver Pi-Sunyer).

bación de la pena no tiene nada que ver con el salto cualitativo que se produce en el supuesto analizado. De otro, el apartado 2 del artículo 66 excluye de la aplicación de la norma los delitos leves.

En definitiva, el TS concluye que el concepto de multirreincidencia contenido en el 235.1.7.º del CP ha de interpretarse en un sentido congruente con el concepto básico de reincidencia, y respetando el principio de proporcionalidad de la pena, lo que lleva a entender que cuando el texto legal se refiere a tres condenas anteriores estas han de ser por delitos menos graves o graves, y no por delitos leves.

Frente a esta interpretación se formula un voto particular<sup>86</sup> disintiendo de la misma, habida cuenta de la claridad normativa que se aprecia en la cuestión analizada, pues no solo la previsión normativa es transparente en su significación, sino que el legador ha subrayado su alcance en la propia exposición de motivos de la ley<sup>87</sup> que introduce esta modalidad agravada de hurto, destacando que los hurtos de menor gravedad «que anteriormente se sancionaban como falta, se regulan ahora como delitos leves; pero se excluye la consideración como leves de todos aquellos delitos en los que concurra alguna circunstancia de agravación –en particular, la comisión reiterada de delitos contra la propiedad y el patrimonio–. De este modo, se solucionan los problemas que planteaba la multirreincidencia: los delincuentes habituales anteriormente eran condenados por meras faltas, pero con esta modificación podrán ser condenados como autores de un tipo agravado castigado con penas de uno a tres años de prisión».

En relación con el argumento del enfrentamiento de la norma con el principio de la culpabilidad, destaca que tal objeción no solo puede proclamarse de quienes han sido condenados por varios hurtos leves, sino también de los que han reincidido en la comisión de cuatro hurtos menos graves. En cualquier caso, destacan que la constitucionalidad del principio de culpabilidad no viene influida por las concepciones dogmáticas que rechazan que la punición contemple la peligrosidad del reincidente, siendo posible integrar en la culpabilidad que orienta la punición el conocimiento que tenga de la antijuricidad del hecho cometido, además de la capacidad del sujeto activo de motivarse en sus comportamientos por los mandatos y prohibiciones normativas<sup>88</sup>.

Respecto a la supuesta desproporción con que se ha configurado el subtipo agravado del artículo 235.1.7.º del CP se citan numerosos supuestos en los que el TC<sup>89</sup> ha admitido que in-

<sup>86</sup> STS, Sala 2.ª, de 28 de junio de 2017, cit. Voto particular formulado por Pablo Llarena Conde, al que se adhieren Julián Sánchez Melgar, Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, Antonio del Moral García, Carlos Granados Pérez y Juan Saavedra Ruiz.

<sup>87</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

<sup>88</sup> SSTC 152/1992, Sala 2.ª, de 19 de octubre (BOE núm. 276, de 17 de noviembre de 1992; MP: Álvaro Rodríguez Berejio); 150/1991, cit.; y 14/1988, Sala 2.ª, de 4 de febrero (BOE núm. 52, de 1 de marzo de 1988; MP: Ángel Latorre Segura).

<sup>89</sup> AATC 395/2004, Pleno, de 19 de octubre; y 233/2004, Pleno, de 7 de junio, confirman el instrumento de transformar conductas contempladas como faltas (hoy delitos leves), en delitos menos graves. El ATC 284/2006, Pleno, de 19 de julio, ha admitido la viabilidad de que infracciones de distinta naturaleza pudieran tener previstas una misma

fracciones leves puedan tener previsto una sanción menos grave, siempre que se respeten tres parámetros: 1.º El principio de lesividad o exigencia de antijuricidad material, esto es, que la intensidad de la pena resulte necesaria para proteger bienes jurídicos esenciales, frente a conductas lesivas o peligrosas para los mismos. 2.º Los principios de última ratio y de subsidiariedad, que no existan otros instrumentos alternativos que, siendo menos gravosos respecto de los derechos de los individuos, resulten suficientes para obtener la finalidad deseada. 3.º Y el principio de proporcionalidad estricta, que exige que se aprecie una correspondencia racional y objetiva entre la entidad del delito y la dimensión afflictiva de la pena.

Finalmente se manifiesta en el voto particular que si bien el legislador podría haber recogido una mayor posibilidad de graduar la pena cuando de la reiteración de los delitos leves de hurto se trata, la decisión legislativa es la que contempla la literalidad del artículo 235.1.7.º del CP, tipificación que responde así a una realidad criminal concreta: personas que hacen del delito de hurto un medio de vida, desplegando su actividad delictiva de forma constante. Estas conductas lesionan el bien jurídico protegido de manera bien diferenciada a como lo hacen los que abordan un hurto episódico. En estos casos, evaluar el contenido antijurídico de la acción y de la propia culpabilidad del sujeto, desde cuál sea el importe de lo sustraído en cada uno de sus golpes, se enfrenta a la existencia de una unidad de propósito, inmutable y estable, a la que el legislador pretende hacer frente con la norma en cuestión. En todos estos supuestos, carece de relevancia sustantiva el valor que alcance el objeto sustraído, pues, bien es el resultado azaroso de un dolo que abarcaba cualquier cuantía, o bien es el resultado de un mecanismo desplegado por la intencionalidad del agente, que limita su actividad delictiva a valores inferiores a 400 euros, precisamente para estar sujeto a un menor rigor penal si es descubierto, pero aspirando a lograr, mediante la reiteración delictiva, la mayor acumulación patrimonial posible. Cuando la misma actuación se reitera por cuarta vez, antes de que transcurra el plazo de seis meses en que quedan cancelados los antecedentes penales por un delito leve de hurto, es demostrativo de una actitud ante el bien jurídico que se protege y ante la antijuricidad de su transgresión.

#### 4. DELITO DE HOSTIGAMIENTO, ACECHO, ACOSO, O STALKING

Dos STS<sup>90</sup> analizan el nuevo delito de hostigamiento, acecho o acoso –*stalking*–, previsto y penado en el artículo 172 ter del CP, e introducido en el CP por la Ley Orgánica 1/2015<sup>91</sup>. Si

---

consecuencia sancionadora. ATC 145/2015, Pleno, de 10 de septiembre, en relación con infracciones dolosas y culposas.

<sup>90</sup> SSTS, Sala 2.ª, de 12 de julio de 2017 (ROJ: STS 2819/2017; MP: Joaquín Jiménez García); y de 8 de mayo de 2017 (ROJ: STS 1647/2017; MP: Antonio del Moral García).

<sup>91</sup> Con la inclusión de dicho tipo delictivo, además de darse cumplimiento al mandato de incriminación contenido en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011, España ha sido uno de los últimos países de la Europa occidental que ha incriminado específicamente el *stalking*, tras el Reino Unido, Irlanda, Austria, Alemania, Italia o Suecia.

bien este tipo penal presenta un casuismo poco apto para ser reconducido a moldes generales, de las STS referidas pueden extraerse las siguientes pautas de interpretación.

El bien jurídico protegido por este delito viene constituido por la libertad individual y el derecho a vivir tranquilo y sin zozobra. Tal y como se expresa en la exposición de motivos de la ley que introduce en el CP este tipo delictivo, el mismo está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como de coacciones o amenazas. Se trata de aquellos supuestos en los que sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no la de intención de causar algún mal –amenazas–, o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima –coacciones–, se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento. En definitiva, el legislador, al tipificar el nuevo delito de acoso y hostigamiento, lo hace considerándolo como una variante del delito de coacciones al quedar fuera de su ámbito estricto las conductas de acecho permanente o intento de comunicación reiterada que, sin llegar a las coacciones, sí tienen la entidad suficiente como para producir una inquietud y desasosiego relevante penalmente, y que por ello no debe quedar extramuros de la respuesta penal al producir tal situación de acoso una alteración grave de la vida cotidiana, estableciéndose un tipo agravado para los casos en los que el sujeto pasivo que sufre el acoso es alguna de las personas referidas en el artículo 173.2 del CP<sup>92</sup>.

A pesar de las disparidades existentes en la comunidad científica en lo referente a la determinación del concepto de *stalking*, se destacan como elementos esenciales generalmente admitidos tanto el que debe tratarse de un patrón de conducta insidioso y disruptivo, cuanto que no debe contar con la anuencia de la víctima<sup>93</sup>. Pese a la elasticidad de los términos usados por el legislador –insistente, reiterada, alteración grave–, y el esfuerzo por precisar con una enumeración de los que han de considerarse actos intrusivos, sin cláusulas abiertas, los mismos evocan un afán de autocontención para guardar fidelidad al principio de intervención mínima y no crear una tipología excesivamente porosa o desbocada.

<sup>92</sup> Villacampa Estiarte, C. (2015). El delito de *stalking*. En Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015* (pp. 379-398). Pamplona: Aranzadi, plantea si se debería circunscribir explícitamente la relevancia penal de la conducta a las modalidades comisivas que impliquen la búsqueda de proximidad física con la víctima, en que se ha constatado una mayor afectación psicológica a las víctimas. Al respecto concluye que si bien dicha opción resultaría adecuada a la realidad de las cosas, atendiendo a los resultados de esta investigación, lo cierto es que, para evitar el peligro de que una determinación demasiado estrecha de la conducta típica pudiera dejar fuera del tipo formas de persecución que eventualmente pudieran resultar igualmente lesivas de la libertad de obrar de las víctimas, debería ser a través de la determinación del resultado típico como se limitase el círculo de conductas con relevancia penal y, en dicho sentido, quizá caracterizar el resultado del delito como la alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, como hace el actual artículo 172 ter del CP, no sea suficientemente expresivo de dicho desvalor.

<sup>93</sup> Al respecto, Villacampa Estiarte, C. (2009). *Stalking y Derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso* (pp. 35 y ss.). Madrid: Iustel.

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 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 tipo penal. 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 pudieran haber prescrito si son actos por sí solos constitutivos de infracción penal.

El desvalor que encierran determinados actos concretos –llamadas in consentidas, presencia inesperada, etc.– examinados fuera de su contexto pueden resultar 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.

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, etc. –, que no pueden ser totalmente orilladas. No es sensato ni pertinente establecer un mínimo número de actos intrusivos, ni fijar un mínimo lapso temporal, pero sí es exigencia del tipo penal analizado el dato de una vocación de cierta perdurabilidad, pues solo desde ahí se puede dar el salto a esa incidencia en la vida cotidiana.

Estamos ante un delito de resultado en la medida en que se exige que las referidas conductas causen directamente una limitación trascendente en alguno de los aspectos integrantes de la libertad de obrar del sujeto pasivo, ya sea en la capacidad de decidir o en la capacidad de actuar según lo ya decidido<sup>94</sup>. Se trata de un tipo penal muy con estrecha conexión a los concretos perfiles y circunstancias del caso enjuiciado. Es decir, el análisis de cada caso concreto, a la vista de las acciones desarrolladas por el agente con insistencia y reiteración, y por otra parte a la vista de la idoneidad de tales acciones para alterar gravemente la vida y tranquilidad de la víctima nos conducirá a la existencia o no de este delito de acoso.

---

<sup>94</sup> Jareño Leal, A. (1997). *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995* (pp. 40 y ss). Valencia: Tirant lo Blanch, considera que nos hallamos frente a un delito de peligro, en que basta la idoneidad de la conducta para hacer peligrar los bienes protegidos a efectos de perfección del delito.

## 5. NATURALEZA DE LOS DELITOS CON PENALIDAD COMPUESTA. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 13.4 DEL CP

La cuestión esencial que en este caso analiza el TS<sup>95</sup> es si una pena menos grave, cuando resulte degradada hasta el límite de imponerse en una extensión que esté 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. En definitiva, si para determinar la naturaleza menos grave o leve de la infracción ha de estarse a la pena finalmente impuesta, o a la fijada en abstracto por el correspondiente tipo penal. Esta cuestión no es meramente conceptual, sino que muestra un contenido sustantivo amplio y extenso, en atención al especial tratamiento que el legislador dispensa a los delitos leves, y que concretamos a continuación:

- Los antecedentes penales derivados de la perpetración de un delito leve no computan a los efectos de configurar la agravante de reincidencia –párrafo cuarto art. 22.8 CP–.
- Tampoco computan estos antecedentes penales a los efectos de excluir la concurrencia del requisito de ser delincuente primario, en orden a la eventual concesión del beneficio de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad –art. 80.2.1.ª CP–.
- Afectará de manera singular al plazo de prescripción de la responsabilidad penal que pueda derivarse de la perpetración de actuaciones criminales, dado que los delitos leves prescriben al año, mientras que los delitos menos graves, salvo los delitos de injurias y calumnias, tienen como tiempo mínimo de prescripción el de cinco años –art. 131.1 CP–.
- También tiene repercusión respecto a la responsabilidad personal subsidiaria, considerando que el artículo 53.1 del CP indica que la responsabilidad personal subsidiaria podrá cumplirse mediante localización permanente en los casos de delitos leves, sin que resulte posible respecto de delitos que tengan la consideración de menos graves o graves.
- Si bien la persona condenada por un delito leve también puede ser sancionada con las prohibiciones del artículo 48 del CP, cuando se trate de un delito del catálogo recogido en el artículo 57.1 del CP, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 del CP, la duración de las prohibiciones quedaría limitada en estos casos a un máximo de seis meses.
- Finalmente, en el caso de la comisión de un delito leve del catálogo recogido en el artículo 57.1 del CP, que se cometa contra las personas a las que se refiere el artículo 57.2 del CP, la imposición de las prohibiciones no solo está sujeta a la máxima ex-

<sup>95</sup> STS, Sala 2.ª, de 31 de mayo de 2017 (ROJ: STS 2221/2017; MP: Pablo Llarena Conde).

tensión de seis meses, sino que resultará de aplicación potestativa, a diferencia de la obligatoria imposición que el legislador ha contemplado para los delitos graves y menos graves.

El origen del problema trae causa de la reforma operada en el CP por la Ley Orgánica 1/2015, que modificó la clasificación de las infracciones penales, desapareciendo el libro que recogía las faltas, e introduciendo una nueva clase de infracción, llamada «delito leve». Con anterioridad a esta reforma el artículo 71.1 del CP expresamente indicaba que «en la determinación de la pena inferior en grado, los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente, sin que ello suponga la degradación a falta». Esta redacción del precepto se ha modificado no solo en el sentido de eliminarse la proscripción de la degradación a falta, sino que la modificación del artículo 71.1 del CP no sustituye la expresión de «falta» por «delito leve». De este modo, ha desaparecido la prohibición de que la minoración penológica pueda desembocar en una degradación a delito leve, disponiendo la actual redacción que «en la determinación de la pena inferior en grado, los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente». El legislador elude de este modo un posicionamiento expreso sobre si la degradación de la pena permite entender que los hechos sancionados revisten la menor gravedad que justifica que se les aplique el tratamiento punitivo especializado que se ha previsto para los delitos leves o, por el contrario, se mantiene que los hechos contemplados como delitos leves y los que el legislador define como delitos menos graves presentan una diferenciación sustantiva que impide su comunicación, por más que todas las infracciones penales que no han resultado despenalizadas con la eliminación de las faltas merezcan ya la consideración de delito.

El CP contempla numerosos supuestos en los que una degradación penológica de los distintos tipos penales puede conducir a que la sanción impuesta a sus responsables recaiga en el espacio propio de las penas leves<sup>96</sup>. El TS destaca a estos efectos que toda previsión abstracta del tipo penal se realiza desde la evaluación por el legislador del modo en que puede desarrollarse el ataque al bien jurídico que la norma penal protege y evaluando además el daño que determinadas acciones u omisiones pueden infligirle. Es esa contemplación general la que determina el régimen de persecución y punición que la norma establece para tales conductas, y la extensión de la pena no modifica esa consideración, sino que es la manifestación más visible del reproche penal que el legislador asigna al delito. Así, cuando el artículo 13 del CP asocia la gravedad de la infracción penal con la escala de gravedad de la pena que esté prevista para el delito –art. 33 CP–, la referencia que el legislador establece para evaluar la gravedad del delito no es la pena que resulte finalmente im-

<sup>96</sup> La imperfección en la ejecución de un delito menos grave (arts. 16, 61 y 62 CP), la complicidad en su comisión (art. 63 CP), la concurrencia de eximentes incompletas de la responsabilidad criminal (art. 68 CP), la apreciación de dos o más atenuaciones genéricas o de al menos una que se contemple como muy cualificada (art. 66.1.2.ª y 7.ª CP), la apreciación de la concurrencia de un error vencible sobre la ilicitud del hecho (art. 14.3 CP), o, ya en la parte especial del CP, cualquier minoración de pena que resulte de la aplicación de una regla específica de atenuación.

puesta por los hechos que se enjuician y sancionan, sino la pena con la que la infracción penal es castigada por la ley, esto es, la inicialmente prevista, en consideración abstracta. En definitiva, la particular naturaleza de la acción u omisión sancionada en el CP y su capacidad de atentar contra el bien jurídico es lo que determina la gravedad de la infracción y, con ello, el conjunto de instrumentos que el Estado puede y debe desplegar para el adecuado reproche y la ajustada corrección de cualquier conducta que le haga referencia<sup>97</sup>. Por consiguiente, los condicionantes normativos anteriormente referidos, cuando conducen a una degradación de la pena prevista para un tipo penal, no modifican la naturaleza de la infracción, por más que la sanción atenuada venga a ubicarse en distinta e inferior escala de las contempladas en el artículo 33 del CP.

La determinación de esta cuestión pasa asimismo por el análisis de las dos reglas especiales contenidas en el artículo 13.4 del CP a efectos de determinar la naturaleza del delito: si la pena, por su extensión, puede incluirse a la vez en las categorías de pena grave y pena menos grave, el delito se considerará grave. La disyuntiva entre grave y menos grave se resuelve a favor de la opción más gravosa: el delito es grave. Por el contrario, si la pena por su extensión, puede incluirse a la vez en las categorías de pena menos grave y pena leve, el delito se considerará leve. En este caso la disyuntiva entre menos grave y leve se resuelve a favor de la opción menos gravosa para el condenado: el delito es leve.

Sin embargo el CP no presenta ninguna regla especial que resuelva la naturaleza del delito cuando la sanción prevista para un tipo o subtipo penal sea alternativa y una de las penas tenga la consideración de pena menos grave y la otra de pena leve, encontrándonos a los efectos dos corrientes en la jurisprudencia menor. A) La que considera estos delitos como leves. A tal efecto consideran que si el legislador, al crear los delitos leves considera que la disyuntiva entre pena menos grave y pena leve se resuelve a favor de la pena leve, por analogía deben aplicarse esos mismos criterios para el supuesto de penas alternativas que muestren la misma divergencia de gravamen<sup>98</sup>. B) La que entiende como menos graves 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<sup>99</sup>.

El TS acoge esta última posición, entendiendo que la norma recogida en el artículo 13.4 del CP 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 CP. Únicamente cuando la extensión de la pena fijada por el legislador se sitúa a caballo entre dos categorías que vienen definidas precisa-

<sup>97</sup> STS, Sala 2.ª, de 23 de mayo de 2016 (ROJ: STS 2309/2016; MP: Carlos Granados Pérez).

<sup>98</sup> SAP de Castellón, Sec. 1.ª, de 18 de noviembre de 2016 (ROJ: SAP CS 984/2016; MP: Pedro Luis Garrido Sancho); y SAP de Soria, Sec. 1.ª, de 10 de septiembre de 2015 (ROJ: SAP SO 137/2015; MP: José Luis Rodríguez Greciano).

<sup>99</sup> SAP de Baleares, Sec. 2.ª, de 14 de noviembre de 2016 (ROJ: SAP IB 1956/2016; MP: Diego Jesús Gómez-Reino Delgado). Así Circular FGE 1/2015.

mente 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, bien en los casos en que la diversidad afecta a penas cuya imposición está prevista de manera alternativa–, la no concurrencia de los presupuestos contemplados en la regla especial del artículo 13.4 del CP 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 este solo tiene la consideración de leve, cuando la pena con la que esté castigado sea leve.

## 6. AGRAVANTE DE REINCIDENCIA

Analiza el TS<sup>100</sup> si para apreciar la concurrencia de esta agravante –art. 22.8 CP–, es exigible que las circunstancias modificativas de la responsabilidad queden tan acreditadas como el hecho mismo sobre el que están llamadas a producir efecto, y que el relato de hechos probados de la sentencia que las aprecie recoja o no todos los elementos que determinen su aplicación.

Al respecto el TS, reiterando la jurisprudencia<sup>101</sup> anterior existente sobre esta materia, afirma que para apreciar la reincidencia se requiere que consten en el *factum* la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas<sup>102</sup>. Este último dato no será necesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual. Si no constan en los autos los datos necesarios, se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto o expediente de refundición<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> STS, Sala 2.ª, de 8 de marzo de 2017 (ROJ: STS 861/2017; MP: Luciano Varela Castro).

<sup>101</sup> SSTS, Sala 2.ª, de 11 de noviembre de 2016 (ROJ: STS 4853/2016; MP: Ana María Ferrer García); de 23 de octubre de 2016 (ROJ: STS 4672/2016; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); de 16 de junio de 2016 (ROJ: STS 2906/2016; MP: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro); y de 30 de septiembre de 2014 (ROJ: STS 4080/2014; MP: Ana María Ferrer García), entre otras muchas.

<sup>102</sup> En igual sentido, dentro de la doctrina, Arroyo de las Heras, A., Muñoz Cuesta, J. y Goyena Huerta, J. (1997). *Las circunstancias agravantes en el CP de 1995* (p. 202). Pamplona: Aranzadi; y Marín Espinosa Ceballos, E. (1999). *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales* (p. 287). Granada: Comares.

<sup>103</sup> Conforme a lo dispuesto en STC 80/1992, Sala 1.ª, de 28 de mayo (BOE núm. 157, de 1 de julio de 1992; MP: Jesús Leguina Villa), la estimación de la agravante de reincidencia sin que consten en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación lesiona el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva. A falta de constancia de la fecha de extinción, que constituye el día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación, este plazo deberá determinarse desde la firmeza de la propia sentencia.

Asimismo se recuerda la doctrina ya sentada por el TS<sup>104</sup> en relación con la posibilidad de integrar los déficit del *factum* con datos incorporados en la fundamentación jurídica de la sentencia, conforme a la cual en el relato de hechos probados de la sentencia penal deben constar todos los elementos de la conducta que son relevantes para la subsunción en un determinado tipo penal, incluidos los de carácter subjetivo. Aunque siempre de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado, se admite que los fundamentos jurídicos puedan contener afirmaciones fácticas que complementen el hecho probado, pero se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado, que tiene derecho a conocer con claridad aquello por lo que se le condena, de manera que a través de este mecanismo solo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales. Si la sentencia es o pretende ser un cuerpo sistemático y armónico, su redacción deberá respetar estos presupuestos y distinguir perfectamente los diferentes planos –fáctico y jurídico– que intervienen en su composición. Los fundamentos de derecho no son el lugar adecuado para completar o integrar el hecho probado y mucho menos para ampliarlo en perjuicio del acusado<sup>105</sup>.

## 7. CONCLUSIONES

1. Con el nuevo recurso de casación penal introducido por la Ley 41/2015 se materializa la función nomofiláctica del TS como último intérprete de la legalidad penal ordinaria, dando efectividad a los principios de igualdad ante la ley y seguridad jurídica, sin los que no es posible un funcionamiento adecuado de la jurisdicción. Asimismo, se pone fin a la diversidad de interpretaciones jurisprudenciales existentes en las materias que sean objeto de tal recurso, y de una litigiosidad incentivada por la imposibilidad, hasta ahora, de una instancia superior que pusiera fin a las controversias jurídicas existentes entre las audiencias provinciales sobre cuestiones que nunca llegaban al TS.
2. La exigencia de una segunda prueba de etilometría en contraste y garantía no viene referida al exclusivo desarrollo de los derechos del sometido a las pruebas, sino como un instrumento para que la prueba preconstituida venga pertrechada de un mayor grado de objetividad y pueda aportar cierta garantía institucional su utilización procesal. Las pruebas a las que hace referencia el RGC no son en realidad dos pruebas, sino una sola, pero integrada con dos momentos. Esta morfología permite sustentar que el delito de omisión que se describe en el artículo 383 del CP

<sup>104</sup> SSTS, Sala 2.ª, de 29 de junio de 2015 (ROJ: STS 3516/2015; MP: Ana María Ferrer García); de 4 de julio de 2014 (ROJ: STS 2714/2014; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón); y de 23 de abril de 2013 (ROJ: STS 1901/2013; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón), entre otras muchas.

<sup>105</sup> SSTS, Sala 2.ª, de 22 de febrero de 2017 (ROJ: STS 681/2017; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca); y de 15 de marzo de 2016 (ROJ: STS 1221/2016; MP: Joaquín Giménez García).

queda consumado cuando el sujeto activo ha actuado en el comportamiento intermedio, esto es, se ha sometido al primer control etilométrico y ha rechazado reiterarlo. Como la prueba es una, pero tiene dos momentos para completarse con la objetividad y la garantía institucional que exige la norma, no afrontar uno de estos momentos determina que la prueba no esté cumplida y que el sujeto activo se haya negado a someterse a las pruebas legalmente establecidas.

3. Conducir vehículos a motor sin haber obtenido nunca el carné es un delito, y no una infracción administrativa, y no requiere que el conductor haya puesto en un peligro concreto la seguridad vial ni cometido una maniobra antirreglamentaria. Se trata de un delito de peligro abstracto, sin 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.
4. La obligación de indemnizar los daños causados, aunque sean atípicos penalmente, por un delito de riesgo abstracto, se deriva de los artículos 109.1.º y 116.2 del CP. La regla concursal del artículo 382 del CP –que en caso de concurrencia de otro delito de resultado junto con el de riesgo abstracto resuelve 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. La disposición adicional tercera del CP 1995 permite una aplicación analógica, sin riesgo de incidir en la interdicción de aplicación contra reo, porque tal norma opera en el ámbito civil, donde la analogía está permitida *ex* artículo 4 del CC. 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 penal 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 la jurisdicción civil.
5. Los bienes jurídicos protegidos en los delitos tipificados en los artículos 379.2 y 383 del CP no son coincidentes, pero la imposición de pena por ambos tipos no supondría un *bis in idem* aunque se considerara que en ambos casos el único bien jurídico protegido es la seguridad vial. La relación entre ambos delitos es de concurso real.
6. 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 del CP, aunque el trayecto recorrido haya sobrepasado escasos metros. Se exige un movimiento locativo, cierto desplazamiento, pero no una conducción durante determinado espacio de tiempo o recorriendo un mínimo de distancia.
7. 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, com-

- prensiva, sin desglosar, de las costas de producción y distribución del bien, 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. Por tanto, dicho concepto incluye el impuesto del valor añadido (IVA) en el territorio de su aplicación (península y Baleares), el impuesto general indirecto canario (IGIG) en las Islas Canarias, y el impuesto sobre la producción, los servicios y las importaciones (IPSI) en las ciudades de Ceuta y Melilla.
8. El tipo de hurto agravado previsto y penado en el artículo 235.1.7 del CP es únicamente aplicable a los hurtos menos graves del artículo 234.1 del CP, no a los delitos leves de hurto, y siempre que los tres antecedentes exigidos por el legislador también deriven de la comisión de otros tantos delitos graves o menos graves.
  9. El nuevo delito de hostigamiento, acecho o acoso (*stalking*), previsto y penado en el artículo 172 ter del CP, se vertebra alrededor de cuatro notas esenciales que tienen unos contornos imprecisos: que la actividad sea insistente; que sea reiterada; como elemento negativo del tipo se exige que el sujeto activo no esté legítimamente autorizado para hacerlo; y que produzca una grave alteración de la vida cotidiana de la víctima. Los términos de «insistencia» y «reiteración» son tangenciales en su significación, aunque tienen también un campo diferenciado. Insistencia es equivalente a permanencia. Por reiteración se entiende la acción de repetir, o de volver a decir una cosa. Por tanto, puede afirmarse que de «forma insistente y reiterada» equivale a decir que se está ante una reiteración de acciones de la misma naturaleza que se repite en el tiempo, en un periodo no concretado en el tipo penal. Ciertamente el tipo penal no concreta el número de actos intrusivos que pueden dar lugar al tipo penal, pero este *continuum* de acciones debe proyectarse en un doble aspecto: repetitivo en el momento en que se inicia; y reiterativo en el tiempo, al repetirse en diversas secuencias en tiempos distintos. A ello debe añadirse la consecuencia de que ello produzca una grave alteración en la vida cotidiana, esto es, algo cualitativamente superior a las meras molestias.
  10. 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 dependerá, igualmente, de la naturaleza de la infracción y no de la pena principal impuesta.
  11. En lo que a la agravante de reincidencia se refiere las carencias en la reproducción de la secuencia fáctica no pueden suplirse en perjuicio del reo por la mención de datos concretos en los fundamentos jurídicos o la remisión a la hoja histórico-penal incorporada en las actuaciones. Sin embargo se ha admitido, siempre que los datos relevantes consten en los hechos probados –la fecha de las sentencias y los delitos objeto de condena–, que las dudas que pudieran surgir respecto de la interpretación y valoración de los mismos se despejen con datos de contenido fáctico incorporados en la fundamentación jurídica.

## Referencias bibliográficas

- Alonso Rimo, A. (2008). El delito de negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol o drogas tóxicas desde la perspectiva de la reforma penal de 2007. En Vidales Rodríguez, C. y Mera Redondo, A. (coords.), *Seguridad Vial. (Especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Andrade Ortiz, A. C. (2009). La insoportable –para algunos– levedad del artículo 365, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la disposición final primera e) de la Ley Orgánica 15/2003, 15 de diciembre. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2096, año 63.
- Arroyo de las Heras, A., Muñoz Cuesta, J. y Goyena Huerta, J. (1997). *Las circunstancias agravantes en el CP de 1995*. Pamplona: Aranzadi.
- Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (dirs.), et al. (2004). *Comentarios al Código Penal*. Tomo II: *Parte especial*. Madrid: Marcial Pons.
- Domínguez Izquierdo, E. M. (2007). La conducción bajo la influencia de drogas tóxicas o de bebidas alcohólicas y la negativa a someterse a las pruebas dirigidas a la comprobación de tales hechos: La vinculación material entre los arts. 379 y 380 del Código Penal. En Morillas Cueva, L. (coord.) y Aparicio Díaz, L. et al., *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: aspectos penales, civiles y procesales*. Madrid: Dykinson.
- Fernández Bautista, S. (2008). El delito de negativa a la realización de las pruebas de alcoholemia (art. 383 CP). En Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (dirs.), y Cardenal Montraveta, S. (coord.), *Seguridad Vial y Derecho Penal. Análisis de la LO 15/2007, qué modifica el Código Penal en materia de Seguridad Vial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fernández Entralgo, J. (18 de septiembre, 2014). ¿Con IVA o sin IVA? *Diario La Ley*, 8380, año XXXV.
- García Valdés, C., Mestre Delgado, E. y Figueroa Navarro C. (2015). *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid: Edisofer.
- González Cussac, J. L. y Vidales Rodríguez, C. (2007). La Reforma del Código Penal en materia de Seguridad Vial. *Revista Jurídica Galega*, 55.
- Jareño Leal, A. (1997). *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Juanatey Dorado, C. (2001). Sobre el Control de Alcoholemia. Comentario a la Sentencia 161/1997, de 2 de octubre, del Tribunal Constitucional. En Morales Prats, F. y Quintero Olivares, G. (coords.), et al., *El nuevo Derecho penal Español: Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi.
- Luzón Cuesta, J. M. (2009). *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*. (16.ª ed.). Madrid: Dykinson.
- Magaldi Paternostro, M. J. (2007). El tipo del artículo 380 del Código Penal: una propuesta interpretativa. En De Vicente Martínez R., (dir.), *Derecho Penal y Seguridad Vial*. Madrid: CGPJ.
- Magro Servet, V. (2005). La doble punición en el tipo penal de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes del artículo 379 CP. *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVI.
- Magro Servet, V. (2008). La criminalización de la conducción sin permiso de conducir o retirado. *Diario La Ley*, 6941.

- Marín Espinosa Ceballos, E. (1999). *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Granada: Comares.
- Martín Lorenzo, M. (2010). El delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia como delito contra la seguridad vial: consecuencias para su aplicación. *Diario La Ley*, 7451.
- Martín Lorenzo, M. (2013). Negativa a someterse a las pruebas de medición de alcohol o de detección de drogas. En Gutiérrez Rodríguez, M. (coord.) y García del Blanco, V. *et al.*, *Protección penal de la Seguridad Vial*. (2.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Molina Fernández, F. (1998). Delitos contra la seguridad del tráfico. En Bajo Fernández, M. (dir.), Díaz-Maroto y Villarejo, J. *et al.*, *Compendio de Derecho Penal*. Vol. II: *Parte especial*. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces.
- Muñoz Cuesta, F. J. (2009). Delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y detección de drogas: problemas que suscita la interpretación del art. 383 CP. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2.
- Peris Riera, J. M. y Cuesta Pastor, P. J. (2000). Control penal del peligro y delitos contra la seguridad del tráfico. *Revista Tráfico y Seguridad Vial*, 23.
- Prieto González, H. M. (2012). Otros temas de interés. En Agüero Ramón-Llin, E., Hidalgo de Morillo Jiménez, A., Lanzarote Martínez, P. y Prieto González, H. M. *La dogmática penal sobre el asfalto: Un enfoque práctico de los delitos contra la seguridad vial*. Granada: Comares.
- Rafois Pérez, I. (1999). El delito de desobediencia del artículo 380 CP, análisis y crítica. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 6.
- Rodríguez Fernández, I. (2006). *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. Granada: Comares.
- Sánchez Moreno, J. (2005). *Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia*. (2.ª ed.). Barcelona: Bosch.
- Serrano Gómez, A. y Serrano Maíllo, A. (2008). La reforma de los delitos contra la seguridad vial. *Revista de Derecho UNED*, 3.
- Suárez-Mira Rodríguez, C. (coord.), Judel Prieto, A. y Piñol Rodríguez, J. R. (2011). *Manual de derecho penal*. Tomo II: *Parte especial*. (6.º ed.) Cizur Menor: Thomson Civitas.
- Tamarit Sumalla, J. M. (2011). Capítulo IV. De los delitos contra la seguridad vial. En Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*. Tomo II. (6.ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi.
- Trapero Barreales, M. (2011). *Los delitos contra la Seguridad Vial: ¿Una reforma de ida y vuelta?* Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vargas Cabrera, B. (2007). El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas del artículo 379 CP. En De Vicente Martínez, R. (dir.), *Derecho Penal y Seguridad Vial*. Madrid: CGPJ.
- Varona Gómez, D. (2000). El delito de negativa a las Pruebas de alcoholemia (art. 380 CP) tras la sentencia del TS de 9-12-1999. *Jueces para la Democracia*, 37.
- Villacampa Estiarte, C. (2009). *Stalking y Derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*. Madrid: Iustel.
- Villacampa Estiarte, C. (2015). El delito de *stalking*. En Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*. Pamplona: Aranzadi.