



Roj: **STS 203/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:203**

Id Cendoj: **28079120012020100040**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/02/2020**

Nº de Recurso: **2389/2018**

Nº de Resolución: **684/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 2389/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 684/2019

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.^a. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 3 de febrero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2389/18 por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por D. Adrian representado por la procuradora D.^a Patricia Carmen Rodríguez Gómez bajo la dirección letrada de D. Alberto León Serrano contra la sentencia de fecha 20 de junio de 2018 dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Apelac. 15/18) que confirmó la sentencia dictada el día 28 de marzo de 2018 por la Audiencia Provincial de A Coruña, (Sec. 1.^a- Rollo 115/17). Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 8 de A Coruña incoó Procedimiento Abreviado num. 1489/16, por delito estafa y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de A Coruña, que con fecha 28 de marzo de 2018, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** " Adrian , guiado por la intención de lograr un beneficio ilícito, publicó distintos anuncios en internet en los que ofrecía sus servicios para la reparación de electrodomésticos como servicio técnico oficial de diferentes marcas. En ese anuncio se indicaba como teléfono de contacto el número NUM000 , en el que se recibían los avisos y desde el que se remitían los encargos a Adrian , que se comunicaba con los posibles clientes a través del teléfono número NUM001 para concertar un cita en el domicilio y realizar la reparación solicitada. El acusado carecía de la condición de servicio técnico oficial de ninguna marca de electrodomésticos y no tenía intención de hacer reparación alguna, sino solamente de conseguir que los usuarios le abonasen una cantidad de dinero con la



promesa de llevar a cabo las labores de reparación. Para dotar de crédito a su actividad, Adrian creaba una apariencia de profesionalidad a través de la propaganda citada y con la emisión por sus supuestos servicios de facturas con datos ficticios y a nombre de una empresa que en realidad se correspondía con la filiación de su padre, ya fallecido, incluyendo un domicilio social en la calle Juan Flórez de A Coruña que en ningún momento existió, llegando a simular la firma de alguno de los usuarios en el apartado del documento en el que figuraba la denominación "firma cliente".

Siguiendo esa mecánica, el 5 de octubre, en compañía de otra persona no identificada, fue al domicilio de Melisa, sito en la RONDA001 NUM003, para efectuar la reparación del frigorífico que Melisa había encargado. Ésta entregó a Adrian 150 € como pago de la pieza que debía cambiar. Al día siguiente, sobre las 18 horas, fueron para cambiar la pieza, lo que no hicieron. Melisa le abonó los 95 € pendientes de pago, entregándole el acusado una factura en la que incluyó los datos ficticios antes señalados, haciendo constar el nombre de su padre fallecido, Ezequiel, y un DNI que no le correspondía. El frigorífico no fue arreglado, por lo que su dueña reclamó a Adrian, quien le puso diversas excusas y nunca llegó a efectuar el trabajo por el que había cobrado.

El 10 de octubre de 2016, sobre las 16 horas, acudió en compañía de otra persona no identificada al domicilio de Fernando, sito en c/ DIRECCION000 de A Coruña, para reparar de la lavadora. Fernando les entregó 300 € de los 490 € a los que Adrian le dijo que ascendía el total de la reparación, con el compromiso de que al día siguiente pasarían para cambiar la pieza estropeada por otra nueva. El día 13 volvieron al domicilio, en el que les atendió la empleada de hogar, Concepción. Tras manipular la lavadora, el acusado rompió el motor y le dijo a Concepción que entregaría una lavadora nueva ante la imposibilidad de repararla. Ante ello la empleada le entregó la cantidad de 190 € pendiente de abono y Adrian le dio una factura en la que estampó una firma en donde correspondía que lo hiciera Fernando. Y con el contenido figurado ya señalado. Fernando tuvo que sustituir la lavadora que rompió Adrian por otra de similares características cuyo precio ascendió a 499 C.

El 11 de octubre, sobre las 17 horas, Adrian, acompañado de otra persona no identificada, se personó en el domicilio de Jacobo, sito en RONDA000 NUM002 de A Coruña, con el pretexto de efectuar la reparación del lavavajillas que Jacobo había solicitado. Éste entregó a Adrian 250 € que le dijo que costaba la pieza necesaria para efectuar la reparación, por lo que recibió una factura elaborada de manera similar a la descrita en el anterior caso. Adrian no volvió al domicilio de Jacobo para hacer la reparación prometida.

Con anterioridad a estos hechos, Adrian había sido condenado como autor de delitos de estafa por sentencias firmes de 10-02-2016 a la pena de prisión de seis meses; de 17-02-2016 a la pena de prisión de cuatro meses; de 04-05-2016 a la pena de prisión de un año; de 20-04-2016 a la pena de prisión de un año; de 06-09-2016 a la pena de prisión de un año y nueve meses; y de 24-08-2016 a la pena de multa de dos meses.

El acusado estuvo en prisión provisional por esta causa desde el 4 de noviembre de 2016 hasta el 30 de enero de 2017".

SEGUNDO: La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Condenar a Adrian, como autor responsable de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de estafa a:

- Las penas de prisión de cuatro años, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, y multa de diez meses, con una cuota de 6 € y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.
- Indemnizar a Fernando con la cantidad de 989 €, a Jacobo con la de 250 € y a Melisa con la de 245 €, todas ellas incrementadas con los intereses devengados con arreglo a lo dispuesto en el art. 576 LECi.
- Con abono de la prisión provisional sufrida.

Todo ello con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia.

Contra la presente resolución, conforme dispone el artículo 864.a de la LEcrim., cabe interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de DIEZ DIAS, según dispone el art. 846 bis b de la misma Ley".

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por D Adrian, dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con fecha de 20 de Junio de 2018 y cuya parte dispositiva es la siguiente: "FALLO: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado Adrian contra la sentencia dictada el día 28 de marzo de 2018 por la Sección la de la Audiencia Provincial de A Coruña, N° de Rollo 115/17, en los autos de Diligencias Previas de procedimiento abreviado n° 1489/2016 del juzgado de Instrucción n° 8 de A Coruña, que confirmamos. Se declaran de oficio las costas procesales del recurso.



Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, preparándolo en esta Sala de lo Civil y Penal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación que se haga de la misma".

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de D. Adrian , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Por infracción de ley por aplicación indebida de los artículos 249.1º y 250.1. 8º CP y no aplicación del art 249. 2º, con la consiguiente indebida aplicación de las penas conforme a la regla del artículo 77.3 CP.

2º.- Al amparo del artículo 849.1 LECRIM, por indebida aplicación de la agravante del artículo 250.1. 8º CP y, por el mismo motivo, al amparo del art 852 LECRIM por vulneración del principio de culpabilidad (artículo 1, 10.9 y 24 CE).

3º.- Al amparo del artículo 852 LECRIM por vulneración de los art 120.3, 24.2 y 9.3 CE en cuanto a la motivación; y artículo 25 en cuanto vulneración del principio de proporcionalidad de las penas como manifestación del principio de legalidad de las mismas, tutela judicial efectiva y de lo dispuesto en el artículo 66.1º CP.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 5 de diciembre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El primer motivo de recurso se enuncia "por infracción de ley por aplicación indebida del artículo 249 primero y 250.1, 8 y no aplicación del artículo 249 párrafo segundo, con la consiguiente indebida aplicación de las penas conforme a la regla del artículo 77.3 CP".

1. Sostiene el recurrente que ninguno de los episodios que conforman la estafa continuada por la que se le condena superó los 400 euros, por lo que entiende que los hechos deben quedar encuadrados en el artículo 249.2, y que, aun aplicando la agravación contemplada en el artículo 250.1.8 CP, cuya procedencia discute en el segundo de los motivos de recurso, la pena a imponer no podría exceder los 4 meses.

A este motivo y al siguiente opuso la Fiscal que la cuestión que suscitan no había sido planteada en el recurso de apelación que precedió al que ahora nos ocupa, por lo que debían ser rechazados de plano. De la lectura de la sentencia recurrida, que es la que resolvió la apelación, se desprende que sí se suscitó en el correspondiente recurso la infracción de los preceptos sustantivos aplicados en relación al delito de estafa, si bien con un alcance diferente al que ahora se esboza.

Jurisprudencia consolidada de esta Sala ha afirmado que el recurso de casación por infracción de ley se circunscribe a los errores legales que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes, o, en su caso, el Tribunal de apelación al conocer del correspondiente recurso. Lo que implica que no puedan formularse *ex novo* y *per saltum* alegaciones relativas a otros no suscitados con anterioridad, que obligarían a esta Sala a abordar cuestiones sobre las que los tribunales que le precedieron en el conocimiento del asunto no se pronunciaron, y a decidir sobre ellos por primera vez y no en vía de recurso, lo que desnaturalizaría el recurso de casación una vez implantado un sistema de doble instancia.

No obstante, la doctrina jurisprudencial admite dos clases de excepciones a este criterio. Cuando se trate de infracción de preceptos penales sustantivos, cuya subsanación beneficie al reo y que pueda ser apreciada sin dificultad en el trámite casacional, porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de la misma conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa. Y si se trata de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión.

La cuestión que ahora se plantea y la que tiene por objeto el segundo de los motivos, encajan en la primera de las excepciones mencionadas. La discrepancia que suscita el recurrente claramente le beneficia y puede apreciarse en casación a partir de los datos que constan en el relato fáctico que nos vincula.

2. El cauce de infracción de ley que habilita el motivo nos obliga a partir del respeto al relato de hechos probados que sustenta las resoluciones combatidas.



El mismo es del siguiente tenor: " Adrian , guiado por la intención de lograr un beneficio ilícito, publicó distintos anuncios en internet en los que ofrecía sus servicios para la reparación de electrodomésticos como servicio técnico oficial de diferentes marcas. En ese anuncio se indicaba como teléfono de contacto el número NUM000 , en el que se recibían los avisos y desde el que se remitían los encargos a Adrian , que se comunicaba con los posibles clientes a través del teléfono número NUM001 para concertar un cita en el domicilio y realizar la reparación solicitada. El acusado carecía de la condición de servicio técnico oficial de ninguna marca de electrodomésticos y no tenía intención de hacer reparación alguna, sino solamente de conseguir que los usuarios le abonasen una cantidad de dinero con la promesa de llevar a cabo las labores de reparación. Para dotar de crédito a su actividad, Adrian creaba una apariencia de profesionalidad a través de la propaganda citada y con la emisión por sus supuestos servicios de facturas con datos ficticios y a nombre de una empresa que en realidad se correspondía con la filiación de su padre, ya fallecido, incluyendo un domicilio social en la calle Juan Flórez de A Coruña que en ningún momento existió, llegando a simular la firma de alguno de los usuarios en el apartado del documento en el que figuraba la denominación "firma cliente".

Siguiendo esa mecánica, el 5 de octubre, en compañía de otra persona no identificada, fue al domicilio de Melisa , sito en la RONDA001 NUM003 , para efectuar la reparación del frigorífico que Melisa había encargado. Ésta entregó a Adrian 150 € como pago de la pieza que debía cambiar. Al día siguiente, sobre las 18 horas, fueron para cambiar la pieza, lo que no hicieron. Melisa le abonó los 95 € pendientes de pago, entregándole el acusado una factura en la que incluyó los datos ficticios antes señalados, haciendo constar el nombre de su padre fallecido, Ezequiel , y un DNI que no le correspondía. El frigorífico no fue arreglado, por lo que su dueña reclamó a Adrian , quien le puso diversas excusas y nunca llegó a efectuar el trabajo por el que había cobrado.

El 10 de octubre de 2016, sobre las 16 horas, acudió en compañía de otra persona no identificada al domicilio de Fernando , sito en c/ DIRECCION000 de A Coruña, para reparar de la lavadora. Fernando les entregó 300 € de los 490 € a los que Adrian le dijo que ascendía el total de la reparación, con el compromiso de que al día siguiente pasarían para cambiar la pieza estropeada por otra nueva. El día 13 volvieron al domicilio, en el que les atendió la empleada de hogar, Concepción . Tras manipular la lavadora, el acusado rompió el motor y le dijo a Concepción que entregaría una lavadora nueva ante la imposibilidad de repararla. Ante ello la empleada le entregó la cantidad de 190 € pendiente de abono y Adrian le dio una factura en la que estampó una firma en donde correspondía que lo hiciera Fernando Y con el contenido figurado ya señalado. Fernando tuvo que sustituir la lavadora que rompió Adrian por otra de similares características cuyo precio ascendió a 499 C.

El 11 de octubre, sobre las 17 horas, Adrian , acompañado de otra persona no identificada, se personó en el domicilio de Jacobo , sito en RONDA000 NUM002 de A Coruña, con el pretexto de efectuar la reparación del lavavajillas que Jacobo había solicitado. Éste entregó a Adrian 250 € que le dijo que costaba la pieza necesaria para efectuar la reparación, por lo que recibió una factura elaborada de manera similar a la descrita en el anterior caso. Adrian no volvió al domicilio de Jacobo para hacer la reparación prometida.

Con anterioridad a estos hechos, Adrian había sido condenado como autor de delitos de estafa por sentencias firmes de 10-02-2016 a la pena de prisión de seis meses; de 17-02-2016 a la pena de prisión de cuatro meses; de 04-05-2016 a la pena de prisión de un año; de 20-04-2016 a la pena de prisión de un año; de 06-09- 2016 a la pena de prisión de un año y nueve meses; y de 24-08-2016 a la pena de multa de dos meses.

El acusado estuvo en prisión provisional por esta causa desde el 4 de noviembre de 2016 hasta el 30 de enero de 2017".

Sobre estos hechos, el recurrente viene condenado como autor de "un delito continuado de falsedad en documento mercantil tipificado en los artículos 392.1 en relación con el 390.1º, 2º y 3º y 74 del Código Penal, en concurso medial con un delito continuado de estafa de los artículos 250.1.8, 248 y 74 CP, penalizado conforme a la regla del artículo 77.1 y . 3 CP" a la pena de 4 años de prisión y multa de 10 meses, a razón de una cuota diaria de 6 euros. Y según se desprende de la sintética exposición que en cuanto a la determinación de la pena realizó la sentencia de instancia en su fundamento cuarto, deducimos que aplicó la continuidad delictiva del artículo 74.1 sobre la penalidad prevista en el artículo 250.1, lo que le llevó a una pena mínima para el delito de estafa de 3 años y 6 meses de prisión y multa de 9 a 12 meses; y a partir de ésta, operó los efectos del concurso medial del artículo 77.3 en relación al delito continuados de falsedad. Ninguna argumentación contiene la sentencia respecto a la incidencia en esa calificación del importe de la defraudación, o sobre que consideración mereció cada uno de los episodios que conformaban la continuidad. De esta manera, sobre la pena así determinada operó los efectos del concurso medial del artículo 77.3 en relación al delito continuados de falsedad.

3. El artículo 248 CP describe que debe entenderse como delito de estafa al señalar "1. Cometan estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno". Y relega la concreción de las penas al precepto siguiente, que las acota



en función de la suma defraudada, con una modalidad básica castigada con pena de prisión de seis meses a tres años, y otra atenuada en el apartado segundo "si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses", configurando de esta manera un delito leve de estafa que acoge los comportamientos que habían estado encuadrados en la extinta falta del derogado artículo 623.4 CP.

En el relato fáctico que hemos transcrito se describen un total de cuatro episodios defraudatorios desarrollados los días 5,10,11 y 13 de octubre de 2016, ninguno de los cuales superó los 400 euros. Dos de ellos, en concreto los ocurridos los días 10 y 13 del citado mes, afectaron en principio a un mismo perjudicado, incidieron en el mismo aparato electrodoméstico y sumados rebasan tal cantidad. Sin embargo no es posible entenderlos encuadrados, en una interpretación en contra del reo, en un supuesto de unidad natural de acción, cuando entre ellos mediaron tres días. No se da la inmediatez temporal que aquella requiere. Cierto es que la actividad desplegada en las dos ocasiones respondió al plan concebido respecto a un perjudicado, morador del inmueble donde el electrodoméstico estaba instalado y en quien redundó el perjuicio, incrementado además por la necesidad de sustituir aquél. Ambos dos episodios aglutinan los presupuestos de la estafa, un engaño bastante, que indujo al error determinante del acto de disposición. Engaño que no fue exactamente idéntico, pues en el segundo caso, una vez estropeado el electrodoméstico, se incorporó un nuevo elemento falaz que fue el que determinó la segunda entrega. Así se describe "rompió el motor y le dijo a Concepción que entregaría una lavadora nueva ante la imposibilidad de repararla. Ante ello la empleada le entregó la cantidad de 190 € pendiente de abono". La distancia temporal entre cada uno de los dos episodios permite afirmar independencia ontológica de uno respecto del otro, e incluso un renovado impulso motivacional, lo que orienta la construcción hacia la continuidad delictiva.

Siendo así, nos encontramos lo que en principio sería un delito leve de estafa del artículo 249.2 CP que por efecto de la continuidad apreciada, en la medida que las cantidades sumadas superan con creces los 400 euros, nos reconduce al supuesto básico del artículo 249.1 CP que absorbería su efecto penológico para evitar una doble agravación. Esta es la conclusión a la que aboca la ya unánime jurisprudencia de esta Sala que el propio recurso invoca.

Esta ha modificado en los últimos años la interpretación del artículo 74 CP con el fin de evitar que la continuidad delictiva actúe con un doble efecto agravatorio, al mismo tiempo que se ha dejado sin efecto la restricción de la aplicación del apartado 1 cuando se juzgan delitos patrimoniales.

Las distintas posturas sobre esta cuestión se unificaron a partir de dos acuerdos plenarios. El adoptado por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 18 de julio de 2007 estableció que "en los delitos continuados patrimoniales, lo previsto en el apartado segundo del artículo 74 CP constituye una regla no incompatible con el criterio general de punición de los delitos continuados previsto en el apartado primero de ese mismo artículo". A ello ha de sumarse lo decidido en el posterior Acuerdo de 30 de octubre de 2007, que dice así: "El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1 CP, queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración".

Como expusieron entre otras las SSTS 474/3016 de 2 de junio; 947/2016 de 15 de diciembre; 249/2017 de 5 de abril; o las 409/2018 y la 422/2018 de 18 y 26 de septiembre, respectivamente, estos Acuerdos pretendieron resolver las incógnitas referidas a la aplicación de la regla primera del artículo 74 CP a los delitos continuados de naturaleza patrimonial. La idea de que esta categoría de delitos conoce una regla especial en el artículo 74.2 CP había animado buena parte de las resoluciones de esta misma Sala (SSTS 155/2004 de 9 de febrero; 1256/2004 de 10 de diciembre y 678/2006 de 7 de junio, entre otras muchas). Con arreglo a este entendimiento, el artículo 74.2 CP encerraría una norma especial que excluiría la aplicación de la regla genérica contenida en el artículo 74.1 CP. Sin embargo, la experiencia aplicativa desarrollada bajo la vigencia de tal criterio puso de manifiesto la conveniencia de reorientar esa interpretación, en la medida en que no existe razón alguna de política criminal que justifique la sustracción del delito continuado de naturaleza patrimonial a la regla agravatoria prevista en el nº 1 de tal precepto. De ahí la importancia de la idea proclamada en el mencionado Pleno, a tenor de la cual el delito continuado también habrá de ser sancionado mediante la imposición de la pena determinada con arreglo al perjuicio total causado, en su mitad superior. Ello no es sino consecuencia de incorporar el delito patrimonial a la razón de política criminal que, con carácter general, proclama el artículo 74.1 CP (SSTS 284/2008 de 26 de junio; 199/2008 de 25 de abril y 997/2007 de 21 de noviembre).

La idea que late en el Acuerdo obliga a concluir la exclusión del efecto agravatorio en determinados supuestos, para impedir que su aplicación conduzca a la doble incriminación de un mismo hecho. Así se entendió, por ejemplo, en aquellas ocasiones en que las que, en el esquema normativo anterior a la LO 1/2015, como la suma del perjuicio total ocasionado fue tomada en consideración para integrar acciones constitutivas de falta en un



único delito continuado, se descartó el efecto agravatorio de la regla primera del artículo 74 CP, lo mismo que ahora ocurre, si bien en la versión del delito leve sucesor de aquellas.

Aplicada tal doctrina al presente caso, la proyección del artículo 74 sobre la reiteración de hechos que aisladamente considerados integrarían un delito leve de estafa del artículo 249.2 nos conduce inexorablemente a la modalidad básica del 249.1 CP, por lo que, aunque el motivo no puede ser estimado en su integridad, si parcialmente en cuanto que la conclusión alcanzada amortigua la penalidad.

SEGUNDO: También por el cauce que habilita el artículo 849.1 LECRIM, el segundo motivo de recurso denuncia la indebida aplicación del artículo 250.1.8ª CP, y con base en el artículo 852 LECRIM, la vulneración del principio de culpabilidad.

Entiende que tal agravación, por la exacerbación punitiva que conlleva, vulnera el principio de culpabilidad. Y añade que en este caso no sería apreciable dado que tres de las condenas previas que sustentaron su aplicación (las de 10 de febrero, 20 de abril y 4 de mayo de 2016) dimanaban de hechos anteriores a la entrada en vigor de la LO 1/2015 que incorporó la agravación del actual nº 8 del artículo 250.1 CP; y que la de 24 de agosto de 2016 que impuso 2 meses de multa, habría de considerarse cancelable. Para concluir que, en su caso, el efecto penológico se acrecentaría tomando en consideración que el penado se vería obligado a cumplir penas que se encuentran en periodo de suspensión.

1. En el caso que nos ocupa, ya hemos dicho, se aplicó la modalidad de estafa agravada que, con una penalidad que abarca de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses, se incluyó desde la ya citada Ley 1/2015 en el nº 8 del artículo 250.1 CP cuando "al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Capítulo. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo".

Respecto a los perfiles de esta figura, necesariamente nos hemos de remitir a la Sentencia del Pleno de esta Sala, STS 481/2017 de 28 de junio, que interpretó esta agravación. Aunque el pronunciamiento lo fue en relación al delito de hurto, los estándares que marcó mantienen toda su vigencia en su correlación con el delito de estafa.

La citada sentencia, cuya doctrina ha sido reiterada en otras como las SSTS 176/2018 y 500/2018, de 18 de abril y 24 de octubre respectivamente, efectuó una interpretación de la multirreincidencia como figura agravada, en conexión con los perfiles de la agravante genérica del artículo 22. 8ª y 66.1, 5ª, para concluir que "no pueden operar en la multirreincidencia los antecedentes penales por delitos leves". Sintetizaba tal sentencia su argumentación señalando "es cierto que el Tribunal Constitucional ha acogido en sus sentencias la constitucionalidad de la reincidencia, si bien con alguna cautela cuando se trata de principios constitucionales relacionados con el elemento de la culpabilidad, sobre todo al tratar de los principios de proporcionalidad y del *non bis in idem*. Ahora bien, es importante no olvidar que esa jurisprudencia estaba referida siempre a la agravante genérica de reincidencia y no a la configuración de subtipos penales hiperagravados, en los que se produce un salto punitivo de tal entidad que se permitiría al juzgador convertir una condena de pena de multa en otra de pena privativa de libertad que tiene un techo de tres años y en otros casos de hasta de seis años de prisión.

Es evidente, como ya se anticipó, que corresponde al legislador establecer la cuantía de las penas en cada uno de los tipos delictivos al ostentar la legitimidad de base para fijar las pautas de la política criminal en nuestro país. Y también es razonable y elogiable su preocupación por ciertos delitos que, no alcanzando un alto grado de ilicitud al contemplarlos desde una perspectiva individualizada, sí acaban afectando por su reiteración a la ciudadanía y generando cierta alarma social.

Ahora bien, dentro del marco punitivo que establece el legislador, los tribunales, atendiendo a la redacción de la norma y a los principios constitucionales que han de guiar de forma primordial el significado de los preceptos penales, han de acudir cuando concurren interpretaciones en conflicto a seleccionar la que concilie en mayor medida los principios y valores constitucionales con las descripciones y connotaciones que se desprenden del texto legal, tanto desde una dimensión de cada precepto como del conjunto sistemático del Código. Especialmente cuando afloran contradicciones internas tanto de índole textual como sobre todo axiológicas, tal como se ha venido exponiendo en los fundamentos precedentes. Resumiendo, pues, los razonamientos expuestos en los fundamentos precedentes, puede afirmarse que al reconocer el propio legislador el escaso grado de ilicitud del delito leve de hurto dada la pena de multa que le asigna, su agravación hipercualificada sobre el único soporte de otros delitos leves ya condenados nos sitúa en un terreno muy próximo a la infracción del principio de proporcionalidad de las penas e incluso cercano a la vulneración del principio *non bis in idem*. A ello ha de sumarse la unilaterización en que puede incurrirse en orden a la operatividad de los fines de la pena, al centrarse la nueva pena hiperagravada en el fin de la prevención general positiva (aminorar la alarma social y generar la confianza en la vigencia de la norma), vaciando prácticamente de contenido el fin de la prevención



especial, al mismo tiempo que se debilita sustancialmente la eficacia del principio de culpabilidad como freno a los excesos punitivos cuando se pone en relación con la ilicitud concreta del hecho que se juzga".

Es decir, en aplicación de tal doctrina, la figura agravada del artículo 250.1. 8 CP no podrá conformarse sobre previas condenas por delitos leves, que quedan excluidos en la formulación de la agravante genérica de reincidencia.

2. La redacción del citado artículo 250.1 no distingue para su operatividad entre el delito básico de estafa del artículo 249.1 CP y la versión leve incorporada en el apartado 2 del mismo precepto. Y así señala aquél "el delito de estafa será castigado (...)", con abstracción de si el valor de la defraudación supera o no los 400 euros.

La interpretación de la norma según su construcción gramatical puede hacer pensar que la genérica alusión al delito de estafa, extiende la operatividad de las agravaciones contenidas en el artículo 250.1 CP a todas sus modalidades, incluida la que el artículo 249.2 incorpora como delito leve, heredero de la desaparecida falta del artículo 623.4 CP.

Sin embargo, tal aparente claridad deja abierta la puerta a diversas incógnitas que deben ser despejadas con perspectiva sistemática, porque la aplicación de las normas penales desde la garantía de tipicidad (artículo 25.1 CE), veda una interpretación analógica y extensiva en perjuicio del reo. Y así, no puede considerarse baladí, desde una concepción integrada del texto penal, que, a diferencia de lo que ocurre en relación al delito leve de hurto del artículo 234.2, a tenor del cual "se impondrá una pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediese de 400 euros, salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235", ninguna referencia a la aplicación del artículo 250 incluya el artículo 249.2 CP. Máxime cuando ambos preceptos fueron incorporados por la misma Ley, lo que, a *contrario sensu*, avala la exclusión del delito leve de estafa de la órbita agravatoria del artículo 250 CP.

Y esta misma conclusión se respalda con la lectura del Preámbulo de esa Ley, LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que incorporó los delitos leves. En su apartado XIV, el legislador expresó claramente la razón por la que sometía los hurtos leves a la hiperagravación por multirreincidencia: "La revisión de la regulación de los delitos contra la propiedad y el patrimonio tiene como objetivo esencial ofrecer respuesta a los problemas que plantea la multirreincidencia y la criminalidad grave. Con esta finalidad se suprime la falta de hurto, y se introduce un supuesto agravado aplicable a la delincuencia habitual. Los supuestos de menor gravedad, que anteriormente se sancionaban como falta, se regulan ahora como delitos leves; pero se excluye la consideración como leves de todos aquellos delitos en los que concurra alguna circunstancia de agravación -en particular, la comisión reiterada de delitos contra la propiedad y el patrimonio-. 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 cualquier caso, por razones de seguridad Jurídica y de mayor precisión posible en la descripción penal, se mantiene el límite cuantitativo para una clara delimitación entre el nuevo delito leve de hurto y el tipo básico". Concluye el apartado señalando: "El catálogo de supuestos agravados de estafa regulado en el artículo 250 del Código Penal es revisado para incorporar, al igual que el hurto, una referencia a los supuestos de multirreincidencia. Se añade, asimismo, una referencia a los supuestos en los que el delito se comete de un modo que llega a afectar a un elevado número de personas", sin referencia alguna a la extensión de efectos al delito leve de estafa.

Puede considerarse un simple olvido del legislador o entender que la referencia que hace en este último inciso al hurto abarca también este extremo, pero hacerlo así, no solo comporta el riesgo de una interpretación extensiva contra reo, sino que resulta difícilmente explicable cuando la proyección de la multirreincidencia sobre la versión más leve de la estafa es totalmente novedosa. No existía ni siquiera un precedente como el que para el hurto incorporó la LO 11/2003 al establecer que la comisión de cuatro faltas de hurto en un mismo año por un importe de superior en total a los 400 euros (a partir del año 2010 se redujo el número de faltas a tres) se castigaría como un delito de hurto. Novedad merecedora de expresa explicación.

Ello permite recordar que el tema de multirreincidencia siempre ha sido contemplado por el legislador como un supuesto agravatorio de los delitos de hurto, sin entender que esa misma exacerbación proceda históricamente con respecto a los delitos de estafa. Probablemente por las singulares circunstancias criminológicas que concurren en estos últimos; pues generan una menor alarma social al hallarse estructurados sobre una relación de engaño que en lo que se refiere a las anteriores faltas y a los delitos leves obedecen, en general, más a supuestos propios del entorno de la picaresca como modo ilegal de subsistencia personal, que a una modalidad delictiva que atemorice y sobresalte especialmente a la ciudadanía.

En la misma dirección puede apuntarse que los hurtos siempre tienen un riesgo de contacto personal, que en algunas ocasiones deriva en situaciones de enfrentamiento o violencia, circunstancias que no se dan en los



delitos leves de estafa. Esta diferencia es otro factor consistente al tratar de explicar el criterio del legislador a la hora de operar con la multirreincidencia en el hurto y en la estafa.

Además, el salto en la penalidad que provocaría aplicar la multirreincidencia al delito leve de estafa, que está castigado al igual que el de hurto con multa de uno a tres meses, es aún más vertiginoso que en éste. Mientras el artículo 235 CP contempla una pena máxima de tres años de prisión, la estafa agravada fija el límite máximo en seis años de prisión y 12 meses de multa.

El artículo 250.1.8 CP utiliza la reincidencia como único soporte para configurar un tipo agravado, sin contar con un nuevo supuesto conductual que legitime la cualificación. Las restantes figuras del 250 CP (lo mismo ocurre en relación al artículo 235), en mayor o menor medida construyen su base típica sobre nuevos elementos fácticos. No en cambio el nº 8, que se estructura sobre 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. Esos previos delitos fueron objeto de su respectiva condena y vuelven ahora a computar para integrar, sobre la base fáctica de esos antecedentes, un subtipo agravado con una penalidad que va mucho más allá de la que reconduce a la mitad superior de la pena, como la reincidencia (artículo 66.1. 3ª), o a la superior en grado, si de la multirreincidencia del artículo 66.1.5ª CP se trata.

La aplicación a los delitos leves de la nueva figura agravada de estafa produce de esta manera una distorsión del sistema en el que, ni la reincidencia genérica del artículo 22.8 ni la multirreincidencia del 66.1.5 producen *ex lege* un incremento penológico cuando operan sobre aquellos, por efecto de lo dispuesto en el artículo 66.2 CP. Distorsión, porque solo así puede entenderse el que la mera existencia de tres antecedentes previos, que ya en su día acarrearón la correspondiente pena, equipare una estafa de menos de 400 euros, con otra en la que no se aprecie multirreincidencia, pero que puede llegar a alcanzar un cuarto de millón.

Todo ello nos aboca a entender que tal salto agravatorio exige una expresa y clara regulación, como la del hurto, sin que, en su defecto, nos sea permitida una interpretación extensiva y analógica.

Lo señalado respecto a la agravación del artículo 250.1.8 es aplicable a las restantes circunstancias que el precepto prevé, pues, aunque sustentadas en distinto fundamento y algunas de difícil, cuando no imposible, encaje estructural con un delito leve, deben ser tratadas desde la misma pauta interpretativa. No es posible desde una interpretación extensiva en contra reo, un doble salto penológico desde el delito leve a la modalidad agravada.

Lo expuesto no excluye la aplicación del artículo 250.1.8 CP en este caso, pues ya hemos señalado que, aunque ninguno de los episodios que conformaron la continuidad delictiva alcanzó los 400 euros, sí la suma de ellos, lo que nos reconduce al tipo básico del artículo 249.1 configurado como delito menos grave, sobre el que si opera la agravación, pero con exclusión de la regla del artículo 74.1 CP para huir de un supuesto de doble sanción.

3. Sentado lo anterior, los antecedentes penales que pesaban sobre el condenado cuando cometió los hechos ahora enjuiciados, son idóneos para integrar la modalidad agravada del artículo 250.1.8 CP, con la configuración que la doctrina de esta Sala le ha asignado.

Ninguno de ellos era cancelable cuando en el mes de octubre del año 2016 cometió el delito de estafa que ahora se enjuicia. En los términos en que aparecen descritos en los hechos probados que nos vinculan, y en consideración a la penalidad impuesta, no dimanaban de delitos leves, con la única excepción de los que derivan de la condena el 24 de agosto de 2016, a la pena de dos meses de multa.

El que algunos de tales antecedentes condenen hechos anteriores a la entrada en vigor de la LO 1/2015, carece de relevancia. Aquellos fueron enjuiciados con arreglo a la legislación que les era aplicable. Lo que ahora importa es que a la fecha de comisión de los nuevos hechos, el tipo agravado que ahora se aplica ya estaba en vigor, lo que colma los presupuestos del principio de legalidad.

TERCERO: El tercer motivo de recurso, también por el cauce que habilita el artículo 852 LECRIM denuncia falta de motivación de las sentencias de la primera instancia y la de apelación en la determinación de la pena; y vulneración del principio de proporcionalidad como manifestación del principio de legalidad de las mismas.

En cuanto al primer objeto de denuncia, ciertamente la argumentación de la sentencia de primera instancia que la de apelación se limitó a refrendar, resulta en exceso escueta en cuanto a la determinación de la pena. Es más, su sintética exposición nos ha exigido deducir las operaciones que realizó para concretar la pena en los términos en que lo hizo, llegando a alcanzar los 4 años de prisión y multa de 10 meses, con una cuota de 6 euros. Es decir, aplicando la continuidad delictiva directamente sobre la modalidad agravada del artículo 250.1.8 CP, que obligaba a partir de una pena mínima de 3 años y seis meses de prisión y multa de 9 a doce meses, sobre la que operaría la relación de concurso medial con el delito de falsedad, en aplicación del artículo 77.3 CP. Más allá de las genéricas referencias a "la cuantía de lo estafado y a las circunstancias las personales



del autor, en especial su absoluta indiferencia a las condenas que previamente le fueron impuestas por hechos de esta naturaleza en el marco legal fijado por el artículo 66.1. 6ª" ninguna argumentación se incorporó.

Sin embargo la trascendencia práctica de esta cuestión cede a la vista de las conclusiones que acabamos de alcanzar, que necesariamente nos obligan a estimar parcialmente el recurso, y realizar una nueva individualización en la sentencia que seguirá a la presente.

CUARTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM, procede declara de oficio las costas de este recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por la representación procesal de D. Adrian contra la sentencia de fecha 20 de junio de 2018 dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Apelac. 15/18) que confirmó la sentencia dictada el día 28 de marzo de 2018 por la Audiencia Provincial de A Coruña, (Sec. 1ª- Rollo 115/17) y en su virtud casamos y anulamos la expresada sentencia.

Se declaran de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta al citado Tribunal Superior a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 2389/2018

Ponente: Excm. Sra. D.ª Ana María Ferrer García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Dª. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 3 de febrero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 2389/2018 interpuesto por interpuesto por D. Adrian , representado por la procuradora Dª Patricia Carmen Rodríguez Gómez bajo la dirección letrada de D. Alberto León Serrano contra la sentencia de fecha 20 de junio de 2018 dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Apelac. 15/18) que confirmó la sentencia dictada el día 28 de marzo de 2018 por la Audiencia Provincial de A Coruña, (Sec. 1ª- Rollo 115/17), que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como queda expresado al margen.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



ÚNICO.- En atención a lo expuesto en la sentencia que antecede, calificados los hechos como un delito de estafa agravado por la multirreincidencia de los artículos 248.1, 249.1 y 250.1.8 CP, en concurso medial del artículo 77.1 inciso segundo CP con un delito continuado de falsedad en documento mercantil del artículo 392.1 en relación con el artículo 390.1º, 2º y 3º y el artículo 74 todos ellos de CP, que debe de ser penado con arreglo a la regla contenida en el artículo 77.3, estimamos proporcional a las circunstancias concurrentes, en atención al importe de la cuantía defraudada, la pena de 2 años de prisión y multa de 8 meses. Pena que se determina a partir de considerar como idónea para el delito de estafa, en atención a su cuantía, la mínima de las previstas en el artículo 250.1 CP, de 1 año de prisión y multa de 6 meses, que se completa hasta la duración fijada por efecto de la relación concursal apreciada. Opción mas ventajosa para el condenado que la de penar ambos delitos por separado.

En orden a la cuantía de la cuota que conforma la pena de multa, no contando con datos suficientes respecto a cual sea la situación económica del condenado, optamos con el mismo criterio del Tribunal de instancia, por fijar la misma en 6 euros día, cifra que, aunque superior al mínimo legal es muy cercana al mismo, en el entendimiento que este debe quedar reservado para situaciones de grave penuria económica, que no consta que sea el caso que nos ocupa.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

CONDENAR a D. Adrian como autor responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de estafa agravado por la multirreincidencia de los artículos 248.1, 249.1 y 250.1.8 CP, en concurso medial del artículo 77.1 inciso segundo CP con un delito continuado de falsedad en documento mercantil del artículo 392.1 en relación con el artículo 390.1º, 2º y 3º y el artículo 74 todos ellos de CP, a la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, confirmando en sus restantes efectos que no se opongan a lo acordado, en la sentencia de fecha 20 de junio de 2018 dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Apelac. 15/18).

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina