

SOBRE LA INNECESARIA REFORMA DE LOS DELITOS DE HURTO

ABOUT THE UNNECESSARY REFORM OF THE CRIMES OF LARCENY

Juana del Carpio Delgado¹

Resumen

El trabajo analiza, desde una perspectiva crítica, la propuesta de reforma de los delitos de hurto contenida en el Anteproyecto, presentado en octubre de 2012, de reforma del Código Penal. Se trata de una propuesta que, además de convertir la falta de hurto en delito, incorpora tipos cualificados, muchos de ellos previstos en el textorefundido del Código Penal de 1973. Siguiendo la tendencia política criminal de los últimos años los límites temporales de la pena de prisión son especialmente desproporcionados tratándose de delitos que mayoritariamente son cometidos por miembros de los sectores más desfavorecidos de una sociedad sumida en una grave crisis

¹ Profesora titular de Direito Penal da Universidade Pablo de Olavide. Sevilha. Espanha.

económica. Un régimen punitivo especialmente severo si lo comparamos con el previsto para los delitos cometidos por miembros de los sectores más poderosos de la sociedad. En suma, como veremos a lo largo del desarrollo del trabajo, una reforma ideológica, una vuelta a los tiempos del Derecho penal de la dictadura.

Palabras clave: hurto; robo; delitos contra la propiedad; reformas penales.

Abstract

The paper analyzes, from a critical perspective, the proposed reform of the crimes of Larceny contained in the Draft bill, submitted in October 2012, reform of the Criminal Code. It is a proposal that, in addition to turning all larceny is a crime, incorporates qualified offence, some of them under the consolidated text of the 1973 Criminal Code. Following the trend criminal policy in recent years, the temporal limits of imprisonment are especially disproportionate when you consider that it is mostly crimes committed by members of the most disadvantaged social sectors of society mired in a severe economic crisis. A especially severe punitive regime when we compared to the forecast for the crimes committed by members of the most powerful sectors of society. In resume, as we will see throughout the development of ideological reform work, a return to the times criminal law during the Dictatorship's until the early years of the Democracy.

Keywords: Larceny; theft; Property crime; Penal reforms.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

En la Exposición de motivos del Anteproyecto presentado en octubre de 2012, se aducen una serie de razones, algunas de ellas bastante discutibles, que llevan al partido en el gobierno a proponer una «nueva» reforma del Código Penal (en adelante, CP), la vigésimo séptima desde que fue aprobado en noviembre de 1995.

Esta propuesta prevé, como era de esperar por la deriva de la política criminal actual, importantes modificaciones en los delitos contra el patrimonio dentro de las que caben destacar: la conversión de la falta de hurto en delito leve, la incorporación de nuevos tipos cualificados, la ampliación del concepto de robo con fuerza en las cosas, un notable incremento de las penas para los delitos de hurto y robo con fuerza cuando en su comisión concurren determinadas circunstancias, entre otras. Dado que el Anteproyecto afecta a importantes aspectos

de estos delitos, el presente trabajo vamos a limitarlo al análisis de la propuesta de reforma de los delitos de hurto.

Desde la aprobación del Código Penal de 1995, la primera reforma de especial relevancia que sufrieron los delitos de hurto fue en 2003 mediante la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE nº 234, de 30.09.2003), que introdujo un nuevo párrafo al art. 234 CP para regular el nuevo delito habitual de hurto.²

Esta figura delictiva, duramente criticada por la mayoría de La doctrina³, no

² De acuerdo con la denominación propuesta por GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. I, 2004, p. 642.

³ Véanse, entre otros, GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. I, 2004, pp. 641 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Las reformas penales de la L.O. 15/2003 en el ámbito patrimonial y socioeco-

sólo por su contenido sino también por la forma en la que se incorpora AL Código Penal,⁴ se construye sobre la comisión de cuatro faltas de hurto cometidas en El plazo de un año, siempre que el montante acumulado sea superior a 400€. El castigo de estas faltas como delito se enmarcaba dentro de una política criminal centrada en La instauración de la ley y el orden con la que se iba a «barrer de las calles a los pequeños delincuentes»⁵, y en «la firme decisión de ser implacables

con los delincuentes para aumentar la seguridad ciudadana»⁶ puesta en peligro, según se decía, por La permisividad del Código Penal de 1995.⁷

La reforma de 2010 del Código Penal mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº 152, de 23.06.2010), impulsada por el Gobierno socialista, lejos de suprimir este polémico precepto, reduce la exigencia de cuatro faltas de hurto a tres;⁸

nómico», *EPC*, nº 25, 2004, pp. 223 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 18ª ed., 2010, pp. 385 y s.

⁴ Véanse, entre otros, GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. I, 2004, pp. 641 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Las reformas penales de la L.O. 15/2003 en el ámbito patrimonial y socioeconómico», *EPC*, nº 25, 2004, pp. 223 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 18ª ed., 2010, pp. 385 y s.

⁵ EL PAÍS, «Aznar proclama que "vamos a barrer de las calles a los pequeños delincuentes"», 9 de septiembre de 2002.

⁶ EL PAÍS «Aznar encuentra el apoyo a sus reformas de los comerciantes más atracados», 9-01-03.

⁷ Las mismas razones que fueron esgrimidas por ciertos sectores de la sociedad para denunciar la «benevolencia» del régimen punitivo de la delincuencia patrimonial clásica del CP de 1973 tras la reforma de 1983. Véase ampliamente al respecto, LANDROVE DÍAZ, «Marginación y delincuencia patrimonial», *EPC*, nº 8, 1983-1984, pp. 274 y s.

⁸ Si bien se ha afirmado que este delito tiene precedentes en el «nacionalsocialismo alemán y fascismo italiano» (así, ABEL SOUTO, «Discordancias y errores introducidos en el Código Penal por la

además de incorporar una nueva modalidad de falta reiterada de hurto.⁹

En los últimos años, tanto la Fiscalía General del

simbólica reforma de 25 de noviembre de 2003 que, antes de su entrada en vigor, deben ser erradicados del texto punitivo», *Revista Xurídica Galega*, nº 24, 2004, p. 67), no hay que perder de vista que, al menos en este tema, no es necesario acudir a otros países de nuestro entorno o a sistemas penales comparados para encontrar estas modalidades delictivas, toda vez que en nuestro sistema penal se preveía el castigo como delito de la falta de hurto por especial reincidencia.

⁹ Véanse al respecto, GARCÍA ARÁN, «La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa», *RJC*, nº 4, 2011, pp. 1002 y ss.; FARALDO CABANA, «Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010», *La Ley Penal*, nº 81, 2011, 23 pp. (laleypenal.laley.es/; última visita: 15 de febrero de 2013); GUARDIOLA LAGO, «La reforma penal en el delito y falta de hurto (arts. 234, 235 y 623.1º)», en ÁLVAREZ GARCÍA/ GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, pp. 260 y ss.; LLOBLET ANGLI, «Robo y hurto», en ORTIZ DE URBINA GIMENO (dir.), *Memento experto.Reforma penal 2010*, 2010, pp. 190 y ss.

Estado (en adelante, FGE) como el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) vienen poniendo especial énfasis en el aumento de la litigiosidad, especialmente en la jurisdicción penal.

Así, por ejemplo, el Pleno de 28 de junio de 2012, del CGPJ aprobó un informe titulado *Propuestas para la reducción de la litigiosidad*, en el que se da cuenta que los niveles de litigiosidad son especialmente elevados en la jurisdicción penal, cerca del 71% del total de los asuntos ingresados en el año 2010 en todas las jurisdicciones.¹⁰

Estos niveles son especialmente preocupantes si se tiene en cuenta que los Juzgados de Instrucción conocen el enjuiciamiento de la mayoría de las faltas, 3.448.548 de los 6.639.356 asuntos ingresados en el orden penal en 2010. Por ello, en el citado informe proponen, entre otras medidas, como una forma de reducir la carga de trabajo de los juzga-

¹⁰ CGPJ, *Propuestas para la reducción de la litigiosidad*, junio de 2012, pp. 46 y ss.

dos, ampliar las capacidades y competencias de los Jueces de Paz para que puedan juzgar las faltas que actualmente resuelven los Jueces de Instrucción. Además de La despenalización de determinados comportamientos actualmente tipificados como faltas, aunque permanezcan configurados como ilícitos administrativos.

Haciéndose eco de esta última propuesta, el Anteproyecto, si bien prevé La supresión del Libro III del Código Penal que contiene el catálogo de faltas, solo despenaliza un número reducido de éstas mientras que la otra gran parte se tipifican como delitos leves.

En lo que al hurto se refiere, se configura un nuevo tipo privilegiado, para castigar las conductas que pueden ser consideradas como de «escasa gravedad», no teniendo tal consideración, cuando la cuantía excede de 1000€ o cuando el sujeto actué con profesionalidad o sea miembro de una organización delictiva.

1870, distingue los hechos constitutivos de hurto entre delito y falta. En este último caso, la falta de hurto

se castiga como delito cuando el sujeto ha sido anteriormente condenado por delito de robo o hurto o dos veces por falta de hurto. Esta figura, que si bien desapareció del Código Penal de 1876 al considerarse todo hurto, incluso los leves como delitos, volvió a incorporarse en el Código Penal de 1907 manteniéndose hasta la reforma de 1983.¹¹

Y, como veremos más adelante, los Proyectos de Código Penal de 1980 y de 1992, contenían una modalidad de hurto en parecidos términos.¹²

¹¹ Véase ampliamente al respecto, ASÚA BATARRITA, *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los Códigos españoles del siglo XIX*, 1982, pp. 380 y ss.

¹² Véanse al respecto, GARCÍA ARÁN, «La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa», *RJC*, nº 4, 2011, pp. 1002 y ss.; FARALDO CABANA, «Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010», *La Ley Penal*, nº 81, 2011, 23 pp. (laleypenal.laley.es/; última visita: 15 de febrero de 2013); GUARDIOLA LAGO, «La reforma penal en el delito y falta de hurto (arts. 234, 235 y 623.1º)», en ÁLVAREZ GARCÍA/ GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*,

Al suprimirse toda referencia a las faltas, desaparece la clasificación bipartita contenida en los arts. 2 y 10 CP, de forma que todas las infracciones penales serán constitutivas de delitos.¹³

Ahora bien, la clasificación tripartita en atención a la pena que le corresponde a cada infracción penal se mantiene, aunque donde en la actualidad se habla de faltas en el Anteproyecto se hace referencia a los delitos leves.¹⁴

2010, pp. 260 y ss.; LLOBLET ANGLI, «Robo y hurto», en ORTIZ DE URBINA GIMENO (dir.), *Memento experto*. Reforma penal 2010, 2010, pp. 190 y ss.

¹³ Aunque el Código Penal clasifica las infracciones penales entre delitos y faltas, entre ambas figuras no existen diferencias cualitativas en tanto que deben tratarse de hechos típicos antijurídicos, culpables y punibles. La distinción es puramente formal en atención al carácter que la ley le otorga a una u otra infracción, o en función de la pena que tienen previstas.

¹⁴ De acuerdo con el art. 13 CP, son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave; los menos graves, las castigadas con pena menos grave; y, las faltas aquellas infracciones contenidas en el Libro III del Código Penal y que están castigadas con penas leves.

De esta forma, las infracciones penales se clasifican en delitos graves, menos graves o leves. Igualmente, esta clasificación se realiza en atención a la pena que le corresponde a cada uno de los delitos; consecuentemente, los delitos leves como una nueva categoría de infracción penal, serán aquellos castigados con penas leves.¹⁵

Sin embargo, existen supuestos en los que por la pena prevista para el delito, éste puede ser considerado como grave o menos grave, o menos grave o leve. Según dispone el art. 13.4 Cp, cuando por la gravedad de la pena un delito pueda ser considerado grave o menos grave se considerará, en todo caso, como grave.

Así, por ejemplo, si tenemos en cuenta que el Anteproyecto prevé para el robo con violencia o intimidación cualificado por cometerse en casa habitada una pena de prisión de três años y seis me-

¹⁵ Véase art. 33 CP en el que se clasifican las penas en función de su naturaleza y su gravedad.

ses a seis años, este delito debe ser considerado, en función del límite máximo de la pena, como grave.

El Anteproyecto propone la modificación del numeral 4 del art. 13 para introducir un nuevo párrafo en el que se prevé que cuando por la pena que le pudiera corresponder a un delito éste puede ser considerado como menos grave o leve, se considerará en todo caso como leve.

Así, el delito de hurto del art. 234.2 ACP tiene prevista una pena de multa que por su límite mínimo es leve: un mes¹⁶; mientras que en su límite máximo es menos grave: tres meses.¹⁷ Este delito, que puede ser leve o menos grave, deberá ser considerado, en todo caso, como leve. Como podrá observarse, los criterios utilizados en ambos supuestos son distintos, en el primero de ellos se utiliza El límite máximo del marco pe-

nal, mientras que en el segundo, el límite mínimo.¹⁸

Realizadas estas breves consideraciones generales, en las líneas que siguen analizaremos la propuesta de reforma que afecta a los delitos de hurto.

2. TIPO BÁSICO: ART 234.1 ACP

Como consecuencia de la supresión de las faltas y la nueva clasificación de las infracciones penales, en el tipo básico del hurto se suprime la referencia a la cuantía de lo sustraído, así como el delito de

¹⁶ Art. 33.4 ACP: Son penas leves: «f. La multa inferior a dos meses».

¹⁷ Art. 33.3 CP: Son penas menos graves: «a) La multa de más de dos meses».

¹⁸ Para evitar esta disparidad de criterios, el Informe aprobado por el CGPJ, propone elevar el límite máximo de la pena leve previsto en el art. 33.4.f) hasta tres meses de multa; y establecer, como regla general, que «cuando la pena asociada a un determinado delito pueda ser catalogada, por su extensión, como grave o menos grave, o en su caso, como menos grave o leve, la infracción sea considerada conforme a la pena máxima imponible» (CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, enero de 2013, pp. 22 y s.).

hurto por acumulación de tres faltas.

El texto del art. 243.1 ACP dispone: 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».

Desaparecido el sistema de cuantías para la determinación de la pena en los delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas, tras la reforma del Código Penal de 1973 mediante Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial Del Código Penal (BOE nº 152 de 27.06.1983), solamente se mantiene el límite, por razón del valor de la cosa sustraída, para diferenciar entre delito y falta de hurto.¹⁹

La referencia exclusiva al valor de la cosa para distin-

guir entre delito y falta se mantiene em el Código Penal de 1995 y tiene la virtualidad práctica de que los jueces o tribunales, tras una tasación pericial, resuelven sobre si el hecho cometido es constitutivo de delito o falta.

Sin embargo, como veremos a continuación, el Anteproyecto pretende introducir un sistema distinto basado en la concurrencia de otros criterios como la «escasa gravedad de los hechos». Por lo que, aunque no se prevea expresamente, el tipo básico no debe suponer el apoderamiento de una cosa que resulte de escasa gravedad ni menos concurrir cualquiera de las circunstancias contenidas en los arts. 235 ó 235 bis ACP.

3. TIPO PRIVILEGIADO. EL HURTO COMO DELITO LEVE: ART. 234.2 ACP

Según el numeral 2 del art. 234 ACP: «Si el hecho, por el escaso valor de los bienes sustraídos y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impon-

¹⁹ Véanse al respecto, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 9ª ed., 1993, p. 223; QUINTERO OLIVARES, «El hurto», en COBO DEL ROSAL (dir.) *Comentarios a la legislación penal, La reforma del Código Penal de 1983*, t. V, vol. 2º (Libros II y III del Código Penal), 1985, pp. 1146 y s.

drá una pena de multa de uno a tres meses.

No se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes sustraídos fuera superior a 1.000 euros, o los casos en los que concurriese alguna de las circunstancias de los artículos 235 ó 235 bis de este Código».

El hurto como delito leve tiene los mismos elementos típicos del tipo básico, ES decir, se castiga al que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño.

Ahora bien, para aplicar el tipo privilegiado el hecho debe resultar de escasa gravedad. En el Anteproyecto se proponen dos criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar esta escasa gravedad: (i) el escaso valor de los bienes sustraídos, y (ii) la situación económica de la víctima.

Con relación al primer criterio, el art. 234.2 ACP prevé que no se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes fuera superior a 1.000 euros. Luego, el hurto de una cosa cuyo valor no supere esa can-

idad, 200€ por ejemplo, será constitutivo de un delito leve.

Obsérvese que, en la actualidad, este apoderamiento se castiga como falta de hurto con pena de localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses, mientras que ahora se propone castigar con la pena de multa de uno a tres meses.

La situación económica de la víctima es otro de los criterios que introduce el prelegislador. Al respecto cabe resaltar que se trata de un concepto indeterminado cuyo contenido deberá ser establecido por los órganos jurisdiccionales.

Ante esta situación, no cabe descartar la posibilidad de que las soluciones puedan ser distintas, lo que en la práctica se traduce en la existencia de inseguridad jurídica.

Además, este criterio introduce cierta confusión entre la situación de la víctima para configurar este tipo privilegiado y el poner a la víctima o a su familia en grave situación económica del tipo cualificado del art. 235.4º Cp.

Por lo que podría interpretarse que este tipo privi-

legiado puede aplicarse siempre que la víctima no se encuentre en una situación de estrechez económica o cuando los efectos de la sustracción no sean graves.²⁰

Por otro lado, se prevé que, sea cual fuere la cuantía de lo sustraído, inferior o superior a 1.000€, cuando concurra alguna o algunas de las circunstancias previstas en los arts. 235 ó 235 bis, el hecho no podrá considerarse como delito leve.

Visto lo anterior, la actual distinción entre el delito y la falta de hurto por La cuantía objetiva de la cosa es un sistema taxativo que se opone al sistema de libre arbitrio judicial propuesto en el Anteproyecto. Como en su día puso de manifiesto La doctrina, el recurso a cláusulas valorativas, como es, por ejemplo, la de atender AL escaso valor del bien, es fuente de graves problemas interpretativos y de gran inseguridad jurídica.²¹

²⁰ En el mismo sentido, CGPJ, *Informe al Anteproyecto*, 2013, p. 186.

²¹ Así, MUÑOZ CONDE, en QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*,

Precisamente por ello, de acuerdo con el CGPJ, en lugar de un «modelo más complejo que, previsiblemente, dará lugar a una mayor dilación de La instrucción del procedimiento, al ser necesaria la comprobación de ciertos extremos»²², si el tipo ya contempla una cifra de referencia, mil euros, debería ser éste el único criterio de delimitación entre el tipo básico y el tipo privilegiado.

Finalmente, hay que tener en cuenta que los criterios para determinar la escasa gravedad deben ser abarcados por el dolo del autor, al menos con dolo eventual, por lo que será necesario que concurren determinadas circunstancias objetivas que permitan deducir, que el sujeto conocía el escaso valor de la cosa, así como la situación económica de la víctima.

3.1. PENALIDAD

El art. 623.1 CP prevé el castigo de la falta de hurto

1983, p. 147.

²² CGPJ, *Informe al Anteproyecto*, 2013, p. 20.

con pena de localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses.

Se contempla un sistema de penas alternativas en las que el órgano sentenciador, haciendo uso de su facultad de discrecionalidad, puede elegir entre una u otra pena.

Sin embargo, en los casos de La falta reiterada de hurto, la pena a imponer es, en todo caso, localización permanente.

El Anteproyecto prevé para el nuevo delito leve de hurto la pena de multa de uno a tres meses. Al respecto cabe realizar dos observaciones.

La primera de ellas sobre La conveniencia u oportunidad de prever como pena única la multa, no otorgando así al Juez la discrecionalidad suficiente para adecuar la respuesta penal al caso concreto; y, La segunda, sobre los límites temporales de esta pena.

Con relación a la primera de las cuestiones, el Anteproyecto propone La modificación del numeral 4 del art.

33 CP²³, para suprimir del catálogo de las penas leves la localización permanente y los trabajos en beneficio de la comunidad. Ambas penas se mantienen, sin embargo, como penas menos graves.

Y, aunque no se modifica el numeral 3 del mismo artículo para revisar los límites temporales de la pena de localización permanente, de conformidad con el art. 40.2 ACP,

²³ Se modifica el apartado 4 del artículo 33, que queda redactado como sigue:

«4. Son penas leves:

- a. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.
- b. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.
- c. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses.
- d. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.
- e. La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.
- f. La multa inferior a dos meses».

el límite máximo de esta pena pasa de 180 días a un año.

Al respecto, según la Exposición de motivos «en general se recurre a La imposición de penas de multa, que se estiman más adecuadas para sancionar infracciones de escasa entidad, y además con un amplio margen de apreciación para que el Juez o Tribunal pueda valorar la gravedad de la conducta. Se prescinde de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de la localización permanente cuando se trata de infracciones leves, por ser más gravosas para el condenado y por los problemas para llevar a efecto su ejecución».

Aunque las consecuencias de la desaparición de estas penas del catálogo de las penas leves requieren un estudio más detallado, desde nuestro punto de vista, tal afirmación no es del todo cierta por cuanto, al menos la pena de localización permanente, está prevista para el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en casos de delitos leves.

Según dispone el art. 53.1 ACP «Si el condenado no

satisficere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente».

Si se considera que la pena de localización permanente puede ser más gravosa para los condenados por delitos leves, entonces la cuestión es ¿cómo se justifica que sí esté prevista como forma de cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria? En nuestra opinión, parece un sinsentido prever que sólo pueda castigarse con una pena pecuniaria a sujetos que, en la mayoría de casos, delinquen precisamente por sus escasos medios económicos.²⁴

²⁴ En tanto que, como bien afirma REBOLLO VARGAS «una reacción penal adecuada no puede consistir siempre en el endurecimiento de la respuesta punitiva» en “Reflexiones y propuestas sobre el tratamiento penal y procesal de la pequeña delincuencia patrimonial”, *EPC*, nº 31, 2011, p. 583.

Aunque el sistema de días multa permite adecuar la cuantía de la multa a la situación económica del condenado, tratándose de personas pobres que no puedan pagar la multa impuesta, el único efecto que se va a conseguir es que ese impago se transforme en la privación de libertad vía responsabilidad personal subsidiaria, que puede cumplirse con su ingreso en prisión o, como hemos visto, mediante la localización permanente.

Respecto a la segunda cuestión, el Anteproyecto, sin justificación alguna, aprovecha para elevar el límite temporal máximo de la pena de multa de 2 a 3 meses.

Como hemos visto, el apoderamiento de una cosa cuyo valor no supere los 400€ puede ser castigado con pena de multa no superior a dos meses, mientras que ese mismo hecho, según el Anteproyecto, deberá ser castigado, en todo caso, con multa de hasta tres meses.

Otro de los aspectos a resaltar es la determinación de la pena. La regulación vigente prevé que en caso de las faltas, los jueces o magistrados apli-

can la pena según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable, sin ajustarse a las reglas contenidas en los arts. 61 a 72 CP (arts. 15.2 y 638 CP). El prelegislador transpone parte de estas disposiciones a la determinación de la pena para los delitos leves. Así de conformidad con el art. 66.2 ACP «En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior».

4. TIPOS CUALIFICADOS DEL ART. 235 ACP

El Anteproyecto propone la reforma del art. 235 para introducir una serie de circunstancias basadas en el objeto (conducciones de suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones), la víctima o sujeto pasivo (aprovechando su situación de desamparo, o la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad), en el su-

jeto activo (actuar con profesionalidad), o por utilizar para la comisión del delito a menores de dieciséis años. Al igual que en la normativa vigente, estas circunstancias son aplicables tanto al delito de hurto como al robo con fuerza en las cosas²², según se dispone en el art. 241.4 ACP.

4.1. POR RAZÓN DEL OBJETO MATERIAL CONDUCCIONES DE SUMINISTRO ELÉCTRICO O DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

En el texto actual del numeral 2º del art. 235, se contienen dos circunstancias en las que se hace referencia a un determinado objeto material y una concreta consecuencia.²⁵ En primer lugar, el apo-

deramiento de cosas de primera necesidad que ocasione una situación de desabastecimiento; y en segundo lugar, el apoderamiento de cosas destinadas al servicio público que ocasione un grave quebranto a éste. De acuerdo con la unanimidad de la doctrina, aunque en este precepto se contenga más de una circunstancia, cada una de ellas debe ser considerada de forma autónoma, siendo suficiente la concurrencia de una de ellas para aplicar la pena prevista en el art. 235 CP, es decir, prisión de uno a tres años.

El Anteproyecto prevé la regulación por separado de estas dos circunstancias. El numeral 2º seguirá regulando la cualificación por el apoderamiento de cosas de primera necesidad que cause una situación de desabastecimiento; mientras que, el numeral 3º contendrá la cualificación por el apoderamiento de con-

²⁵ Para un estudio más detallado de estas circunstancias, véanse entre otros, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, 1999, pp. 108 y ss.; GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, 1998, pp. 155 y s.; PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y*

el patrimonio, 1995, pp. 389 y ss.; TASENDE CALVO, «Los hurto cualificados», en TASENDE CALVO (dir.), *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, 2004, pp. 27 y ss.

ducciones de suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones, o de otras cosas destinadas al servicio público que cause un grave quebranto al mismo.

Como se observa, la principal novedad de la propuesta se traduce en la expresa mención de las conducciones de suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones que, según se dice en la Exposición de motivos del Anteproyecto, se debe al enorme problema generado por la sustracción de cable de las redes de servicio público e interés general. Sin embargo, como veremos a continuación La mención de estos objetos y consecuentemente la «incorporación de esta nueva agravación» es, desde nuestro punto de vista, superflua.

El delito de apoderamiento de conducciones de suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones regulado en la Ley de 4 de mayo de 1948 sobre sustracción de materiales de comunicación, transporte y abastecimiento de aguas, fue incorporado al Código Penal de 1973 en virtud de la Ley de Bases

de 23 de diciembre de 196124. El párrafo segundo del art. 249 castigaba como una modalidad de desórdenes públicos, a «los que se apoderaren de material fijo o móvil u objetos destinados al servicio público de transportes, abastecimiento de agua, gas, hilos o cables instalados para el servicio eléctrico, telegráfico, telefónico, radiotelefónico o radiotelégrafo, cualquiera que fuera su valor».

La razón que se daba para introducir esta modalidad delictiva entre los delitos de desórdenes públicos era que la frecuencia con la que se producían las sustracciones de estos materiales exigía medidas especiales encaminadas a combatir esta forma de delincuencia, que había aumentado considerablemente en esos tiempos, «sin duda por el elevado precio que dicho material alcanza en el mercado».

En aplicación de esta norma, todo apoderamiento de los objetos mencionados, independientemente de su valor, y aunque el sujeto tuviese primordialmente un ánimo lucrativo, si sabía o al menos se representaba que como

consecuencia de sus acciones iba a producir graves trastornos a la comunidad y, conseqüentemente, alterar el orden público, era castigado por este delito que al ser un tipo cualificado de los desórdenes públicos, castigados con pena de prisión menor, la pena privativa de libertad podía tener una duración de 4 años 2 meses y 1 día a 6 años.²⁶

La LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 1973, modificó el art. 516 para introducir un tipo cualificado de hurto «cuando se trate de cosas destinadas a un servicio público, si se produjera una grave perturbación del servicio», cualificación que también se aplicaba al delito de robo

con fuerza en las cosas según disponía el art. 506.6.

La introducción de esta cualificación entre los delitos contra el patrimonio planteó problemas de delimitación con el tipo cualificado de desórdenes públicos del párrafo segundo art. 249, en la medida que la sustracción de estos objetos, siempre que suponga una grave perturbación al servicio público que presten, podía ser sancionado o bien como un tipo cualificado de desórdenes públicos o como un tipo cualificado de hurto o robo con fuerza.

Para resolver este problema concursal, doctrina y jurisprudencia presentaban soluciones distintas. Así, un sector de la doctrina entendía que se trataba de un concurso de leyes a resolver o bien por aplicación del principio de especialidad, o de consunción, o de alternatividad; mientras que otro sector sostenía que se trataba de un concurso ideal de delitos entre el párr. 2º del art. 249 y, o los tipos básicos de hurto o robo o con sus correspondientes tipos cualificados, en tanto que ninguno de los preceptos abarcan por si

²⁶ Sobre esta figura delictiva véanse los trabajos de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Algunas consideraciones sobre el tipo de apoderamiento de determinados objetos destinados al servicio público (Art. 249, 2.º, CP. A propósito de la línea jurisprudencial que arranca de la STS 8-11-1988)», *PJ*, nº 16, 1989, pp. 177 y ss.; PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias*, 1995, pp. 398 y ss.

solos todo el desvalor de la conducta.²⁷

Por otro lado, la jurisprudencia también presentaba dos soluciones: «entender que el hurto o robo agravados sólo deben entrar em aplicación cuando se proyecten sobre objetos no comprendidos en el art. 249 (critério objetivo) o bien considerar que la finalidad de alterar el orden público es la que da todo su sentido al art. 249, hasta constituir un elemento subjetivo del injusto, de modo que solo cuando se detecta tal propósito como impulsor del apoderamiento del material u objeto destinados al servicio público deberá aplicarse tal precepto, reservando para los arts. 506.6 y 516.1 los demás apoderamientos en tanto no aparezca aque-

²⁷ Sobre las distintas soluciones aportadas por la doctrina, véanse ampliamente, BAJO FERNÁNDEZ/ PÉREZ MANZANO/ SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed., 1993, pp. 88 y s.; PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias*, 1995, pp. 404 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *PJ*, 1989, pp. 185 y ss.

lla finalidad primordial (criterio subjetivo)».²⁸

En aplicación del criterio objetivo, el hurto o robo agravados tendrían un carácter residual, reduciendo su aplicación al apoderamiento de cualquier objeto destinado al servicio público, pero distinto de los mencionados en el artículo 249.²⁹

La jurisprudencia optó mayoritariamente³⁰ por el criterio subjetivo que fundamentalmente coincide con el principio de especialidad, al entender, que «cuando, los sustractores del material reseñado en el artículo 249, obren con el decidido propósito, con el dolo específico y directo, de

²⁸ STS, Sec. 2ª, 17.03.1989 (Id Cendoj: 28079120021989100604; MP: Fernando Díaz Palos)

²⁹ Véase STS, Sec. 1ª 08.11.1988 (Id Cendoj: 28079120011988100811; MP: José Hermenegildo Moyna Menguez) y el comentario a la misma de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *PJ*, 1989, pp. 185 y ss.

³⁰ Sin bien, la mayoría de la jurisprudencia se mostraba de acuerdo en que se trataba de um aparente concurso de normas, un sector minoritario entendía que al tratarse de bienes jurídicos diferentes.

producir alteraciones en el orden público, será aplicable el mentado precepto, y si, por el contrario, sólo pretenden obtener un lucro, el operante será el artículo 514, adobado con el artículo 515 y, con la circunstancia 1.^a del artículo 516, en el caso de que se trate de cosas destinadas a un servicio público o se produjera una grave perturbación del mismo».³¹

De esta forma, el párrafo segundo del art. 249 del Código Penal de 1973 sólo se aplicaría cuando el sujeto de la sustracción actuare con dolo específico y directo de producir alteraciones en el orden público, mientras que si sólo pretende la obtención de un lucro, aplicaban los tipos cuali-

ficados de hurto o robo con fuerza en las cosas.³² En estos últimos casos, la mayoría de los supuestos a los que se aplicaba esta cualificación, el servicio público a los que estaban destinados los objetos, era el de telecomunicaciones.

Al suprimir el Código Penal de 1995 el delito de desórdenes públicos que se cometía mediante el apoderamiento de estas cosas, los problemas concursales quedaron superados.³³

³¹ Así, entre otras, STS, Sec. 1^a, 18.01.1989 (Id Cendoj: 28079120011989105869; MP: Eduardo Moner Muñoz); STS, Sec. 1^a, 21.02.1989 (Id Cendoj: 28079120011989104971; MP: Luis Vivas Marzal); STS, Sec. 1^a, 22.03.1990 (Id Cendoj: 28079120011990105177; MP: José Hermenegildo Moyna Menguez); STS, Sec. 1^a, 31.01.1991 (Id Cendoj: 28079120011991107010; MP: Francisco Soto Nieto).

³² STS, Sec. 2^a, 17.03.1989 (Id Cendoj: 28079120021989100604; MP: Fernando Díaz Palos). Sin embargo, puede encontrarse alguna sentencia aislada del Tribunal Supremo en la que desestimando el recurso presentado por un condenado por el delito de desórdenes públicos del art. 249 del antiguo CP considera que: «para el dolo del delito del art. 249 Código Penal sólo se requiere haber sabido que con la acción se perturbaba el normal funcionamiento del ferrocarril, lo que en este caso está claramente acreditado. El que sabe que ocasiona una perturbación de esta naturaleza, sabe también, como es lógico, que altera la paz pública en la forma que lo establece el art. 249 Código Penal» (STS, Sec. 1^a, 26.03.1990 (Id Cendoj: 28079120011990107739; MP: Enrique Bacigalupo Zapater).

³³ Tal como ya lo había propuesto la doctrina, precisamente para evitar

Y, aunque en la Exposición de motivos del Anteproyecto se alegue, en parecidos términos a los de la Ley de 1948, que «debido al enorme problema generado por la sustracción de cable de cobre de las redes de servicio público e interés general, también se ha considerado conveniente incorporar una agravación cuando los delitos de hurto o robo afecten a conducciones de suministro eléctrico o de telecomunicaciones», la mención expresa de estas cosas es superflua porque pueden incluirse sin ningún tipo de problemas interpretativos dentro del concepto de «cosas destinadas al servicio público».

Como hemos visto, el apoderamiento con ánimo de lucro, de los cables conductores del tendido de las líneas telefónicas o de los cables de red eléctrica puede un supues-

tos de concurso ideal de delitos ser calificado como hurto o robo, ya que se trata de objetos corporales que tienen un valor económico, susceptibles de apropiación y de desplazamiento.

Si tenemos en cuenta la más reciente jurisprudencia menor podemos encontrar numerosas sentencias en las que la sustracción de cables de cobre destinados al tendido eléctrico o telefónico ha sido calificada como hurto o robo con fuerza en las cosas según las circunstancias concurrentes en el hecho.

Así, por ejemplo, se ha condenado por una falta de hurto en grado de tentativa a dos sujetos que accedieron al recinto de una urbanización y guiados por el ánimo de lucro, cuando amontonaban cable de cobre destinado al tendido eléctrico cuyo valor no quedó determinado, fueron sorprendidos por la policía.³⁴

los problemas interpretativos que generaba la concurrencia de ambos preceptos. Así, entre otros, PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias*, 1995, p. 412. En el mismo sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, 1999, p. 111.

³⁴ SAP Las Palmas de Gran Canarias, Penal, Sección 1ª, 28.06.2012 (Id Cendoj: 35016370012012100305; MP: Inocencia Eugenia Cabello Díaz). Véanse también, SAP Burgos, Penal Sec. 1ª, 25.11.2010 (Id Cendoj: 09059370012010100587; MP: Fran-

Por delito de robo con fuerza en las cosas a dos sujetos que, tras saltar la valla del recinto cerrado en la obra que estaban realizando un hospital, procedieron a cortar trozos de cable de cobre de una de las bobinas de cableado que se encontraba en su interior.³⁵

Ahora bien, para la aplicación del tipo cualificado

cisco Manuel Marín Ibáñez); SAP Almería, Penal Sec. 3ª, 25.03.2011 (Id Cendoj: 04013370032011100145; MP: Tarsila Martínez Ruiz; SAP Madrid, Penal Sec. 7ª, 09.07.2012 (Id Cendoj: 28079370072012100562; MP: María Luisa Aparicio Carril).

³⁵ SAP Burgos, Penal Sec. 1ª, 10.09.2012 (Id Cendoj: 09059370012012100398; MP: Francisco

Manuel Marín Ibáñez). Véanse también, entre otras, SAP Huelva, Penal Sec. 3ª, 09.06.2011 (Id Cendoj: 21041370032011100286; MP: Luis Guillermo García-Valdecasas Y García-Valdecasas); SAP Madrid, Penal Sec. 4, 01.01.2012 (Id Cendoj: 28079370042012100108; MP: Eduardo Jiménez-Clavería Iglesias); SAP Valencia, Penal Sec. 3ª, 10.01.2012 (Id Cendoj: 46250370032012100004; MP: Lucía Sanz Díaz); SAP Madrid, Penal Sec. 30ª, 28.07.2012 (Id Cendoj: 28079370302012100353; MP Ignacio José Fernández Soto).

del art. 235.2º CP no es suficiente que la cosa pueda considerarse como destinada al servicio público, es necesario, además, que la sustracción ocasione un grave quebranto a éste. Por lo que, si las conducciones de suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones están destinadas al servicio público pero su sustracción no ocasiona un grave quebranto a este no podrá aplicarse el tipo cualificado, debiéndose aplicar, en cualquier caso, los respectivos tipos básicos. Así, por ejemplo, se castigó por delito de hurto la sustracción del interior de farolas de una urbanización que se estaba construyendo, de cables eléctricos,³⁶ o el apropiarse de cables para el tendido telefónico que prestaba servicio de telefonía a una localidad;³⁷ o por robo

³⁶ SAP Cádiz, Penal Sec. 4ª, 23.01.2012 (Id Cendoj: 11012370042012100041; MP: María Inmaculada Montesinos Pidal).

³⁷ SAP Burgos, Penal Sec. 1ª, 15.12.2010 (Id Cendoj: 09059370012010100625; MP: Francisco

Manuel Marín Ibáñez). Véase sin embargo, la STS en la que desesti-

con fuerza en las cosas el forzamiento de los anclajes de unas farolas para arrancar los tubos en cuyo interior se guardan los cables de cobre del alumbrado público de la zona;³⁸ o el levantar las tapas que protegían los cables de transmisión de datos y energía que se encontraban paralelos a la línea del AVE para apoderarse de los cables de cobre de la toma de tierra y los cables negros de masa de los diferentes postes de la catenaria.³⁹

Por el contrario, se aplica este tipo cualificado cuando en el respectivo procedimiento judicial queda probado que el hurto o el robo de las conducciones del suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicacio-

nes ha supuesto efectivamente un grave quebranto al mismo.⁴⁰

Así, por ejemplo, se condena por hurto o robo con fuerza cualificado por la grave perturbación del servicio público el apoderamiento de cables de cobre de línea telefónica o telegráfica que prestaba servicio a varios cortijos dejando incomunicados a sus moradores⁴⁰; así como a la sustracción de los cables del tendido eléctrico que alteraron gravemente el servicio de alumbrado público.⁴¹

mando una sentencia en la que se había condenado por desórdenes públicos castiga por el delito de hurto cualificado de los arts. 514 y 515.1º del antiguo Código penal.

³⁸ SAP Sevilla, Penal Sec. 3ª, 19.01.2012 (Id Cendoj: 41091370032012100018; MP: Luis Gonzaga De Oro-Pulido Sanz).

³⁹ SAP Zaragoza, Penal Sec. 1ª, 28.07.2008 (Id Cendoj: 50297370012008100431; MP; Antonio Eloy López Millán).

⁴⁰ Razón por la que no compartimos lo afirmado en el Informe de la FGE en el sentido que la nueva redacción propuesta supone un acierto al agravar este tipo de comportamientos, ya que, como hemos visto, los tribunales vienen aplicando esta circunstancia, de concurrir todos los requisitos, al apoderamiento de estos objetos (Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto, 2012, p. 208).

⁴¹ STS, Sec. 1ª 08.11.1988 (Id Cendoj: 28079120011988100811; MP: José Hermenegildo Moyna Menguez); STS, Sec. 1ª, 18.01.1989 (Id Cendoj: 28079120011989105869; MP: Eduardo Moner Muñoz); STS, Sec. 1ª, 21.02.1989 (Id Cendoj: 28079120011989104971; MP: Luis Vivas Marzal); STS, Sec. 2ª, 17.03.1989 (Id Cendoj: ...)

Las cosas destinadas al servicio público pueden ser de titularidad pública o privada. Además, el servicio público que se vea afectado por el apoderamiento no tiene por qué limitarse al prestado directamente por la Administración Pública ya que por la paulatina privatización y subcontratación de servicios que prestan las distintas Administraciones, éstos están prestados en la actualidad por empresas concesionarias de una determinada cantidad de cable del tendido de la línea telegráfica no produjo la interrupción ni la incomunicación del servicio los mismos o por particulares, como por ejemplo, el suministro de electricidad, de telefonía, etc.⁴²

28079120021989100604; MP: Fernando Díaz Palos); STS, Sec. 1ª, 31.01.1991 (Id Cendoj: 28079120011991107010; MP: Francisco Soto Nieto); STS, Sec. 1ª, 19.01.1993 (Id Cendoj: 28079120011993109015; MP: Joaquín Delgado García); SAP Barcelona, Penal Sec. 5ª, 14.02.2011 (Id Cendoj: 08019370052011100083; MP: María Magdalena Jiménez Jiménez).

⁴² Así, entre otros, GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, 1998, p. 156; PÉ-

Dentro de la cláusula abierta «otras cosas destinadas al servicio público», y que tienen relación directa con las conducciones de suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones, pueden incluirse también las tuberías que transportan el agua o el gas ciudad, siempre que la sustracción de las mismas suponga un grave quebranto al servicio público.

No consideramos procedente, sin embargo, la propuesta presentada en el Informe del CGPJ de eliminar el requisito del grave quebranto con la finalidad de darle un «alcance disuasorio de mayor envergadura que sería muy útil para poner coto al constante incremento de esta modalidad delictiva» y también para evitar que la punición agravada dependiera de los factores circunstanciales asociados al funcionamiento, al servicio o suministro.⁴³

REZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias*, 1995, pp. 392 y s.

⁴³ CGPJ, *Informe al Anteproyecto*, 2013, pp. 108 y s.

En nuestra opinión, el fundamento de la agravación no debe residir en las cualidades o características de las cosas, es decir, no se pretende brindar una especial protección y por lo tanto dotarle de un mayor reproche penal a la sustracción del material empleado en el suministro eléctrico o en el de los sistemas de comunicación, no se trata de una supervaloración de estas cosas. Por el contrario, el fundamento está en el destino general de la cosa a la prestación de un servicio público, y su relación necesaria y directa con el desempeño de la función,⁴⁴ por lo que no basta que sean destinadas al servicio público prestado por la Administración o por los concesionarios en régimen de contrata-

ción pública, sino en el interés que los ciudadanos no vean perturbada o impedida la posibilidad de utilizar la energía eléctrica o las conexiones telefónicas o de internet.

4.2 POR RAZÓN DE LA VÍCTIMA: CUANDO SE REALICE ABUSANDO DE LA SITUACIÓN DE DESAMBARO DE LA VÍCTIMA O APROVECHANDO LA PRODUCCIÓN DE UM ACCIDENTE O LA EXISTENCIA DE UM RIESGO O PELIGRO GENERAL PARA LA COMUNIDAD QUE HAYA DEBILITADO LA DEFENSA DEL OFENDIDO O FACILITADO LA COMISIÓN IMPUNE DEL DELITO

El numeral cuarto del art. 235 CP prevé conjuntamente dos circunstancias. Por un lado, poner a la víctima o a su familia en grave situación económica; y por otro, abusar de sus circunstancias personales.

El Anteproyecto sigue manteniendo la regulación conjunta de estas dos circuns-

⁴⁴ En este sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, 1999, p. 111; GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, 1998, p. 156; QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II, 2011, p. 40; TASENDE CALVO, en TASENDE CALVO (dir.), *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, 2004, p. 29.

tancias, siendo la principal novedad la introducción de otras circunstancias situacionales relacionadas con la víctima como son el abusar de su situación de desamparo o aprovechar la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito.

Desaparecida la cualificación por abuso de superioridad que hacía mención el Código Penal de 1973, en el abuso o aprovechamiento de las circunstancias personales de la víctima se incluyen todos aquellos supuestos en los que esta situación personal supone un desequilibrio entre el sujeto activo y el pasivo. Éste se traduce en una especial ventaja para el sujeto activo que aprovecha una determinada posición de debilidad física o psíquica del sujeto pasivo para cometer el delito.⁴⁵

⁴⁵ Véanse ampliamente al respecto, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, 1999, p. 116; GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, 1998, p. 161; EL MISMO, en CÓRDOBA RO-

Como bien ha advertido la doctrina, la referencia al abuso de las circunstancias «personales» de la víctima supone que deben tratarse de condiciones que concurren en el sujeto pasivo. Por ello, sólo se limitan a situaciones de inferioridad relacionadas con las circunstancias físicas o psíquicas de la víctima, entre las que pueden considerarse: incapacidad o deficiencia psíquica,⁴⁶ ceguera,⁴⁷ enfermedad,⁴⁸ des-

DA/GARCÍA ARÁN (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. I, 2004, p. 648; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 18ª ed., 2010, p. 391; QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II (Artículos 234 a DF 7ª), 6ª ed., 2011, p. 41; TASENDE CALVO, en TASENDE CALVO (dir.), *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, 2004, p. 51.

⁴⁶ SAP Zaragoza, Penal Sec. 6ª, 17.06.2008 (Id Cendoj: 50297370062008100058; MP: Carlos Lasala Albasini).

⁴⁷ SAP Las Palmas de Gran Canarias, Penal Sec. 2ª, 17.09.2009 (Id Cendoj: 35016370022009100588; MP: María del Pilar Verastegui Hernández).

⁴⁸ SAP Mallorca, Penal Sec. 2ª, 28.07.1998 (Id Cendoj:

valimiento por la corta o avanzada edad,⁴⁹ minusvalía o inconsciencia, etc.

Ahora bien, doctrina y jurisprudência mayoritarias coinciden en que la aplicación de esta cualificación debe limitarse a los casos en los que el autor aprovecha conscientemente esa situación de inferioridad en la que se encuentra la víctima, excluyendo los supuestos de abuso creado por el sujeto activo mediante la interposición de actos positivos que debiliten la defensa de ésta.⁵⁰

El Anteproyecto prevé otras circunstancias que, al igual que la anterior hacen referencia a la víctima y que suponen una mayor facilidad para la comisión del hurto o robo, pero la diferencia fun-

damental está en que ya no se tratan de sus circunstancias personales, sino que, por el contrario, son circunstancias relacionadas con la situación en la que la víctima se encuentra o con las concurrentes en el hecho.

Así, se incluyen los supuestos de aprovechamiento de la situación de desamparo de la víctima, es decir, de aquella persona que en el momento de los hechos no puede ayudarse a sí misma ni puede ser ayudada por terceras personas; la producción de un accidente, o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad como por ejemplo, inundaciones o terremotos.

Sin embargo, la concurrencia objetiva de estas circunstancias no es suficiente para aplicar esta cualificación, se requerirá además, por un lado, que esta situación efectivamente haya debilitado la defensa del sujeto pasivo o facilitado la comisión impune del delito; y por otro lado, que ésta sea aprovechada de forma consciente por el sujeto activo.

07040370021998100252; MP: Antonio Martínez Sanchez).

⁴⁹ STS 1ª, 20.06.2004 (Id Cendoj: 28079120012004100772; MP: José Manuel Maza Martín); SAP Madrid, Penal Sec. 7ª 24.10.2005 (Id Cendoj: 28079370172005100594; MP: Jacobo Vigil Levi).

⁵⁰ Así, entre otros, TASENDE CALVO, en TASENDE CALVO (dir.), *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, 2004, p. 521.

4.3. POR RAZÓN DEL SUJETO ACTIVO: CUANDO EL AUTOR ATÚE COM PROFESIONALIDAD

El tratamiento legal de lo que se denomina «delincuencia profesional» en los delitos de hurto no es un fenómeno propio de nuestro tiempo ya que, como en su día puso de manifiesto Asúa Batarrita, desde los códigos penales del siglo XIX, las agravaciones por reincidencia estaban exclusivamente previstas para los delitos patrimoniales, en los que, se afirma, puede apreciarse con más frecuencia la delincuencia profesional o habitual.

Tradicionalmente, los legisladores han optado por la pena como el único medio para luchar contra este fenómeno previéndose muchas veces penas especialmente severas. El fundamento de un régimen punitivo tan severo estaba en la especial preocupación del legislador «por lograr la máxima protección de La propiedad, un derecho

cuasi sagrado en la ideología liberal» de esos tiempos.⁵¹

Antes de la reforma de 1983, el texto refundido del Código Penal de 1973 preveía, por un lado, dentro del catálogo de las circunstancias agravantes genéricas previsto en el art. 10, la reiteración, la reincidencia y la multirreincidencia. Por outro lado, se prevé la conversión de la falta de hurto en delito por especial reincidencia, es decir, se castiga la falta de hurto como delito cuando el sujeto hubiese sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto, estafa, apropiación indebida, cheque en descubierto o receptación, o dos veces en juicio de faltas por estafa, hurto o apropiación indebida (art. 515.4º); además de preverse un tipo cuali-

⁵¹ ASÚA BATARRITA, *La reincidencia*, 1982, p. 455. En el mismo sentido, AGUADO LÓPEZ, *La mutirreincidencia y la conversión de faltas en delito: Problemas constitucionales y alternativas políticocriminales*, 2008, p. 19; QUINTERO OLIVARES, «El hurto», en COBO DEL ROSAL (dir.) *Comentarios a la legislación penal, La reforma del Código Penal de 1983*, t. V, vol. 2º, 1985, p. 1146.

ficado cuando el sujeto fuere dos veces reincidente (art. 516.3º).⁵²

Tras la reforma de 1983 del Código Penal, la reiteración delictiva y la reincidencia se configuran como una sola circunstancia agravante genérica⁵⁶, y se derogan los efectos agravatorios de la reincidencia cualificada o multirreincidencia.⁵³

En lo que al hurto se refiere, desaparecen la posibilidad de castigar como delito la falta de hurto⁵⁸ y la cualificación por

reincidencia. En la Exposición de motivos de la LO 8/1983, se explican tres razones que fundamentan esta decisión.

La primera de ellas, que el castigo de un solo hecho que genera consecuencias punitivas en más de una ocasión vulnera el principio de *non bis in idem*; la segunda, que la imposición de la pena, más allá del límite legal del castigo previsto para la concreta figura de delito, vulnera el principio de legalidad; y la tercera, porque se considera poco eficaz en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva.⁵⁴

Dentro de este breve repaso por el tratamiento de la reiteración delictiva, cobran especial importancia los Proyectos de Código Penal de 1980 y 1992 en los que pueden encontrarse los preceden-

⁵² Sobre los antecedentes de esta modalidad de hurto, véase ampliamente el trabajo de ASÚA BATARRITA, *La reincidencia*, 1982, pp. 380 y ss. Sobre la regulación anterior a la reforma de 1983, véase GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, Valencia, 2008, pp. 20 y ss.

⁵³ Así, el art. 61.6ª disponía: «Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la señalada por la Ley en su grado máximo, salvo el caso de que concurra la agravante decimoquinta del artículo 10, en el que se aplicará la pena superior en uno o dos grados a partir de la segunda reincidencia, en la extensión que aquéllos estimen convenientes».

⁵⁴ Hay que tener en cuenta que el art. 4 de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social seguiría permitiendo, al menos formalmente, declarar en estado peligroso a los condenados por tres o más delitos en los que sea presumible la habitualidad criminal, previa expresa declaración de su peligrosidad social.

tes más inmediatos de la regulación de la profesionalidad y, con algunas diferencias, del castigo del delito habitual de hurto.

De conformidad con el art. 152 del Proyecto de 1980, se considera profesional al delincuente habitual que viva en todo o en parte de las ganancias del delito. Se dispone que a estos delincuentes se les impondrá, como complemento de la pena señalada al delito cometido, el internamiento en el correspondiente centro de rehabilitación social por un tiempo que, de conformidad con el art. 135 del Proyecto, no podrá ser superior a quince años de duración. Además, una vez cumplido el período de internamiento, el Tribunal podrá acordar el cumplimiento de determinadas prohibiciones u obligaciones.

El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992, prevé la introducción de una nueva modalidad de hurto. Así, el art. 237.2 establece que se impondrá la misma pena prevista para el hurto, es decir, prisión de seis meses a

dos años, al culpable habitual de la falta de hurto.

Se considera habitual al que hubiere sido condenado por tres faltas de hurto en los tres años anteriores a la comisión de la nueva infracción penal.⁵⁵

Aunque La doctrina recibió con cierta neutralidad la propuesta de esta nueva modalidad de hurto no faltaron opiniones que denunciaron que más que la habitualidad era la reincidencia la que fundamentaba este delito, por lo que «en la medida en que agrava la pena en base a propiedad»

La Exposición de motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, destaca la problemática de la «delincuencia que reiteradamente comete sus

⁵⁵ El Proyecto de Código Penal de 1980 también contenía una figura similar. Así, el párrafo segundo del art. 236 disponía que el hurto se penará como delito cuando la cuantía de lo sustraído exceda de 15.000 pesetas o, «aun sin rebasar esa cantidad, el culpable hubiere sido anteriormente condenado por delito contra el patrimonio de carácter lucrativo, o por dos o más faltas de igual clase».

acciones, o lo que es lo mismo, la delincuencia profesionalizada». Agregando que son «numerosos los ejemplos de aquellos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada».

Para dar respuesta a esta problemática se decide introducir en el art. 66.5^a CP una nueva agravante de reincidencia cualificada que posibilita elevar la pena prevista para el delito en cuestión en un grado; y determinadas «medidas dirigidas a mejorar la aplicación de la respuesta penal a la habitualidad de la conducta cuando los hechos infractores del Código Penal cometidos con anterioridad no hubieran sido aún juzgados y condenados».

Estas medidas se traducen, en lo que al hurto se refiere, en la conversión en delito de la comisión de cuatro faltas en el transcurso de un año, siempre que el montante acumulado sea superior a 400 €66.

Para aplicar este precepto, ninguna de las cuatro

faltas debe haber sido juzgada anteriormente ni menos prescrito.⁵⁶ Como se observará, esta reforma vuelve a introducir, con ciertos matices, la agravante de multirreincidencia y el castigo como delito de la comisión de faltas de hurto que fueron derogadas tras la reforma de 1983 del texto del CP de 1973.⁵⁷

El Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado en enero de 2007 también se refería en su Exposición de motivos a la «habitualidad o profesionalidad criminal» como una «realidad que demanda una política criminal propia y de amplio espectro».⁵⁸

Preocupación que se traduce en la propuesta de

⁵⁶ En este sentido, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 2/2003, de 18 de diciembre, sobre la aplicación práctica del nuevo delito consistente en la reiteración de cuatro faltas homogéneas.

⁵⁷ Así, en este sentido, REBOLLO VARGAS, *EPC*, 31, 2011, p. 565.

⁵⁸ BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 119-1, 15 de enero de 2007.

modificación del art. 94 CP para ampliar el concepto de habitualidad, introducir una serie de disposiciones para dificultar la suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad para los delincuentes reincidentes o habituales, y determinadas medidas que los jueces o tribunales podrían imponer a estos sujetos, dentro de las que se encuentra la libertad vigilada.⁵⁹

Como se sabe este Proyecto no siguió adelante y, a pesar de las posteriores reformas del Código Penal, la regulación de la habitualidad contenida en el art. 94 ha permanecido inalterada.

En la LO 5/2010, de 22 de junio, aunque ya no se habla de profesionalidad delictiva, se hace mención expresa a la «reiteración delictiva» que,

según su Exposición de motivos, «han generado una especial inseguridad ciudadana en los últimos tiempos».

Como era de esperar, la respuesta del legislador supone un mayor rigor punitivo que se traduce en reducir de cuatro a tres las faltas para configurar el delito continuado de hurto, y en la introducción de la falta reiterada de hurto. Según dispone el párrafo segundo del art. 623 CP para apreciar la comisión reiterada de faltas, «se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas y a la proximidad temporal de las mismas», sin tener en cuenta que alguna de estas faltas de hurto puede haber prescrito o cancelado los antecedentes penales de sus autores, lo que plantea problemas de *ne bis in idem*.

Como regla, la comisión de la falta de hurto se puede castigar con las penas de localización permanente o multa, sin embargo, para el supuesto de falta reiterada la pena a imponer debe ser la localización permanente, porque según se dice «puede ser el instrumento adecuado para

⁵⁹ Véase ampliamente al respecto, DEL CARPIO DELGADO, «La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 27, 2012, pp. 155-193; EL MISMO, «La medida de libertad vigilada para adultos», *Revista de Derecho penal*, nº 36, 2012, pp. 21-65.

combatir con mayor rigor y eficacia» este tipo de delincuencia. Y para conseguir un mayor efecto disuasorio, se prevé la posibilidad de que el Juez pueda disponer el cumplimiento de esta pena en sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado. Previsión que, aunque se diga que en estos supuestos se descarta el recurso a la «genuina pena de prisión», supone, tal como lo ha puesto de manifiesto la doctrina, una vuelta a la pena de arresto de fin de semana.⁶⁰

En el Anteproyecto de 2012 permanecen inalteradas la regulación de la agravante de reincidencia genérica del art. 22.8^a CP así como la habitualidad del art. 94 CP, pero se deroga la agravante de multirreincidencia prevista en el art. 66. 5^a.

⁶⁰ Así, GARCÍA ARÁN, RJC, 2011, p. 1007; GUARDIOLA LAGO, «La reforma penal en el delito y falta de hurto (arts. 234, 235 y 623.1^o)», en ÁLVAREZ GARCÍA/ GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, p. 266; FARALDO CABANA, *La Ley Penal*, 2011, p. 4.

La propuesta prevé que en caso de concurrencia de la agravante de reincidencia (art. 66.4 ACP), se aplicará la pena establecida por la Ley para el delito cometido, «en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincente, sus antecedentes y a la mayor o menor gravedad del hecho». Esta propuesta de configuración de la reincidencia como una agravante facultativa, tal como lo venía reclamando parte de la doctrina,⁶¹ supone en la práctica que, al contrario de lo que sucede con la concurrencia de cualquier otra circunstancia agra-

⁶¹ Así, ASÚA BATARRITA, *La reincidencia*, 1982, 461. En el mismo sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, para quien en su opinión se evitarían dos cuestiones, en primer lugar no se aplicaría cuando existiesen dudas sobre la existencia de una mayor reprochabilidad, y en segundo lugar, impedir que los razonamientos preventivos adquieran autonomía más allá del marco establecido por la culpabilidad («Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992», *Jueces para la Democracia*, nº 16-17, 1992, p. 95).

vante que obliga a imponer la pena en su mitad superior, el órgano sentenciador tiene la posibilidad de apreciar o no la reincidencia, en atención de las demás circunstancias concurrentes en el hecho y en el autor del mismo.

Sin embargo, aunque la propuesta de regulación de la reincidencia es considerable mejor que la vigente, no alcanzamos a comprender por qué no se decide suprimirla del catálogo de las circunstancias agravantes, tal como lo viene reclamando un importante sector de la doctrina,⁶² de forma que sólo sea tenida en cuenta como una circunstancia personal más del sujeto que el juez debe tener en cuenta a la hora de individualizar la pena⁷⁶.

Como adelantábamos *supra*, como consecuencia de la su-

presión del catálogo de faltas contenido en el Libro III del Código Penal, desaparece el delito habitual de hurto y la falta reiterada. El hecho que, según la normativa vigente, es constitutivo de falta de hurto pasa a ser castigado como delito leve; sin embargo, no tienen tal consideración los cometidos por «delincuentes profesionales».

El Anteproyecto introduce un numeral sexto al art. 235 relativo a la profesionalidad del autor. Así, se prevé cualificar el hurto o robo con fuerza en las cosas cuando «el autor actúe con profesionalidad». Esta profesionalidad es apreciable cuando éste «actúa con el ánimo de proveerse de una fuente de ingresos no meramente ocasional».

Como hemos visto, la preocupación del legislador por castigar más gravemente la pequeña delincuencia patrimonial ha sido una constante en la legislación penal española, sólo interrumpida por la reforma de 1983 y la posterior promulgación Del Código Penal de 1995.

Como era de esperar esta preocupación se vuelve a

⁶² Así, entre otros, GARCÍA ARÁN, *Criterios de determinación de la pena en el derecho penal español*, 1982, p. 98; MIR PUIG, *La reincidencia en el Código Penal: Análisis de los artículos 10.14, 10.15, 61.6 y 516.3º*, 1974, pp. 537 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Introducción al derecho penal. Parte General*, 1981, p. 278.

poner de manifiesto en el Anteproyecto, en cuya Exposición de motivos se alega que la revisión de la regulación de los delitos patrimoniales 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 profesional y organizada. Los supuestos de menor gravedad, que anteriormente se sancionaban como falta, se regulan ahora como delitos leves; pero se excluye de tal consideración todos aquellos delitos en los que concurra alguna circunstancia de agravación -en particular, delincuencia profesional y organizada-.

De este modo se solucionan los problemas que planteaba la delincuencia profesional: los delincuentes profesionales 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 que, en los casos más graves, podrían

incrementarse de dos a cuatro años de prisión».

Lo que está claro es que el prelegislador pretende castigar con pena más grave al sujeto que de forma reiterada comete delitos de hurto o robos con fuerza con la finalidad de sustentarse económicamente del producto o beneficios que estos le reporten. Pero lo que no está claro son las circunstancias que deben concurrir en el hecho o en el autor para aplicar esta cualificación. Al margen de lo discutible que puede resultar la utilización del término «profesionalidad» que, como hemos visto, ya ha sido utilizado en otras normas o proyectos de normas, el problema fundamental de esta circunstancia es que la vaguedad del concepto es contrario al mandato de determinación y a la función de garantía del tipo penal, dando lugar no sólo a problemas interpretativos sino también de aplicación práctica, lo que implica importantes riesgos para la seguridad jurídica.

Del parco contenido de la circunstancia puede afirmarse, que al igual que el delito habitual y la falta reite-

rada de hurto, lo que debe fundamentar el mayor rigor punitivo es la repetición o reiteración de hechos constitutivos de hurto o robo con fuerza, por lo que, para la aplicación de esta nueva circunstancia debe ser necesario, en primer lugar, la constatación de la comisión de una pluralidad de actos de apoderamiento constitutivos de hurto.

Puede considerarse que desaparecido el delito habitual de hurto y la falta reiterada, algunos supuestos abarcados por estas figuras podrán ser incluidos en este nuevo tipo cualificado. Por un lado, como hemos visto cuando se trata del delito habitual de hurto, el legislador, en aplicación del principio de seguridad jurídica, determina que las faltas cometidas en el plazo del año deben ser tres; por lo que no cabe aceptar la afirmación realizada en la Exposición de motivos del Anteproyecto, que en caso de reiteración de faltas de hurto, los «delinquentes profesionales»

son condenados por «meras faltas».⁶³

Por otro lado, cuando se trata de la falta reiterada, aunque no se establece un número mínimo de éstas, basando la comprobación de su proximidad temporal, hayan sido o no enjuiciadas, al considerársele un tipo subsidiario del delito habitual de hurto, sólo abarca supuestos de varias faltas, juzgadas o no, cuyo montante total de las mismas no sea superior a 400€; o varias faltas que superen los 400€, pero alguna de ellas haya sido juzgada, de manera que la suma de las faltas no juzgadas no llegue a tres y no supere los 400€80.

Al no preverse ningún otro dato para la aplicación de esta cualificación la determinación de esta pluralidad de delitos se hace extremadamente complicada.

¿Cuántos actos de apoderamiento deben concurrir? ¿Cuatro como se disponía

⁶³ Así, también la FGE para quien con la normativa vigente estos hechos no superarían la calificación de falta (*Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto*, 2012, p. 210).

para el delito habitual de hurto antes de la reforma de 2010 del Código Penal, o tres según se dispone ahora; dos o más delitos como se exige para el delito continuado del art. 74 CP, o tres o más delitos a los que se refiere la habitualidad del art. 94 CP?

A falta de un criterio objetivo a partir del cual se puede hablar de esa pluralidad de delitos, en nuestra opinión, y asumiendo que quepan otras interpretaciones al respecto, podría tomarse como referencia lo dispuesto para el delito habitual de hurto antes de la reforma de 2010.

Así, podría considerarse que será necesaria la constatación de la comisión de cuatro o más actos de apoderamiento. Es decir, la comisión de cuatro o más delitos que de haber sido enjuiciados pudieron haber sido considerados autónomamente como un delito de hurto.

Otra de las cuestiones es determinar si se podría tener en cuenta los actos de apoderamiento sobre los que hubiera recaído sentencia condenatoria o los que hubieren prescrito (cinco años cu-

ando el hecho constituya un delito menos grave y un año para los que constituyan delito leve, según el art. 131.1 ACP).

Desde nuestro punto de vista, aunque podría afirmarse que, al igual que en la regulación de la falta reiterada de hurto, esta cualificación se fundamenta en la repetición de actos de apoderamiento sí podría considerarse también estos delitos, para evitar problemas de *ne bis in idem*, la respuesta debe ser negativa. En segundo lugar, debe existir cierta conexión temporal entre los delitos cometidos, lo que supone que no debe transcurrir un lapso de tiempo excesivo entre cada uno de estos. Si una de las peculiaridades de esta circunstancia es el ánimo del sujeto de proveerse de una fuente de ingresos, una gran diferencia temporal entre cada uno de los apoderamientos podría hacer desaparecer este ánimo.

Pero la mera existencia de esta pluralidad de actos conectados temporalmente no es suficiente para aplicar la cualificación de «profesionalidad», por lo que el tercer requisito, que sí viene mencio-

nado en el Anteproyecto, es el ánimo de proveerse de una fuente de ingresos no meramente ocasional. Este elemento subjetivo es diferente del ánimo de lucro que debe estar presente en todos los actos de apoderamiento para que sean constitutivos de hurto. Como ocasional es algo que sobreviene por una ocasión, se entiende que el sujeto vive frecuente o habitualmente del producto, ganancias o beneficios que le reporta la comisión de estos delitos.

Esta reiteración delictiva debe suponerle al reo una fuente de ganancias, más no necesariamente una exclusiva fuente de ingresos por lo que puede ser compatible con el ejercicio contemporáneo de otra actividad lícita remunerada.

La comprobación de este requisito requerirá una exhaustiva investigación por parte de los órganos jurisdiccionales y en la respectiva sentencia condenatoria debe quedar debidamente fundamentado que el sujeto actúa con la finalidad de que una de sus fuentes de ingresos sea la comisión de delitos de hurto,

no bastando una mera presunción de ello en base al número de delitos cometidos o a la falta de ingresos lícitos del sujeto.

En cualquier caso, en nuestra opinión la introducción de esta cualificación es superflua y no exenta de críticas. No sólo porque bastaría aplicar el régimen previsto para el delito continuado, sino también porque puede interpretarse que este precepto evoca la idea de un «Derecho penal de autor», al margen de suponer, como bien afirma el profesor MUÑOZ CONDE, con relación al delito habitual de hurto, una «reacción punitiva desproporcionada y el reforzamiento de la criminalización de la pobreza».⁶⁴

Téngase en cuenta que, según la legislación vigente, el delito habitual de hurto se castiga con la pena de prisión de tres a dieciocho meses y

⁶⁴ Así, MUÑOZ CONDE, «El Nuevo Derecho Penal Autoritario», en LOSANO/MUÑOZ CONDE (cords.), *El derecho ante la globalización y el terrorismo: "Cedant arma togae": actas del Colóquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003*, pp. 174 y ss.

la falta reiterada de hurto con la pena de localización permanente de cuatro a doce días, mientras que el Anteproyecto prevé penas de prisión de uno a tres años que en los casos más graves pueden llegar hasta los cuatro años de prisión.

La pluralidad de estos actos de apoderamiento puede configurar, de reunir todos los requisitos, un delito continuado de hurto, por lo que la delimitación de la cualificación por profesionalidad delictiva del delito continuado se presenta muy problemática. Si el sujeto comete cuatro o más actos de apoderamiento y el monto total de lo sustraído no supera 1.000€ y es de escasa gravedad, puede considerarse, en principio, como un delito continuado de hurto leve, que de acuerdo con lo previsto en el art. 74.1 ACP deberá castigarse con una pena superior a la pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto para la infracción más grave y que no exceda de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

En este caso al sujeto se le podrá imponer como máximo una pena de multa de hasta tres meses. Si por el contrario, el monto total de los hurtos supera los 1.000€ o uno de estos es constitutivo del tipo básico del hurto, seguiríamos ante un delito continuado, pero en este supuesto, en aplicación de la práctica jurisprudencial, se produce un salto de tipo, pudiéndose castigar por un delito continuado de hurto, tipo básico, con la pena de prisión de hasta 18 meses.

La cuestión es si el clásico ejemplo del cajero de la empresa que durante un largo periodo de tiempo se apodera diariamente de una pequeña cantidad de dinero, que le supone una fuente de ingresos «extra» a su salario, seguirá siendo considerado como un solo delito continuado de hurto, tipo básico o tipo privilegiado, o si por el contrario será constitutivo de un delito de hurto cualificado por la profesionalidad castigado con penas de hasta tres años de prisión.

En cualquier caso, esta cualificación no tiene por qué aplicarse sólo a los supuestos

de hurto cometidos por sujetos condenados a la marginación del desempleo, en tanto que como ya advertía el profesor LANDROVE, «esgrimir la amenaza penal para reprimir aquello que el sistema no es capaz de resolver por cauces democráticos y de justicia es una de las notas más características de los regímenes autoritarios».

Precisamente por ello, en nuestra opinión, esta circunstancia debería desaparecer de forma que todos los supuestos de reiteración delictiva deberían recibir tratamiento a través de la figura del delito continuado.

4.4. CUANDO SE UTILICE A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS PARA LA COMISIÓN DEL DELITO

La reforma de 2010 del Código Penal introduce una nueva circunstancia en el art. 235,5º aplicable cuando se «utilice a menores de catorce años para la comisión del delito». El Anteproyecto pretende elevar la edad de los menores utilizados de catorce a dieci-

séis años. La introducción de esta circunstancia obedece a que la realidad criminógena viene demostrando que cada vez son más los casos en los que grupos organizados o clanes familiares utilizan a menores de edad para cometer hurtos o robos.

La regulación vigente contempla un criterio basado en la utilización de terceros exentos de responsabilidad penal. Por lo que, de acuerdo con la doctrina, se trata de tipificar expresamente un supuesto de autoría mediata por utilización de menores de catorce años, en tanto que al no poder ser declarado responsable el menor, ni siquiera por la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, éste se considera como el instrumento del delito.

La intervención en el hurto o robo con fuerza de los menores de dieciocho años y mayores de catorce años, que son responsables penalmente de acuerdo con la mencionada LO 5/2000, debe someterse a las reglas generales de intervención en el delito⁸⁵. Ahora bien, si este menor de edad es

utilizado para la comisión del delito, de darse todos los requisitos, también podrá ser un supuesto de autoría mediata, pero en este caso el tipo aplicable no será el cualificado sino el tipo básico.

Al preverse elevar la edad del menor utilizado, de catorce a dieciséis años, la cuestión está en determinar el alcance de la conducta típica que ha sido descrita por el verbo «utilizar», lo que supone determinar el grado de intervención del menor en el hurto o robo con fuerza para aplicar este tipo cualificado. Con la regulación vigente, no hay problema en admitir que esta agravación es un supuesto de autoría mediata, que se basa en el aprovechamiento de la inimputabilidad ya existente en el instrumento o, dicho de otra forma, el instrumento actúa sin posibilidad de imputación personal por su minoría de edad.

Desde nuestro punto de vista, tanto en la regulación vigente como en la propuesta del Anteproyecto, el verbo utilizar debe ser interpretado en un sentido estricto, de modo que sólo se incluyan supu-

estos en los que el mayor de edad, como autor mediato, realiza el hecho utilizando al menor como instrumento.

Así, los supuestos que deben dar lugar a la aplicación del tipo cualificado, además de la utilización del menor de catorce años, serán los casos de utilización de un menor de dieciséis años pero mayor de catorce que no actúa típicamente porque falta en él un elemento subjetivo que exija el tipo delictivo, si el mayor de edad ordena a un menor a que realice una sustracción sin saber el menor que la cosa es ajena, por ejemplo. La utilización del menor de entre catorce y dieciséis años que actúa en error de tipo, error de prohibición o miedo insuperable provocados por el mayor de dieciocho años.

Consecuentemente, si la intervención del menor en el delito puede ser calificada como autoría o participación, entonces no creo que deba aplicarse esta cualificación.

Así, por ejemplo, no cabría aplicar esta agravante al joven de 19 años que realiza conjuntamente un delito de hurto con otro menor de 16

años que actúa de forma consciente y voluntariamente. Ni menos, en el mismo supuesto, cuando es el joven quien induce al menor a realizar el hurto.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo con relación al tipo cualificado del tráfico de drogas cuando se utilice a menores de 18 años o disminuidos psíquicos. El Acuerdo adoptado en el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2009, sobre el alcance del art. 370.1 del CP, establece que resulta de aplicación la cualificación por utilización de menores cuando el autor se sirve de un menor de edad (o de un disminuido psíquico) de modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaleciéndose de su situación de ascendencia o de cualquier forma de autoría mediata.

5. TIPOS CUOLIFICADOS DEL ART. 235 BIS ACP

El nuevo art. 235 bis contiene dos circunstancias que, al igual que las cualificaciones previstas en el art. 235, son aplicables tanto al hurto

como al robo con fuerza en las cosas; además, de conformidad con el art. 242.3 ACP, también cualifican a los delitos de robo con violencia o intimidación.

5.1. CUANDO LOS INTERVIENTES EM EL DELITO PORTEM UM ARMA U OTRO INSTRUMENTO PELIGROSO

Esta circunstancia que se pretende introducir ya estaba prevista en el art. 506 del Código Penal de 1973. Si bien este precepto contenía una serie de circunstancias agravantes que, en principio, parecían aplicables sólo al robo con fuerza en las cosas, la doctrina mayoritaria entendió que también podían aplicarse al robo con violencia o intimidación, pero para que esto sea o no posible dependía fundamentalmente de la naturaleza de cada circunstancia.

En atención a este último aspecto, se consideraba que la agravante por llevar armas u otros objetos peligrosos, sólo era aplicable al robo con fuerza en las cosas, en

tanto que pretender aplicarla también al robo con violencia o intimidación supondría privar de trascendencia práctica a la agravante de uso de armas.⁶⁵

A pesar que los Proyectos de Código Penal de 1980 y 1992, también contemplan esta circunstancia, desapareció tras la aprobación del Código Penal de 1995. En el primero de ellos solo agravaba a los delitos de robo con fuerza o violencia o intimidación⁸⁸; mientras que, según el segundo Proyecto, sólo era

aplicable al robo con fuerza en las cosas⁸⁹ y al hurto.⁶⁶

De conformidad con el art. 235 bis 1.1ª del Anteproyecto de 2012, el hurto se cualifica cuando el autor u otro de los partícipes en el delito porte un arma u otros instrumentos peligrosos, en «consideración a la peligrosidad potencial de quien da inicio a la ejecución de un delito patrimonial llevando consigo un arma que podría llegar a utilizar», según se justifica en la Exposición de motivos.

Así, el fundamento de esta cualificación estaría en el riesgo o peligro para la vida e integridad física de las personas que supone el llevar armas u otros instrumentos peligrosos en el momento de la comisión del hurto o robo con fuerza en las cosas, por parte de cualquiera de los intervinien-

⁶⁵ Así, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO / SUÁREZ GONZÁLEZ, *PE*, 2ª ed., 1993, p. 165; RODRÍGUEZ DEVESA/ SERRANO GÓMEZ, *PE*, 16ª ed., 1993, p. 459. De otra opinión, RUIZ ANTÓN, quien considera que esta circunstancia es aplicable tanto al robo con fuerza en las cosas como al robo con violencia o intimidación, en caso de que se porte el arma pero no se use contra las personas como médio que posibilite o asegure el apoderamiento, en COBO DEL ROSAL (dir.) *Comentarios a la legislación penal, La reforma del Código Penal de 1983, t. V, vol. 2º (Libros II y III del Código Penal)*, 1985, p. 1113.

⁶⁶ El art. 238 dispone que el hurto será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años: «5. Cuando se cometiere llevando armas u otros medios igualmente peligrosos, sin hacer de ellos alarde o exhibición, y siempre que no hayan causado intimidación.

entes en éste, sean autores o partícipes.

Al respecto cabe hacer la siguiente puntualización. Si ese riesgo no existe o el peligro no es real, entonces no podrá aplicarse la cualificación. Puede faltar este presupuesto porque no exista ninguna proximidad espacial entre el autor y la víctima o sujeto pasivo, sea el hecho constitutivo de un delito de hurto o de robo con fuerza en las cosas. Así, por ejemplo, un sujeto que regresando a su casa a altas horas de la madrugada observa un coche que tiene la ventanilla delantera abierta, se acerca y percibe que en el asiento delantero hay un móvil valorado en 200€ y con ánimo de lucro se apodera de él. En el momento de los hechos el sujeto portaba una navaja de 8 cms. De hoja que en ningún momento llega a utilizar. O porque el instrumento no sea peligroso, por ejemplo, el porte de una pistola de juguete o de un cuchillo de plástico⁹² cuando se cometa el hurto o robo con fuerza en las cosas.

También hay que tener en cuenta que algunas modalidades de fuerza en las cosas

requieren el esfuerzo humano aplicado directamente, como puede ser el caso del escalamiento, pero otras requieren el uso de un instrumento mecánico sobre los elementos donde están contenidas las cosas, y éste puede ser un arma o instrumento peligroso.

Así, por ejemplo, el sujeto que pretenda forzar el cajetín de un teléfono público para sustraer el dinero que se contiene en su interior tendrá que hacerlo, por ejemplo, con un destornillador, un estilete, una tijera, una navaja, una barra de hierro, etc. Aunque estos objetos puedan tener la consideración de armas o instrumentos peligrosos, su porte y/o utilización no debe suponer automáticamente la aplicación de esta agravación porque el sujeto los lleva con la única finalidad de utilizarlos como un medio funcional para forzar los muebles o cerraduras, por ejemplo.

Por lo que para aplicar esta cualificación, es necesario que el sujeto conozca el potencial lesivo o peligroso de estas armas o instrumentos, pero además debe portarlos no sólo con la intención y

finalidad de utilizarlos como medio de fuerza sino también con la finalidad de utilizarlos, si fuera el caso, contra las personas que impidan o dificulten el apoderamiento.

En cualquier caso, es discutible que esta mera posibilidad, que esperemos no se convierta en mera sospecha, de la existencia del riesgo o peligro para la vida o la integridad de las personas sirva para fundamentar tanto rigor punitivo.

Así, teniendo en cuenta que supuestos de hurto de escasa entidad actualmente constituyen una falta de hurto a castigar con pena de multa de hasta dos meses, ese mismo hecho, si el autor porta un arma constituirá un hurto cualificado a castigar con pena de prisión de hasta cuatro años. Por otro lado, teniendo el porte de armas un menor desvalor de resultado que muchas de las circunstancias contenidas en el art. 235 ACP, cuya concurrencia, recordemos, determina la imposición de la pena de prisión de uno a tres años, éste se castiga en los casos de hurto con la pena de prisión de dos a cuatro años; y

cuando cualifican al robo con fuerza en las cosas, con la pena de dos a cinco años, o de dos a seis años cuando el robo revista una especial gravedad.

Al margen de ello, la pena prevista para esta cualificación supone una vulneración del principio de proporcionalidad con relación a los casos en los que el sujeto no se limita al porte del arma o instrumento peligroso sino los utiliza como medio para conseguir el apoderamiento de la cosa⁹⁴. Al respecto cabe resaltar que, por un lado, el robo con violencia o intimidación tiene prevista una pena de dos a cinco años, pena que debe ser impuesta en su mitad superior si el sujeto hiciere uso de armas u otros instrumentos igualmente peligrosos.

Por otro lado, se prevé la posibilidad de imponer la pena inferior en grado en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercida y valorando las restantes circunstancias del hecho. Este tipo privilegiado, de conformidad con el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 27 de febrero de 1998, es compatible con los delitos de robo

con intimidación cometidos con uso de armas o instrumentos peligrosos «por entenderse, que en determinados casos, permite una adecuación más equitativa de la pena a la gravedad del hecho delictivo».

En estos supuestos los tribunales, en la determinación de la pena el orden a seguir es: sobre la pena del tipo básico, es decir, prisión de dos a cinco años debe aplicarse primero la pena prevista para el tipo privilegiado, y sobre este resultado, prisión de un año a un año once meses y un día, la pena del tipo cualificado, es decir, la pena en su mitad superior, esto es entre un año cinco meses y veintinueve días a dos años.

Si se compara con la pena prevista para el hurto cualificado por porte de armas, prisión de dos a cuatro años, la pena es considerablemente desproporcional, al igual que si realizamos la comparación con el robo con fuerza en las cosas cualificado por la misma circunstancia, prisión de dos a cinco años.

Por lo que en nuestra opinión, no sólo por los problemas interpretativos que

hemos resaltado anteriormente sino por la desproporcionalidad que suponen sus marcos penales, esta circunstancia debería desaparecer del Anteproyecto.

Quando se trate de un miembro de una organización constituida para la comisión continuada de delitos contra la propiedad, y otro de sus integrantes participe en la comisión del delito Informes del Ministerio del Interior y de la Fiscalía General del Estado dan cuenta de que en los últimos años se viene apreciando un notable incremento del número de delitos contra el patrimonio cometidos por sujetos que actúan de forma organizada. Estos sujetos agrupados en la mayoría de casos en función de su nacionalidad vienen «especializándose» en la comisión de una determinada modalidad de delito contra la propiedad «al extremo de poder establecerse cierta correspondencia entre el origen nacional de los integrantes de los grupos y el tipo

de actividad delictiva a la que éstos se dedican».⁶⁷

Así, por ejemplo, se da cuenta de organizaciones o grupos especializados en la comisión de robo con fuerza en establecimientos de hostelería, robo de gasoil de camiones estacionados en las áreas de servicio o descanso de las principales carreteras, así como de empresas que cuentan con flotas de camiones o maquinaria pesada, apoderamiento de vehículos de alta gama para después venderlos en otros países, sustracción a gran escala del tendido de cobre de las líneas de alta tensión auxiliares o en estado operativo, robo con fuerza o con violencia o intimidación en domicilios, perpetración reiterada de delitos o faltas de hurto en los andenes del metro o en estaciones de tren, en comercios, o lugares turísticos, entre otros.

Las diversas formas de integración o participación en asociaciones, organizaciones o grupos delictivos se castigan en el Código Penal, entre otros, a través de los delitos de asociación ilícita de los arts. 515 a 521 CP, de los delitos de organización o grupo criminal de los arts. 570 bis a 570 quáter CP, además de la configuración de tipos cualificados que se fundamentan en la pertenencia del autor a una asociación u organización criminal. Según el art. 515.1º CP son punibles las asociaciones ilícitas que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada. Antes de la reforma de 2003 del Código Penal, la finalidad, previa o posterior resolución de cometer una o varias infracciones penales, se limitaba a las constitutivas de delitos, por lo que, de acuerdo con un sector doctrinal, resultaban atípicas las

⁶⁷ FGE, Circular 2/2011 sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales.

asociaciones que tenían como finalidad cometer faltas.⁶⁸

Esta puede ser la razón por la que el legislador decide modificar el art. 515.1 CP para añadir como una finalidad más de la asociación la comisión de faltas.

A pesar que en la Exposición de motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, no se da una explicación al respecto, podemos entender que, tal como lo hemos visto anteriormente con relación a la cualificación por profesionalidad, era un mecanismo más para dar respuesta a los sujetos «que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada».

Al igual que con otros aspectos de la mencionada reforma, la doctrina se mostro crítica con la ampliación de

este delito a los supuestos de comisión reiterada de faltas, fundamentalmente porque supone una violación al principio de proporcionalidad.⁶⁹

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo al considerar que el principio de proporcionalidad «no solamente descarta las asociaciones dedicadas a la comisión de faltas, sino a los grupos de personas (copartícipes) que puedan dedicarse a cometer delitos para cuya consumación no sea necesaria la utilización de estructuras asociativas».⁷⁰

⁶⁹ Así, entre otros, TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II, 6ª ed., 2011, p. 1540.

⁷⁰ En este sentido, STS, 1ª, 23-10-2006 (ID Cendoj: 28079120012006101082; MP: José Antonio Martín Pallín) que casa la sentencia de la SAP de las Islas Baleares de 16-12-2005 (JUR 2006\42026), que había condenado por asociación ilícita la formada por un grupo cuatro mujeres conocidas como «descuideras» que se habían puesto de acuerdo para cometer hurtos por el «procedimiento del clavel» a turistas que transitaban por el centro de la capital balear. Véanse también, STS, 1, 10-04-2003 (Id Cendoj: 28079120012003102825;

⁶⁸ Así, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Voz asociación ilícita», en LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, p. 108; TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 1996, p. 1448.

A pesar que importantes sectores de la doctrina vienen poniendo de manifiesto la falta o nula aplicación de este tipo delictivo por parte de los tribunales, pueden encontrarse sentencias del Tribunal Supremo ratificando condenas por asociación delictiva con la finalidad de cometer delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas o robos con violencia o intimidación.⁷¹

Supuestos en los que se ha podido comprobar la concurrencia de los siguientes requisitos¹⁰³: «a) una plurali-

dad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) la existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) la consistencia o permanencia de la misma en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio y d) el fin de la asociación, cuando se trata del caso del artículo 515.1, inciso 1º, CP, ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar».

No precisándose, por tanto, más que «una cierta consistencia, lejos de lo meramente esporádico, y por supuesto dentro de una cierta organización jerárquica». De lo anterior se deduce que lo fundamental en la asociación, además de la pluralidad de personas que se ponen de acuerdo para delinquir, éstas deben actuar de forma organizada y duradera.

Es la concurrencia de estos elementos que deben servir para distinguir el delito

MP: Juan Saavedra Ruiz), en la que se declara la no concurrencia de una asociación ilícita sino un supuesto de codelinuencia por la falta de una estructura organizativa estable; y STS, 1, 28-06-2010 (Id Cendoj: 28079120012010100539; MP: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez).

⁷¹ STS, 1, 23-03-2005 (Id Cendoj: 28079120012005100486; MP: Andrés Martínez Arrieta); STS, 1, 29-10-2010 (Id Cendoj: 28079120012010101027; MP: Joaquín Giménez García); STS, 1ª, 12-11-2012 (Id Cendoj: 28079120012012100857; MP: José Manuel Maza Martín); STS, 1, 12-12-2012 (Id Cendoj: 28079120012011101326; MP Alberto Gumersindo Jorge Barreiro).

de asociación ilícita de los supuestos de codelincuencia y de la propia conspiración para delinquir, «radicando la diferencia precisamente en la inestabilidad de su existencia y concreción del delito a realizar cuando se trata de éstas y las notas de estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa, además de una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar en el caso del tipo de la asociación ilícita propiamente dicha».

Otra de las tantas reformas operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, al Código Penal ha sido la introducción de un nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, para tipificar autónomamente las «organizaciones y grupos criminales».

En la Exposición de motivos de la mencionada LO 5/2010 se declara que «el devenir de los pronunciamientos jurisprudenciales ha demostrado la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales.

En primer lugar –y de ello da prueba la escasa aplicación del vigente artículo 515 del Código Penal, fuera de los casos de bandas armadas u organizaciones terroristas– la configuración de dicho delito como una manifestación de ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación que consagra el artículo 22 de la Constitución, no responde ni a la letra ni al espíritu de esta norma».

Al margen de las consideraciones sobre la necesidad o no de incorporar estos nuevos tipos delictivos¹⁰⁵, lo importante a resaltar es que por primera vez, el Código Penal da una definición de lo que debe entenderse por organización o grupo criminal.

Hasta ese momento, a falta de un concepto de asociación ilícita, de organización o grupo criminal, han sido doctrina y jurisprudencia, no sin considerables opiniones discrepantes, quienes han dotado de contenido a estos términos.

Así, según el art. 570 bis 1 CP se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas, con carácter estable

o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas. Mientras que, de acuerdo con el art. 570 ter CP, se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas¹⁰⁶. Este último precepto se caracteriza como un tipo residual o subsidiario a aplicar cuando la pertenencia no pueda incardinarse en una organización.

A pesar de haber introducido estas nuevas figuras delictivas y de mantener el contenido de los delitos de asociación ilícita sin modificaciones, salvo la supresión como tales de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas que pasan a regularse en un Capítulo independiente, la reforma de 2010 mantiene los tipos cualificados basados en la pertenencia del

autor a una organización criminal, y en la misma línea, el Anteproyecto propone la incorporación de esta circunstancia para un considerable número de delitos contra el patrimonio, dentro de los que se incluye el hurto.

Por lo general, cuando el legislador decide agravar determinados delitos por la pertenencia del sujeto activo a una asociación u organización no da una definición clara de lo que debe entender por tales.

Como hemos visto *supra*, han sido doctrina y jurisprudencia, que guiados por algunos elementos que el legislador incluye en estos tipos, quienes han dotado de contenido a estos conceptos. La misma técnica ha sido utilizada para configurar esta cualificación en los hurtos, el art. 235 bis.2.º ACP sólo se refiere a que el sujeto debe ser miembro de una organización constituida para la comisión continuada de delitos contra la propiedad y otro de sus integrantes participe en la comisión del delito.

De lo anterior se desprende que los presupuestos que deben estar presentes para

apreciar esta circunstancia son: (i) la existencia de una organización, y (ii) que en la comisión del delito intervengan al menos dos miembros de dicha organización. Con relación al primer presupuesto, el concepto de organización a que se refiere este precepto debe ser interpretado de acuerdo con lo previsto en el art. 570 bis ACP. Es decir, debe tratarse de una agrupación formada por más de dos personas que tenga carácter estable o por tiempo indefinido. Con relación a esta última característica, si la organización debe constituirse para la comisión «continuada» de delitos contra la propiedad, entonces debe entenderse que ésta debe tener un carácter estable, con una cierta perdurabilidad en el tiempo, de forma que no puede tenerse en cuenta la organización constituida de forma casual o esporádica.

También deben excluirse las organizaciones transitorias, porque si esa fuera la intención del prelegislador lo hubiese previsto expresamente, tal como sucede en los tipos cualificados de los deli-

tos contenidos, por ejemplo, en los arts. 162, 177 bis, 187.4, 189.3, 262.2, 271, 276, 318 bis y 386 CP. Además, debe darse un reparto de tareas o funciones de manera concertada o coordinada con la finalidad de cometer «delitos contra la propiedad». Dos aspectos resaltar sobre esto último.

El primero de ellos, es que la exigencia de la comisión de delitos, en plural, excluye la posibilidad de aplicar esta circunstancia cuando los sujetos pertenecen a una organización conformada para perpetrar sólo un delito de hurto, lo que resulta coherente con la exigencia de la comisión continuada de estos hechos. El segundo, si bien la cualificación se aplica cuando la organización tiene como finalidad cometer delitos contra el patrimonio, no tiene por qué excluirse supuestos en los que los sujetos pertenecen a una organización que, además, tiene entre sus fines cometer secuestros o blanqueo de capitales, por ejemplo.

Una interpretación distinta supondría limitar el ámbito de aplicación del tipo en tanto que, aunque los infor-

mes sobre este tipo de criminalidad apuntan a una mayor especialización de las organizaciones, ello no supone una dedicación exclusiva a una determinada tipología delictiva. Con relación al segundo presupuesto, sólo resaltar que a diferencia de otros tipos cualificados por la pertenencia a una organización, cuando se trate del hurto, se exige que en su comisión intervengan al menos dos miembros de la organización. De forma que si, por ejemplo, en el hecho interviene sólo un miembro de la organización a éste no podrá aplicársele esta cualificación.

La relación entre este tipo cualificado y el art. 570 bis es de concurso de leyes a resolver, en principio, de acuerdo con lo previsto en numeral segundo del art. 570 quater CP en el que se prevé que «en todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.^a del artículo 8».

Es decir, este concurso de leyes se resolvería por apli-

cación del principio de alternatividad a favor del precepto penal que tenga prevista mayor pena.

Sin embargo, los problemas de solapamiento entre esta circunstancia y los delitos de asociación ilícita que, como hemos visto, es la figura que los tribunales vienen aplicando en la actualidad, no quedan resueltos en el Anteproyecto.

Tampoco los relacionados con la pertenencia a un grupo criminal, que como hemos visto se configura como un tipo residual al de organización criminal, y los supuestos de codelinuencia¹⁰⁷.

Por estos motivos, de acuerdo con el CGPJ¹⁰⁸ y la FGE¹⁰⁹, dado que el hecho de formar parte de un grupo u organización criminal se sanciona de forma autónoma, parece excesivo agravar la comisión del hurto por el simple hecho de actuar conforme a los fines de la organización para delinquir, por lo que en nuestra opinión esta cualificación también debería suprimirse.

Cualificación por la concurrencia de dos o más circunstancias El texto refun-

dido del Código Penal de 1973 mantenía un sistema de hiperagravación, basado en la concurrencia de dos o más circunstancias o una muy cualificada. Así, tras la reforma de 1983, el último párrafo del art. 515 disponía que en caso de concurrencia de dos o más circunstancias contenidas en el art. 516 o una muy cualificada se impondrá la pena de prisión menor.

La aprobación del Código Penal de 1995 supuso la supresión de este sistema de hiperagravación¹¹⁰, de forma que en caso de concurrencia de dos o más circunstancias La pena es siempre única, prisión de uno a tres años, tal como se dispone en el art. 235 CP.

Ahora bien, en opinión de algunos autores, en caso de concurrencia de dos o más circunstancias, una de ellas debe servir para determinar la cualificación y la otra funcionar como agravante genérica y seguir el régimen general del art. 66 CP¹¹¹.

El art. 235 bis.2 ACP dispone que la pena señalada en el apartado primero -dos a cuatro años de prisión- se

impondrá en su mitad superior cuando concurrieran las circunstancias expresadas en los apartados 1º y 2º del mismo, es decir, el sujeto porte un arma o instrumento peligroso y sea miembro de una organización dedicada a la comisión de delitos patrimoniales, o cuando este último cometa el hurto concurriendo alguna de las circunstancias reguladas en el artículo 235.

La penalidad prevista es excesiva, la mitad superior de la prisión de dos a cuatro años, supone una pena de prisión de tres años un día a cuatro años, más del doble de duración que la señalada al tipo básico, prisión de seis a dieciocho meses. El carácter preceptivo de la pena -se impondrá- puede conllevar a que los tribunales, tal como viene sucediendo con el delito de asociación ilícita para cometer faltas, sean renuentes a aplicar esta agravación por suponer una violación al principio de proporcionalidad.

6. HURTO DE POSESIÓN O FURTUM POSSESSIONES: ART. 236 ACP

Con la finalidad de adecuar la regulación del *furtum possessionis* a la nueva clasificación de las infracciones penales, se suprime la referencia al valor de la cosa que se contiene en el numeral 1 del art. 236. Además, se añade un numeral 2, para regular la modalidad de escasa gravedad, en términos muy parecidos al hurto como delito leve a cuyo análisis nos remitimos.

7. LA LIBERTAD VIGILADA PARA LOS CONDENADOS POR HURTO: ART. 239 BIS ACP

Según reza el art. 236 bis ACP: «A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada».

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introduce la medida de seguridad de libertad vigilada, en la que se engloban muchas de las medidas de seguridad no privativas de libertad que ya se

encontraban previstas en el Código Penal con anterioridad a esta reforma.

En función de los sujetos destinatarios de esta medida de seguridad ésta puede ser ordinaria o postpenitenciaria. Cuando se trata de la libertad vigilada ordinaria, los destinatarios serán los sujetos inimputables o semiimputables y se aplica de forma autónoma o conjuntamente con otra medida de seguridad o con una pena de prisión de acuerdo al principio vicarial. Mientras que, los destinatarios de la modalidad postpenitenciaria son los sujetos imputables condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y los relativos al terrorismo.

En general la libertad vigilada como una medida de seguridad aplicable a sujetos inimputables o semiimputables no presenta una especial problemática porque en su aplicación debe observarse los principios generales o presupuestos previstos para cualquier otra medida de seguridad, dentro de los que se encuentra el pronóstico de comportamiento futuro que revele

la probabilidad de comisión de nuevos delitos previsto en el art. 95.1.2ª CP. El problema se centra en la libertad vigilada postpenitenciaria que está prevista como una consecuencia jurídica más que puede imponerse a los sujetos plenamente imputables.

En la regulación actual la imposición de la libertad vigilada postpenitenciaria está condicionada a la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) que el hecho cometido por el sujeto sea constitutivo de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales del Título VIII o de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII; (ii) que el sujeto haya sido condenado a pena de prisión por cualquiera de los delitos mencionados anteriormente; y (iii) se impone en la respectiva sentencia condenatoria para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad. El contenido de la libertad vigilada se determina al menos dos meses antes de la extinción de la pena de prisión para que una vez cumplida ésta, el condenado a ella, deba, si procede, empezar a cumplir la medida cuya duración puede ser

de hasta diez años. En principio, la imposición de la libertad vigilada es preceptiva cuando el sujeto ha sido condenado a pena de prisión por un delito grave, o por más de un delito, siendo estos graves o menos graves. Sin embargo, su imposición es facultativa si se trata de un solo delito cometido por un delincuente primario.

La limitación de la libertad vigilada a los imputables condenados por delitos sexuales y delitos de terrorismo ha sido criticada por parte de la doctrina al entender que la utilización de un sistema de *numerus clausus* o cerrado deja fuera otros supuestos en los que también podría ser conveniente la aplicación de la libertad vigilada⁷² como, por

⁷² Así, GARCÍA ALBERO cuestiona que la reforma excluya del sistema de gestión de riesgos otros delincuentes con probada inclinación del delito por el hecho de no ser delincuentes sexuales, en «La nueva medida de seguridad de libertad vigilada», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 6/2010, p. 6. En este sentido también, BOLDOVA PASAMAR, aunque con relación al Proyecto de 2008, en «Consideraciones político-criminales sobre la introducción de

ejemplo, los supuestos de criminalidad violenta, a los delincuentes reincidentes o habituales, los psicópatas, o para los delitos relacionados con la violencia de género.

Y a este reclamo parece responder la propuesta de reforma de la Libertad vigilada en el Anteproyecto de 2012. Como era de esperar se mantiene la libertad vigilada para los sujetos imputables y aunque se trata de un sistema de *numerus clausus*, éste es tan amplio que lo más probable sea que en el futuro termine siendo un sistema completamente abierto, de forma que pueda imponerse al autor de cualquier delito sea de la naturaleza que sea.⁷³

Si bien resulta positivo el hecho que en el Antepro-

la libertad vigilada», Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV, 2009, p. 312.

⁷³ Sin embargo, sorprende que la libertad vigilada esté prevista para el delito de lesiones leves o maltrato de obra a mujer víctima de violencia de género (art. 153.5 Cp) y no para el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar del art. 173 Cp.

yecto la libertad vigilada postpenitenciaria sea en todos los casos para los que esté prevista de imposición facultativa, condicionada a la concurrencia de determinados requisitos que veremos a continuación, la técnica empleada es bastante discutible y adolece de graves deficiencias que son contrarias al principio de legalidad y seguridad jurídica. Así, por ejemplo, aunque la libertad vigilada mantiene su naturaleza de medida de seguridad en la que seguirán englobándose determinadas medidas no privativas de libertad, el Anteproyecto suprime su definición legal contenida en el vigente art. 106.1 CP.

Los requisitos que, según el Anteproyecto, deben concurrir para imponer la libertad vigilada postpenitenciaria son: (i) que esté prevista expresamente para el delito cometido (art. 104.1.a ACP). (ii) Que se haya impuesto al sujeto una pena de más de un año de prisión (art. 104.1.b ACP). Obsérvese que se dispone que el sujeto debe haber sido condenado a una pena de más de un año de prisión, no que el delito cometido tenga previsto

esa pena. Así, por ejemplo, si tras la determinación de la pena, a un sujeto condenado por un delito de hurto, tipo básico del art. 234.1, el Tribunal le impone una pena de once meses de prisión, no procederá la aplicación, además, de la medida de libertad vigilada. (iii) Pronóstico de peligrosidad futura, lo que supone que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos

Y, (iv) que sea necesaria (art. 95.1.2 ACP). Es decir, que la imposición de la libertad vigilada resulte necesaria para compensar, al menos parcialmente, la peligrosidad del sujeto.

A diferencia de la regulación vigente, el catálogo de prohibiciones y obligaciones que vendrán a concretar el contenido de la libertad vigilada, es abierto. Si bien el art. 104 contiene un extenso número de obligaciones y prohibiciones (15 en total) que el sujeto debe cumplir durante todo el tiempo de duración de

la libertad vigilada o durante un periodo determinado, el Juez puede imponer el cumplimiento de otras obligaciones y «condiciones», especialmente aquellas que se refieran a la formación, ocio, o desarrollo de su actividad habitual (art. 104 bis.4 ACP).

También se prevé la posibilidad de imponer el cumplimiento de otros «deberes» que se estime conveniente para la rehabilitación social del condenado, previa conformidad de éste (Art. 104 bis, 1.16^a).

A pesar de no preverse expresamente, la imposición de algunas de las medidas contenidas en el catálogo deberán contar con el consentimiento del sujeto condenado al suponer una grave injerencia en la libre determinación del sometido a la misma, como por ejemplo, el deber de someterse al control del consumo de alcohol, drogas tóxicas, sustancias estupefacientes o sustancias psicotrópicas (art. 104 bis, 1.11^a ACP) o el someterse a tratamiento ambulatorio. En cualquier caso, la imposición de las obligaciones y prohibiciones, está condicionado en

primer lugar, a que no atenten contra la dignidad del sometido a las mismas y, en segundo lugar, a que no resulten excesivas o desproporcionadas con las circunstancias del caso.

Nada dice el Anteproyecto sobre el momento en el que la libertad vigilada debe imponerse o sobre el procedimiento a seguir para la determinación de su contenido en el caso concreto, ni menos se prevé la revisión periódica de su ejecución. En cuanto al plazo de duración, el Anteproyecto prevé un mínimo de tres años y máximo de cinco años, un límite temporal aparentemente menor a los previstos en la regulación vigente, un año a cinco años cuando se trata de delitos menos graves, y cinco años a diez años cuando se trata de delitos graves. Decimos un plazo aparentemente inferior porque este puede prorrogarse por plazos sucesivos de una duración máxima de cinco años cada uno de ellos, sin establecer un límite en el número de prórrogas, lo que, de acuerdo con lo denunciado en el informe del CGPJ «de facto podría llevar a una libertad vigilada de por

vida, lo que resulta inaceptable en cuanto se opone al mandato del art. 25 CE».⁷⁴

En cualquier caso, y sin pretender hacer demagogia con la grave situación que vive España como consecuencia de la corrupción política cabe cuestionarse si no tendría más sentido prever la libertad vigilada para sujetos que por su situación de poder, ricos, poderosos, políticos, entre otros, cometen delitos especialmente dañosos para la sociedad en general, que para aquellas personas que cometen pequeños hurtos para la subsistencia de ellos o de su familia.

REFERÊNCIAS

AGUADO LÓPEZ, *La mutirreincidencia y la conversión de faltas en delito: Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.

ALONSO ALAMO, «Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia», en Octavio de

⁷⁴ CGPJ, Informe al Anteproyecto, 2013, p. 140.

Toledo y Ubieto/ Gurdiel Sierra/Cortés Bechiarelli (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2003.

ASÚA BATARRITA, *La reincidencia. Su evolución legal, doctrina y jurisprudencial en los Códigos españoles del siglo XIX*, Universidad de Deusto, 1982.

BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO / SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

BOLDOVA PASAMAR, «Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada», *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*, 2009, pp. 290-315 (<http://www.uv.es/reccrim>; última visita 19 de febrero de 2013).

DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo con fuerza en las*

cosas, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1999.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Algunas consideraciones sobre el tipo de apoderamiento de determinados objetos destinados al servicio público. (Art. 249, 2.º, CP. A propósito de la línea jurisprudencial que arranca de la STS 8-11-1988)», *Revista del Poder Judicial*, nº 16, 1989, págs. 177-225.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Voz asociación ilícita», en Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Ed. Comares, Granada, 2002.

DÍEZ RIPOLLES, «Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992», *Jueces para la Democracia*, nº 16-17, 1992, págs. 90-97.

FARALDO CABANA, «Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010», *La Ley Penal*, nº 81, 2011, 23 págs. (laley Penal.laley.es/; última visita: 15 de febrero de 2013).

FEIJOO SÁNCHEZ, «La libertad vigilada en el Derecho penal de adultos», en *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Díaz-Maroto y Villarejo (dir.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.

GARCÍA ALBERO, «La nueva medida de seguridad de libertad vigilada», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2010.

GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II (Artículos 234 a DF 7ª), 6ª ed., Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

GARCÍA ARÁN, *Criterios de determinación de la pena en el Derecho penal español*, Publicaciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1982.

GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1998.

GARCÍA ARÁN, «De los hurtos» en Córdoba Roda/García Arán (coords.), *Comentarios al Código Penal*.

Parte Especial, t. I, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

GARCÍA ARÁN, «La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa», *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2011, págs. 1001-1016.

GARCÍA RIVAS, «Organización y grupos criminales», en Álvarez García/ González Cussac (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2010.

GONZÁLEZ RUS, «La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio: consideraciones críticas», *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 16, 1993-1994, págs. 127-190.

GONZÁLEZ RUS, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (II). El hurto», en Cobo del Rosal (coord.), *Derecho penal español: parte especial*, Ed., Dykinson, Madrid, 2005.

GUARDIOLA GARCÍA, «Corrección de errores en el BOE y principio de legalidad

em materia penal», *La Ley Penal*, nº 10, 2004, págs. 51-58 (laleypenal.laley.es/; última visita: 13 de febrero de 2013).

GUARDIOLA LAGO, «La reforma penal en el delito y falta de hurto (arts. 234, 235 y 623.1º)», en Alvarez García/González Cussac (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2010.

GUISASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, Ed. tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

JIMÉNEZ DÍAZ, «Los nuevos tipos de "habitualidad" en las lesiones, hurto y robo y hurto de uso», en Carbonell Mateu (coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.

JIMÉNEZ DÍAZ, *Seguridad ciudadana y Derecho penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

LANDROVE DÍAZ, «Marginalización y delincuencia patrimonial», *Estudios Penales y*

Criminológicos, nº 8, 1983-1984, págs. 257-278.

LLOBLET ANGLI, «Robo y hurto», en Ortiz de Urbina Gimeno (dir.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, Madrid, 2010.

MAGALDI PATERNOSTRO, «Organizaciones y grupos criminales: una regulación penal desafortunada», *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2011, págs. 63-83.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Ed. Comares, Granada, 1999.

MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, 4ª ed., Ed. Giuffrè, Milano, 2012.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Las reformas penales de la L.O. 15/2003 en el ámbito patrimonial y socioeconómico», *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 25, 2004, págs. 217-282.

MATA Y MARTÍN, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Ed.

tirant lo blanch, Valencia, 1995.

MIR PUIG, *La reincidencia en el Código Penal: Análisis de los artículos 10.14, 10.15, 61.6 y 516.3º*, Ed. Bosch, Barcelona, 1974.

MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 9ª edición, a cargo de Gómez Martín, Ed. Reppertor, Barcelona, 2011.

MUÑOZ CONDE, en Quintero Olivares/ Muñoz Conde, *La reforma penal de 1983*, Ed. Destino, Madrid, 1983.

MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 9ª edición, revisada y puesta al día, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1993.

MUÑOZ CONDE, «El Nuevo Derecho Penal Autoritario», en Losano/Muñoz Conde (cords.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo: "Cedant arma togae": actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2004.

MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 18ª edición, revisada y puesta al día, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2010.

PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Ed. Edersa, Madrid, 1995.

QUINTERO OLIVARES, *Introducción al Derecho penal. Parte General*, Ed. Barcanova, Barcelona, 1981.

QUINTERO OLIVARES, «El hurto», en Cobo del Rosal (dir.) *Comentarios a la legislación penal, La reforma del Código Penal de 1983*, t. V, vol. 2º (Libros II y III Del Código Penal), Ed. Edersa, Madrid, 1985.

QUINTERO OLIVARES, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II (Artículos 234 a DF 7ª), 6ª ed., Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

REBOLLO VARGAS, “Reflexiones y propuestas sobre el tratamiento penal y procesal de la pequeña delincuencia patrimonial”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 31, 2011, págs. 553-583.

REBOLLO VARGAS, «De las medidas de seguridad», en Córdoba Roda/García Arán (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Ed., Marcial Pons, Madrid, 2011.

REBOLLO VARGAS, en Córdoba Roda/García Arán (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. II, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 16ª ed., Ed. Dikinson, Madrid, 1993.

RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, 16ª ed., Ed. Dikinson, Madrid, 1993.

RUIZ ANTÓN, «Los robos con fuerza en las cosas», en Cobo del Rosal (dir.) *Comenta-*

rios a la legislación penal, La reforma del Código Penal de 1983, t. V, vol. 2º (Libros II y III del Código Penal), Ed. Edersa, Madrid, 1985.

SALINERO ALONSO, «Sobre la nueva regulación del hurto y robo. Reflexiones en torno a las consecuencias de la desaparición de las penas privativas de libertad de corta duración en estos delitos», *Actualidad Penal*, nº 27, 1999.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en Gómez Tomillo (dir.) *Comentarios al Código Penal. Adaptado a la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010, con entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010*, 2ª ed., Ed. Lex Nova, Madrid, 2011.

SANZ MORÁN, «El delito patrimonial continuado y su sinuosa interpretación jurisprudencial», *La Ley penal*, nº 67, 2010, 13 págs. (laley-penal.laley.es/; última visita, 10 de diciembre de 2012).

SANZ MORÁN, «La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal», en *Un Derecho penal comprometi-*

do. *Libro Homenaje al Profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, «Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión», *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 25, 2004, págs. 331-360.

SORIANO SORIANO, *Las agravantes específicas comunes al robo y hurto (Legislación vigente y Proyecto de 1992)*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1993.

TAMARIT SUMALLA, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 1996.

TAMARIT SUMALLA, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II (Artículos 234 a DF 7ª), 6ª ed., Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

TASENDE CALVO, «Los hurto cualificados», en Tasede Calvo (dir.), *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderami-*

ento, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL SUPREMO TRIBUNAL, SALA Y FECHA REFERENCIA MA- GISTRADO PONENTE

STS, 1º, 23.05.1987 Cendoj: 28079120011987101044 Luis Vivas Marzal

STS, 1ª, 13.02.1988 Cendoj: 28079120011998102263 Carlos Granados Pérez

STS, 1ª 08.11.1988 Cendoj: 28079120011988100811 José Hermenegildo Moyna Menguez

STS, 1ª, 18.01.1989 Cendoj: 28079120011989105869 Eduardo Moner Muñoz

STS, 1ª, 21.02.1989 Cendoj: 28079120011989104971 Luis Vivas Marzal

STS, 1ª, 17.03.1989 Cendoj: 28079120021989100604 Fernando Díaz Palos

STS, 1ª, 22.03.1990 Cendoj:
28079120011990105177 José
Hermenegildo Moyna Men-
guez

STS, 1ª, 26.03.1990 Cendoj:
28079120011990107739 Enri-
que Bacigalupo Zapater

STS, 1ª, 17.04.1990 Cendoj:
28079120011990108654 Siro
Francisco García Pérez

STS, 1ª, 31.01.1991 Cendoj:
28079120011991107010 Fran-
cisco Soto Nieto

STS, 1ª, 20.11.1991 Cendoj:
28079120011991108654 Fer-
nando Díaz Palos

STS, 1ª, 19.01.1993 Cendoj:
28079120011993109015 Joa-
quín Delgado García

STS, 1ª, 03.05.2001 Cendoj:
28079120012001103848 Adol-
fo Prego de Oliver Tolivar

STS, 1ª, 10.04.2003 Cendoj:
28079120012003102825 Juan
Saavedra Ruiz

STS, 1ª, 20.06.2004 Cendoj:
28079120012004100772 José
Manuel Maza Martín

STS, 1ª, 23.03.2005 Cendoj:
28079120012005100486 An-
drés Martínez Arrieta

STS, 1ª, 23.10.2006 Cendoj:
28079120012006101082 José
Antonio Martín Pallín

STS, 1ª, 25.11.2008 Cendoj:
28079120012008100752 Juan
Ramón Berdugo Gómez De
La Torre

STS, 1ª, 17.06.2009 Cendoj:
28079120012009100707 José
Antonio Martín Pallín

STS, 1ª, 25.05.2010 Cendoj:
28079120012010100439 Per-
fecto Agustín Andrés Ibáñez

STS, 1ª, 28.05.2010 Cendoj:
28079120012010100429 José
Manuel Maza Martín

STS, 1ª, 28.06.2010 Cendoj:
28079120012010100539 Per-
fecto Agustín Andrés Ibáñez

STS, 1ª, 06.07.2010 Cendoj:
28079120012010100682 Car-
los Granados Pérez

STS, 1ª, 29.10.2010 Cendoj:
28079120012010101027 Joa-
quín Giménez García

STS 1ª, 4.10.2011 Cendoj:
28079120012011100996 José
Ramón Soriano Soriano

STS, 1ª, 12.11.2012 Cendoj:
28079120012012100857 José
Manuel Maza Martín

STS, 1ª, 12.12.2012 Cendoj:
28079120012011101326 Al-
berto Gumersindo Jorge Bar-
reiro

**AUDIENCIAS PROVIN-
CIALES TRIBUNAL, SA-
LA Y FECHA MAGIS-
TRADO PONENTE**

SAP Mallorca, Penal Sec. 2ª,
28.07.1998
Cendoj
07040370021998100252 An-
tonio Martínez Sanchez

SAP Madrid, Penal Sec. 7ª
24.10.2005
Cendoj:
28079370172005100594 Jaco-
bo Vigil Levi

SAP Zaragoza, Penal Sec. 6ª,
17.06.2008 Cendoj:

50297370062008100058 Car-
los Lasala Albasini

SAP Zaragoza, Penal Sec. 1ª,
28.07.2008
Cendoj:
50297370012008100431 An-
tonio Eloy López Millán

SAP Las Palmas de Gran Ca-
narias, Penal Sec. 2ª,
17.09.2009 Cendoj:
35016370022009100588 María
del Pilar Verastegui Hernán-
dez

SAP Burgos, Penal Sec. 1ª,
25.11.2010
Cendoj:
09059370012010100587 Fran-
cisco Manuel Marin Ibáñez

SAP Burgos, Penal Sec. 1ª,
15.12.2010
Cendoj:
09059370012010100625 Fran-
cisco Manuel Marin Ibáñez

SAP Barcelona, Penal Sec. 5ª,
14.02.2011
Cendoj:
08019370052011100083
María Magdalena Jiménez
Jiménez

SAP Almería, Penal Sec. 3ª,
25.03.2011

Cendoj:
04013370032011100145 Tarsila
Martínez Ruiz

SAP Huelva, Penal Sec. 3ª,
09.06.2011

Cendoj:
21041370032011100286 Luis
Guillermo García- Valdecasas
y García- Valdecasas

SAP Jaén, Penal Sec. 2ª,
12.12.2011 Cendoj:

23050370022011100461 Ra-
fael Morales Ortega

SAP Madrid, Penal Sec. 4,
1.01.2012

Cendoj:
28079370042012100108 Edu-
ardo Jiménez-Clavería, Iglesias

SAP Valencia, Penal Sec. 3ª,
Cendoj: Lucía Sanz Díaz

10.01.2012
46250370032012100004

SAP Sevilla, Penal Sec. 3ª,
19.01.2012 Cendoj:

41091370032012100018
Luis Gonzaga De Oro- Pulido
Sanz

SAP Cádiz, Penal Sec. 4ª,
23.01.2012

Cendoj:
11012370042012100041 María
Inmaculada Montesinos Pidal

SAP Zaragoza, Penal Sec. 6ª,
29.05.2012 Cendoj:

50297370062012100276 Car-
los Lasala Albasini

SAP Las Palmas de Gran Ca-
narias, Penal, Sección 1ª,

28.06.2012 Cendoj:
35016370012012100305 Ino-
cencia Eugenia Cabello Díaz

SAP Madrid, Penal Sec. 7ª,
09.07.2012

Cen-
doj:28079370072012100562
María Luisa Aparicio Carril

SAP Madrid, Penal Sec. 30ª,
28.07.2012

Cendoj:
28079370302012100353 Igna-
cio José Fernández Soto

SAP Burgos, Penal Sec. 1ª,
10.09.2012 Cendoj:

09059370012012100398 Fran-
cisco Manuel Marin Ibáñez