

SOBRE LA INNECESARIA REFORMA DE LOS DELITOS DE HURTO. A PROPÓSITO DEL ANTEPROYECTO DE 2012 DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL *

Juana DEL CARPIO DELGADO
Profesora titular de Derecho Penal
Universidad Pablo de Olavide
jcardel@upo.es

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 texto refundido 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 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 de este 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

This piece of work analyses, from a critical point of view, the proposal of a reform of theft crimes contained in the Penal Code reform draft, presented in October 2012. It is a proposal which, besides turning an offence (theft) into a crime (robbery) includes some qualified crimes, many of them included in the 1973 Penal Code revised text. Following the criminal policy trend of the past years the deadline for prison penalty is particularly disproportionate if we bear in mind that such crimes are mainly committed by the most disadvantaged members of a society in

* El presente trabajo de investigación se enmarca en el Proyecto DER2011-27473, «Análisis crítico de la reforma de 2010 del Código Penal: con especial referencia a las incorporaciones en la parte general y nuevas figuras delictivas», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y en el Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminología SEJ 047, de la Junta de Andalucía, ambos dirigidos por el profesor Francisco Muñoz Conde, catedrático de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla).

despair about a serious economic crisis. It is also a particularly severe punitive system when compared to the one existent for the crimes committed by members of the most powerful groups in society. In short, as we will see throughout the development of this piece of work this is an ideological reform, as if going back to the times of dictatorial Penal Law.

Keywords: theft, robbery, crimes against property, penal reforms.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Arbeit untersucht aus einer kritischen Perspektive heraus, den Vorschlag zur Reform des Straftatbestands des einfachen Diebstahls, so wie er im Vorentwurf zur Reform des Spanischen Strafgesetzbuchs im Oktober 2012 vorgestellt wurde. Es handelt sich um einen Vorschlag, der den einfachen Diebstahl nicht nur von einer Ordnungswidrigkeit zu einem Straftatbestand erhebt, sondern auch besondere Arten des Diebstahls aufnimmt, wie sie bereits 1973 im Strafgesetzbuch existierten. Diese Reform folgt der strafpolitischen Tendenz der letzten Jahre, eine Verlängerung der Haftdauer vorzunehmen, die in besonderem Maße unverhältnismäßig ist, wenn man bedenkt, dass die Straftaten mehrheitlich von Mitgliedern benachteiligter gesellschaftlicher Schichten vorgenommen werden, die unter einer schweren wirtschaftlichen Krise leiden. Dies entspricht einer besonders harten Strafregelung, wenn wir sie mit den Strafregelungen für Straftaten vergleichen, wie sie von einflussreichen Schichten der Gesellschaft begangen werden. Zusammengefasst lässt sich konstatieren, was wir im Verlauf des Aufsatzes sehen werden, dass mit der Strafrechtsreform eine Rückkehr in die Zeiten des Strafrechts unter der Diktatur einhergeht.

Schlüsselwörter: einfacher Diebstahl, Eigentumsdelikte, Strafrechtsreform.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. TIPO BÁSICO: ART. 234.1 ACP.—III. TIPO PRIVILEGIADO. EL HURTO COMO DELITO LEVE: ART. 234.2 ACP.—1. Penalidad.—IV. TIPOS CUALIFICADOS DEL ART. 235 ACP.—1. Por razón del objeto material: conducciones de suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones.—2. Por razón de la víctima: cuando se realice abusando de la situación de desamparo de la víctima o aprovechando 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.—3. Por razón del sujeto activo: cuando el autor actúe con profesionalidad.—4. Cuando se utilice a menores de dieciséis años para la comisión del delito.—V. TIPOS CUALIFICADOS DEL ART. 235 BIS ACP.—1. Cuando los intervinientes en el delito porten un arma u otro instrumento peligroso.—2. Cuando 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.—3. Cualificación por la concurrencia de dos o más circunstancias.—VI. HURTO DE POSESIÓN O *FURTUM POSSESIONIS*: ART. 236 ACP.—VII. LA LIBERTAD VIGILADA PARA LOS CONDENADOS POR HURTO: ART. 236 BIS ACP.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA.—1. Tribunal Supremo.—2. Audiencias Provinciales.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. En la Exposición de Motivos del Anteproyecto presentado en octubre de 2012 se aducen una serie de razones, algunas de ellas bastantes 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, núm. 234, de 30 de septiembre de 2003), que introdujo un nuevo párrafo al art. 234 CP para regular el nuevo delito habitual de hurto¹. Esta figura delictiva, duramente criticada por la mayoría de la doctrina², no sólo por su contenido, sino también por la forma en la que se incorpora al Código Penal³, se construye sobre la comisión de cuatro

¹ De acuerdo con la denominación propuesta por Mercedes GARCÍA ARÁN, «De los hurtos», en Juan CÓRDOBA RODA y Mercedes GARCÍA ARÁN (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. I, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 642.

² Véanse, entre otros, Mercedes GARCÍA ARÁN, «De los hurtos», *op. cit.*, pp. 641 y ss.; Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Las reformas penales de la LO 15/2003 en el ámbito patrimonial y socioeconómico», *EPC*, núm. 25, 2004, pp. 223 y ss., y Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 18.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 385 y ss.

³ Si bien este párrafo fue introducido en el Código Penal por la LO 11/2003, desaparició del texto de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, tal y como se publicó en el BOE, núm. 283, de 26 de noviembre de 2003. Con posterioridad fue reintroducido en el Código Penal por medio de una corrección de errores publicada en el BOE, núm. 65, de 16 de marzo de 2004. Sobre la vigencia y legitimidad de este precepto véase, por todos, Javier GUARDIOLA GARCÍA, «Corrección de errores en el BOE y principio de legalidad en materia

faltas de hurto cometidas en el plazo de un año, siempre que el montante acumulado sea superior a 400 euros. 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»⁴, y en «la firme decisión de ser implacables con los delincuentes para aumentar la seguridad ciudadana»⁵ puesta en peligro, según se decía, por la permisividad del Código Penal de 1995⁶. La reforma de 2010 del Código Penal mediante 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 (BOE, núm. 152, de 23 de junio de 2010), impulsada por el gobierno socialista, lejos de suprimir este polémico precepto, reduce la exigencia de cuatro faltas de hurto a tres⁷; además de incorporar una nueva modalidad de falta reiterada de hurto⁸.

penal», *La Ley Penal*, núm. 10, 2004, pp. 51 y ss. (www.laleypenal.laley.es, última consulta: 13 de febrero de 2013).

⁴ «Aznar proclama que “vamos a barrer de las calles a los pequeños delincuentes”», *EL PAÍS*, 9 de septiembre de 2002.

⁵ «Aznar encuentra el apoyo a sus reformas de los comerciantes más atracados», *El País*, 9 de enero de 2003.

⁶ 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 Código Penal de 1973 tras la reforma de 1983. Véase ampliamente al respecto Gerardo LANDROVE DÍAZ, «Marginación y delincuencia patrimonial», *EPC*, núm. 8, 1983-1984, pp. 274 y ss.

⁷ Si bien se ha afirmado que este delito tiene precedentes en el «nacionalsocialismo alemán y fascismo italiano» (así, Miguel ABEL SOUTO, «Discordancias y errores introducidos en el Código Penal por la simbólica reforma de 25 de noviembre de 2003 que, antes de su entrada en vigor, deben ser erradicados del texto punitivo», *Revista Jurídica Galega*, núm. 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 la falta de hurto por especial reincidencia. Así, por ejemplo, el Código Penal de 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, 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. Véase ampliamente al respecto Adela ASÚA BATARRITA, *La reincidencia. Su evolución legal, doctrina y jurisprudencia en los Códigos españoles del siglo XIX*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1982, pp. 380 y ss. Y, como veremos más adelante, los proyectos de Código Penal de 1980 y de 1992 contenían una modalidad de hurto en parecidos términos.

⁸ Véanse al respecto Mercedes GARCÍA ARÁN, «La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa», *RJC*, núm. 4, 2011, pp. 1002 y ss.; Patricia FARALDO CABANA, «Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010», *La Ley Penal*, núm. 81, 2011, 23 pp. (www.laleypenal.laley.es, última consulta: 15 de febrero de 2013); María Jesús GUARDIOLA LAGO, «La reforma penal en el delito y falta de hurto (arts. 234, 235

2. En los últimos años, tanto la Fiscalía General del 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 por 100 del total de los asuntos ingresados en el año 2010 en todas las jurisdicciones⁹. 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 juzgados, 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, sólo 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 1.000 euros o cuando el sujeto actué con profesionalidad o sea miembro de una organización delictiva.

3. 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 delitos¹⁰. 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

y 623.1)», en Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA y José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (DIRS.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 260 y ss., y Mariolina LLOBET ANGLÍ, «Robo y hurto (delito y falta)», en Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (dir.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, Madrid, 2010, pp. 190 y ss.

⁹ *Propuestas para la reducción de la litigiosidad*, CGPJ, junio de 2012, pp. 46 y ss.

¹⁰ 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.

se hace referencia a los delitos leves¹¹. 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 leves¹².

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

El Anteproyecto propone la modificación del núm. 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 mes¹³; mientras que en su límite máximo es menos grave: tres meses¹⁴. 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 penal, mientras que en el segundo, el límite mínimo¹⁵.

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

¹¹ 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.

¹² Véase el art. 33 CP en el que se clasifican las penas en función de su naturaleza y su gravedad.

¹³ Art. 33.4 CP: «Son penas leves [...] f) La multa inferior a dos meses».

¹⁴ Art. 33.3 CP: «Son penas menos graves [...] i) La multa de más de dos meses».

¹⁵ 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» (*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 ss.).

II. 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 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, núm. 152, de 27 de junio de 1983), solamente se mantiene el límite, por razón del valor de la cosa sustraída, para diferenciar entre delito y falta de hurto¹⁶. La referencia exclusiva al valor de la cosa para distinguir entre delito y falta se mantiene en 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 o 235 bis ACP.

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

Según el núm. 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 impondrá una pena de multa de uno a tres meses. No se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bie-

¹⁶ Véanse al respecto FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 223; GONZALO QUINTERO OLIVARES, «El hurto», en MANUEL COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código Penal de 1983*, t. V, vol. II, *Libros II y III del Código Penal*, Madrid, Edersa, 1985, pp. 1146 y ss.

nes sustraídos fuera superior a 1.000 euros o los casos en los que concurriese alguna de las circunstancias de los arts. 235 o 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 cantidad, 200 euros 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 doce 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. 235.4 CP. Por lo que podría interpretarse que este tipo privilegiado puede aplicarse siempre que la víctima no se encuentre en una situación de estrechez económica o cuando los efectos de la sustracción no sean graves¹⁷.

Por otro lado, se prevé que, sea cual fuere la cuantía de lo sustraído, inferior o superior a 1.000 euros, cuando concorra alguna o algunas de las circunstancias previstas en los arts. 235 o 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

¹⁷ En el mismo sentido, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, op. cit., p. 186.

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 jurídica¹⁸. 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»¹⁹, si el tipo ya contempla una cifra de referencia, 1.000 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.

1. Penalidad

El art. 623.1 CP prevé el castigo de la falta de hurto con pena de localización permanente de cuatro a doce 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 núm. 4 del art. 33 CP²⁰ para suprimir del catálogo de

¹⁸ Así Francisco MUÑOZ CONDE, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES y Francisco MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Madrid, Destino, 1983, p. 147.

¹⁹ *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, op. cit., p. 20.

²⁰ Se modifica el apartado 4 del art. 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.

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 núm. 3 del mismo artículo para revisar los límites temporales de la pena de localización permanente, de conformidad con el art. 40.2 ACP, el límite máximo de esta pena pasa de ciento ochenta 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 satisficiera, 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 económicos²¹. Aunque el sis-

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».

²¹ En tanto que, como bien afirma REBOLLO VARGAS, «una reacción penal adecuada no

tema 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 dos a tres meses. Como hemos visto, el apoderamiento de una cosa cuyo valor no supere los 400 euros 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 aplican 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».

IV. 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), en 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 sujeto 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.

puede consistir siempre en el endurecimiento de la respuesta punitiva». Véase Rafael REBOLLO VARGAS, «Reflexiones y propuestas sobre el tratamiento penal y procesal de la pequeña delincuencia patrimonial», *EPC*, núm. 31, 2011, p. 583.

²² En sentido contrario parece manifestarse la FGE al considerar que este catálogo de

1. Por razón del objeto material: conducciones de suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones

En el texto actual del núm. 2 del art. 235 se contienen dos circunstancias en las que se hace referencia a un determinado objeto material y una concreta consecuencia²³. En primer lugar, el apoderamiento 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 núm. 2 seguirá regulando la cualificación por el apoderamiento de cosas de primera necesidad que cause una situación de desabastecimiento, mientras que el núm. 3 contendrá la cualificación por el apoderamiento de conducciones 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 susstracción 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.

agravantes no sólo son aplicables al hurto, sino también «a todas las modalidades de robo» (*Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal*, diciembre de 2012, p. 208).

²³ Para un estudio más detallado de estas circunstancias véanse, entre otros, Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 108 y ss.; Mercedes GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 155 y ss.; Juan PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, Edersa, 1995, pp. 389 y ss., y Julio J. TASENDE CALVO, «Los hurto cualificados», en Julio J. TASENDE CALVO (dir.), *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 27 y ss.

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, consecuentemente, 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 cuatro años, dos meses y un día a seis años²⁵.

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

²⁴ Doctrina y jurisprudencia se han mostrado críticos con la introducción de estas modalidades de desórdenes públicos tanto por su dudosa legalidad [véase, por todos, Ramón M. GARCÍA ALBERO, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, t. II, *Artículos 234 a DF 7.ª*, 6.ª ed., Pamplona, Thomson Reuters, 2011, p. 1654], como por la gravedad de la pena, que si bien se justificaba en años subsiguientes a la guerra civil «dada la proliferación de estas conductas y escasez de los materiales de que habla el precepto, propio de la economía autárquica de aquella época, tal situación coyuntural desapareció, por lo que razones de política criminal hubieran hecho aconsejable la abolición de la agravación incrustada en esta figura delictiva». Así expresamente STS, Sección 2.ª, de 17 de marzo de 1989 (Id Cendoj: 28079120021989100604; MP: Fernando Díaz Palos).

²⁵ Sobre esta figura delictiva véanse los trabajos de Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Algunas consideraciones sobre el tipo de apoderamiento de determinados objetos destinados al servicio público (art. 249.2 CP). A propósito de la línea jurisprudencial que arranca de la STS de 8 de noviembre de 1988», *PJ*, núm. 16, 1989, pp. 177 y ss., y Juan PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, *op. cit.*, pp. 398 y ss.

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 del 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 párrafo 2.º del art. 249 y, o los tipos básicos de hurto o robo, o sus correspondientes tipos cualificados, en tanto que ninguno de los preceptos abarcan por sí solos todo el desvalor de la conducta²⁶. Por otro lado, la jurisprudencia también presentaba dos soluciones: «Entender que el hurto o robo agravados sólo deben entrar en aplicación cuando se proyecten sobre objetos no comprendidos en el art. 249 (criterio 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 sólo 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 aquella finalidad primordial (criterio subjetivo)»²⁷. En aplicación del criterio objetivo, el hurto o robo agravados tendrían un carácter residual, reduciendo su aplicación al apo-

²⁶ Sobre las distintas soluciones aportadas por la doctrina véanse, ampliamente, Miguel BAJO FERNÁNDEZ, Mercedes PÉREZ MANZANO y Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, pp. 88 y ss.; Juan PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, *op. cit.*, pp. 404 y ss., y Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Algunas consideraciones sobre el tipo de apoderamiento de determinados objetos destinados al servicio público (art. 249.2 CP). A propósito de la línea jurisprudencial que arranca de la STS de 8 de noviembre de 1988», *op. cit.*, pp. 185 y ss.

²⁷ STS, Sección 2.ª, de 17 de marzo de 1989 (Id Cendoj: 28079120021989100604; MP: Fernando Díaz Palos).

deramiento de cualquier objeto destinado al servicio público, pero distinto de los mencionados en el art. 249²⁸.

La jurisprudencia optó mayoritariamente²⁹ por el criterio subjetivo, que fundamentalmente coincide con el principio de especialidad, al entender que «cuando los sustractores del material reseñado en el art. 249 obren con el decidido propósito, con el dolo específico y directo, de 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 art. 514, adobado con el art. 515 y con la circunstancia 1.ª del art. 516 en el caso de que se trate de cosas destinadas a un servicio público o se produjera una grave perturbación del mismo»³⁰. 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 cualificados de hurto o robo con fuerza en las cosas³¹. En estos últimos casos, la mayoría de los supuestos a los que se

²⁸ Véase STS, Sección 1.ª, de 8 de noviembre de 1988 (Id Cendoj: 28079120011988100811; MP: José Hermenegildo Moyna Menguez), y el comentario a la misma de Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Algunas consideraciones sobre el tipo de apoderamiento de determinados objetos destinados al servicio público (art. 249.2 CP). A propósito de la línea jurisprudencial que arranca de la STS de 8 de noviembre de 1988», *op. cit.*, pp. 185 y ss.

²⁹ Si bien la mayoría de la jurisprudencia se mostraba de acuerdo en que se trataba de un aparente concurso de normas, un sector minoritario entendía que al tratarse de bienes jurídicos diferentes, y como «mejor manera de dar respuesta acorde con el doble desvalor de la acción, debe castigarse como un supuestos de concurso ideal de delitos» [Voto particular de Manzanares Samaniego a la STS, Sección 2.ª, de 17 de marzo de 1989 (Id Cendoj: 28079120021989100604; MP: Fernando Díaz Palos), y en el mismo sentido, STS, Sección 1.ª, de 26 de marzo de 1991 (Id Cendoj: 28079120011990107739; MP: Enrique Bacigalupo Zapater)].

³⁰ Así, entre otras, SSTS, Sección 1.ª, de 18 de enero de 1989 (Id Cendoj: 28079120011989105869; MP: Eduardo Moner Muñoz); Sección 1.ª, de 21 de febrero de 1989 (Id Cendoj: 28079120011989104971; MP: Luis Vivas Marzal); Sección 1.ª, de 22 de marzo de 1990 (Id Cendoj: 28079120011990105177; MP: José Hermenegildo Moyna Menguez), y Sección 1.ª, de 31 de enero de 1991 (Id Cendoj: 28079120011991107010; MP: Francisco Soto Nieto).

³¹ STS, Sección 2.ª, de 17 de marzo de 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 del 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 del Código Penal» [STS, Sección 1.ª, de 26 de marzo de 1990 (Id Cendoj: 28079120011990107739; MP: Enrique Bacigalupo Zapater)].

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 superados³². 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 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 policía³³. Y así también, se ha condenado 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 en un hospi-

³² Tal como ya lo había propuesto la doctrina, precisamente para evitar los problemas interpretativos que generaba la concurrencia de ambos preceptos. Así, entre otros, Juan PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, *op. cit.*, p. 412. En el mismo sentido, Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, *op. cit.*, p. 111.

³³ SAP Las Palmas de Gran Canarias, Penal, Sección 1.ª, de 28 de junio de 2012 (Id Cendoj: 35016370012012100305; MP: Inocencia Eugenia Cabello Díaz). Véanse también SAP Burgos, Penal, Sección 1.ª, de 25 de noviembre de 2010 (Id Cendoj: 09059370012010100587; MP: Francisco Manuel Marín Ibáñez); SAP Almería, Penal, Sección 3.ª, de 25 de marzo de 2011 (Id Cendoj: 04013370032011100145; MP: Tarsila Martínez Ruiz), y SAP Madrid, Penal, Sección 7.ª, de 9 de julio de 2012 (Id Cendoj: 28079370072012100562; MP: María Luisa Aparicio Carril).

tal, procedieron a cortar trozos de cable de cobre de una de las bobinas de cableado que se encontraba en su interior³⁴.

Ahora bien, para la aplicación del tipo cualificado del art. 235.2 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 éste 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 las farolas de cables eléctricos en una urbanización que se estaba construyendo³⁵, o el apropiarse de cables para el tendido telefónico que prestaba servicio de telefonía a una localidad³⁶, o por robo 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 zona³⁷, 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 catenaria³⁸.

Por el contrario, se aplica este tipo cualificado cuando en el respectivo procedimiento judicial queda probado que el hurto o el robo de las

³⁴ SAP Burgos, Penal, Sección 1.ª, de 10 de septiembre de 2012 (Id Cendoj: 09059370012012100398; MP: Francisco Manuel Marín Ibáñez). Véanse también, entre otras, SAP Huelva, Penal, Sección 3.ª, de 9 de junio de 2011 (Id Cendoj: 21041370032011100286; MP: Luis Guillermo García-Valdecasas y García-Valdecasas); SAP Madrid, Penal, Sección 4.ª, de 1 de enero de 2012 (Id Cendoj: 28079370042012100108; MP: Eduardo Jiménez-Clavería Iglesias); SAP Valencia, Penal, Sección 3.ª, de 10 de enero de 2012 (Id Cendoj: 46250370032012100004; MP: Lucía Sanz Díaz), y SAP Madrid, Penal, Sección 30.ª, de 28 de julio de 2012 (Id Cendoj: 28079370302012100353; MP Ignacio José Fernández Soto).

³⁵ SAP Cádiz, Penal, Sección 4.ª, de 23 de enero de 2012 (Id Cendoj: 11012370042012100041; MP: María Inmaculada Montesinos Pidal).

³⁶ SAP Burgos, Penal, Sección 1.ª, de 15 de diciembre de 2010 (Id Cendoj: 09059370012010100625; MP: Francisco Manuel Marín Ibáñez). Véase, sin embargo, la STS en la que, desestimando una sentencia en la que se había condenado por desórdenes públicos, castiga por el delito de hurto cualificado de los arts. 514 y 515.1 del antiguo Código Penal, a pesar de que en la misma sentencia se reconoce que el apoderamiento de una determinada cantidad de cable del tendido de la línea telegráfica no produjo la interrupción ni la incomunicación del servicio [STS, Sección 1.ª, de 17 de abril de 1990 (Id Cendoj: 28079120011990108654; MP: Siro Francisco García Pérez)].

³⁷ SAP Sevilla, Penal, Sección 3.ª, de 19 de enero de 2012 (Id Cendoj: 41091370032012100018; MP: Luis Gonzaga De Oro-Pulido Sanz).

³⁸ SAP Zaragoza, Penal, Sección 1.ª, de 28 de julio de 2008 (Id Cendoj: 50297370012008100431; MP: Antonio Eloy López Millán).

conducciones del suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones ha supuesto efectivamente un grave quebranto al mismo³⁹. 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 la sustracción de los cables del tendido eléctrico que alteraron gravemente el servicio de alumbrado público⁴¹.

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 los mismos o por particulares, como, por ejemplo, el suministro de electricidad, de telefonía, etcétera⁴².

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,

³⁹ Razón por la que no compartimos lo afirmado en el informe de la FGE en el sentido de 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 de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, op. cit.*, p. 208).

⁴⁰ SSTS, Sección 1.ª, de 8 de noviembre de 1988 (Id Cendoj: 28079120011988100811; MP: José Hermenegildo Moyna Menguez); Sección 1.ª, de 18 de enero de 1989 (Id Cendoj: 28079120011989105869; MP: Eduardo Moner Muñoz); Sección 1.ª, de 21 de febrero de 1989 (Id Cendoj: 28079120011989104971; MP: Luis Vivas Marzal); Sección 2.ª, de 17 de marzo de 1989 (Id Cendoj: 28079120021989100604; MP: Fernando Díaz Palos); Sección 1.ª, de 31 de enero de 1991 (Id Cendoj: 28079120011991107010; MP: Francisco Soto Nieto); Sección 1.ª, de 19 de enero de 1993 (Id Cendoj: 28079120011993109015; MP: Joaquín Delgado García), y SAP Barcelona, Penal, Sección 5.ª, de 14 de febrero de 2011 (Id Cendoj: 08019370052011100083; MP: María Magdalena Jiménez Jiménez).

⁴¹ SSTS, Sección 1.ª, de 22 de marzo de 1990 (Id Cendoj: 28079120011990105177; MP: José Hermenegildo Moyna Menguez); Sección 1.ª, de 20 de noviembre de 1991 (Id Cendoj: 28079120011991108654; MP: Fernando Díaz Palos); SAP Jaén, Penal, Sección 2.ª, de 12 de diciembre de 2011 (Id Cendoj: 23050370022011100461; MP: Rafael Morales Ortega), y SAP Zaragoza, Penal, Sección 6.ª, de 29 de mayo de 2012 (Id Cendoj: 50297370062012100276; MP: Carlos Lasala Albasini).

⁴² Así, entre otros, Mercedes GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto, op. cit.*, p. 156, y Juan PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, op. cit.*, pp. 392 y ss.

siempre que la sustracción de las mismas supongan 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 al suministro⁴³. 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 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 función⁴⁴, por lo que no basta que sean destinadas al servicio público prestado por la Administración o por los concesionarios en régimen de contratación 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.

2. Por razón de la víctima: cuando se realice abusando de la situación de desamparo de la víctima o aprovechando 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

El núm. 4 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 circunstancias, siendo

⁴³ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *op. cit.*, pp. 108 y ss.

⁴⁴ En este sentido, Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, *op. cit.*, p. 111; Mercedes GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, *op. cit.*, p. 156; Gonzalo QUINTERO OLIVARES, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, t. II, *Artículos 234 a DF 7.º*, *op. cit.*, p. 40, y Julio J. TASENDE CALVO, «Los hurto cualificados», *op. cit.*, p. 29.

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 delito⁴⁵. 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 psíquica⁴⁶, ceguera⁴⁷, enfermedad⁴⁸, desvalimiento por la corta o avanzada edad⁴⁹, minusvalía o inconsciencia, etc. Ahora bien, doctrina y jurisprudencia 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 ésta⁵⁰.

El Anteproyecto prevé otras circunstancias que, al igual que la anterior, hacen referencia a la víctima y que suponen una mayor facilidad para la

⁴⁵ Véanse ampliamente al respecto Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, *op. cit.*, p. 116; Mercedes GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, *op. cit.*, p. 161; *id.*, «De los hurtos», *op. cit.*, p. 648; Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, *op. cit.*, p. 391; Gonzalo QUINTERO OLIVARES, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, t. II, *Artículos 234 a DF 7.ª*, *op. cit.*, p. 41, y Julio J. TASENDE CALVO, «Los hurto cualificados», *op. cit.*, p. 51.

⁴⁶ SAP Zaragoza, Penal, Sección 6.ª, de 17 de junio de 2008 (Id Cendoj: 50297370062008100058; MP: Carlos Lasala Albasini).

⁴⁷ SAP Las Palmas de Gran Canarias, Penal, Sección 2.ª, de 17 de septiembre de 2009 (Id Cendoj: 35016370022009100588; MP: María del Pilar Verastegui Hernández).

⁴⁸ SAP Mallorca, Penal, Sección 2.ª, de 28 de julio de 1998 (Id Cendoj: 07040370021998100252; MP: Antonio Martínez Sanchez).

⁴⁹ STS, Sección 1.ª, de 20 de junio de 2004 (Id Cendoj: 28079120012004100772; MP: José Manuel Maza Martín), y SAP Madrid, Penal, Sección 7.ª, de 24 de octubre de 2005 (Id Cendoj: 28079370172005100594; MP: Jacobo Vigil Levi).

⁵⁰ Así, entre otros, Julio J. TASENDE CALVO, «Los hurto cualificados», *op. cit.*, p. 521.

comisión del hurto o robo, pero la diferencia fundamental está en que ya no se trata 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, que ésta sea aprovechada de forma consciente por el sujeto activo.

3. Por razón del sujeto activo: cuando el autor actúe con profesionalidad

1. 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 agra-

⁵¹ Adela ASÚA BATARRITA, *La reincidencia. Su evolución legal, doctrina y jurisprudencia en los Códigos españoles del siglo XIX*, op. cit., p. 455. En el mismo sentido, Sara AGUADO LÓPEZ, *La mutirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, Madrid, Iustel, 2008, p. 19, y Gonzalo QUINTERO OLIVARES, «El hurto», op. cit., p. 1146.

vantes genéricas previsto en el art. 10, la reiteración⁵², la reincidencia⁵³ y la multirreincidencia⁵⁴. Por otro, 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. 515.4), además de preverse un tipo cualificado cuando el sujeto fuere dos veces reincidente (art. 516.3)⁵⁵.

2. 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 multirreincidencia⁵⁷. En lo que al hurto se refiere, desaparece 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 expli-

⁵² Según el núm. 14 de este artículo hay reiteración cuando al delinquir el culpable hubiere sido castigado por el delito al que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquélla señale pena menor.

⁵³ Tras la reforma de 1978, mediante LO 81/1978, de 28 de diciembre, el núm. 15 disponía que hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título de este Código.

⁵⁴ La multirreincidencia podía apreciarse cuando al delinquir el sujeto hubiere sido ejecutoriamente condenado por dos o más delitos de los mencionados anteriormente en varias sentencias, siempre que en alguna de ellas se hubiere apreciado ya la circunstancia de reincidencia.

⁵⁵ Sobre los antecedentes de esta modalidad de hurto véase ampliamente el trabajo de Adela ASÚA BATARRITA, *La reincidencia. Su evolución legal, doctrina y jurisprudencia en los Códigos españoles del siglo XIX, op. cit.*, pp. 380 y ss. Sobre la regulación anterior a la reforma de 1983 véase Cristina GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 20 y ss.

⁵⁶ Aunque, como pone de manifiesto la doctrina en la nueva agravante de reincidencia, se sigue manteniendo la distinción entre la agravante genérica por reiteración y la específica por reincidencia. Véanse al respecto Elena B. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político-criminales*, Granada, Comares, 1999, pp. 29 y ss., y José María RODRÍGUEZ DEVESA y Alfonso SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, 16.ª ed., Madrid, Dykinson, 1993, p. 745.

⁵⁷ Así, el art. 61.6 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 en el caso de que concurra la agravante decimoquinta del art. 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 conveniente».

⁵⁸ Como pone de manifiesto QUINTERO OLIVARES, esta figura pretendía conseguir unos efectos propios de la reincidencia en el delito «aun cuando el autor sólo hubiera cometido una falta, pero que por su naturaleza, similar a los antecedentes, permitiera ya calificarlo como delincuente común contra la propiedad» (Gonzalo QUINTERO OLIVARES, «El hurto», *op. cit.*, p. 1147).

can 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 delictiva⁵⁹.

3. Dentro de este breve repaso por el tratamiento de la reiteración delictiva cobran especial importancia los Proyectos de Código Penal de 1980⁶⁰ y 1992⁶¹, en los que pueden encontrarse los precedentes 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 periodo de internamiento, el Tribunal podrá acordar el cumplimiento de determinadas prohibiciones u obligaciones⁶². 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 penal⁶³. Aunque la doctrina recibió con cierta neutralidad la propuesta de esta nueva modalidad de hurto

⁵⁹ 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.

⁶⁰ Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, *BOCG*, I Legislatura, núm. 108-1, 17 de enero de 1980.

⁶¹ Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992, *BOCG*, IV Legislatura, núm. 102-1, 23 de septiembre de 1992.

⁶² Como, por ejemplo, las de residencia, portar armas, entre otras.

⁶³ 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».

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 circunstancias ajenas al injusto cometido, le alcanzan las mismas dudas de constitucionalidad que a aquélla»⁶⁴.

4. La Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, destaca la problemática de la «delincuencia que reiteradamente comete sus 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 CP una nueva agravante de reincidencia cualificada que posibilita elevar la pena prevista para el delito en cuestión en un grado⁶⁵ 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 euros⁶⁶. Para aplicar este precepto ninguna de las cuatro faltas debe haber sido juzgada anteriormente ni menos aún prescrito⁶⁷. Como se observará, esta reforma vuelve a introducir, con ciertos matices, la agravante de multirreincidencia y el castigo

⁶⁴ Así, expresamente, Juan José GONZÁLEZ RUS, «La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio: consideraciones críticas», *EPC*, núm. 16, 1993-1994, p. 151. Esta modalidad de hurto ya se contemplaba en el art. 236 del Proyecto de Código Penal de 1980, que prevé el castigo de la falta de hurto como delito cuando el «culpable hubiere sido anteriormente condenado por delito contra el patrimonio de carácter lucrativo, o por dos o más faltas de igual clase».

⁶⁵ Un amplio análisis sobre esta modalidad delictiva puede encontrarse Sara AGUADO LÓPEZ, *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, *op. cit.*, pp. 16 y ss.

⁶⁶ Véase ampliamente al respecto Mercedes ALONSO ÁLAMO, «Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia», en Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Manuel GURDIEL SIERRA y Emilio CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 55 y ss.; Mercedes GARCÍA ARÁN, «De los hurtos», *op. cit.*, pp. 641 y ss.; ID., «La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa», *op. cit.*, pp. 1002 y ss.; Juan José GONZÁLEZ RUS, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (II). El hurto», en Manuel COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 447, y María José JIMÉNEZ DÍAZ, «Los nuevos tipos de “habitualidad” en las lesiones, hurto y robo de uso», en Juan Carlos CARBONELL MATEU (coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 531 y ss.

⁶⁷ En este sentido, Circular 2/2003, de 18 de diciembre, de la FISCALÍA GENERAL DEL

como delito de la comisión de faltas de hurto que fueron derogadas tras la reforma de 1983 del texto del CP de 1973⁶⁸.

5. El Proyecto de Ley Orgánica por el 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»⁶⁹. Preocupación que se traduce en la propuesta de 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 vigilada⁷⁰. 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.

6. 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, «ha generado una especial inseguridad ciudadana en los últimos tiempos»⁷¹. 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 pueden haber prescrito o cancelado los

ESTADO, sobre la aplicación práctica del nuevo delito consistente en la reiteración de cuatro faltas homogéneas.

⁶⁸ Así, en este sentido, Rafael REBOLLO VARGAS, «Reflexiones y propuestas sobre el tratamiento penal y procesal de la pequeña delincuencia patrimonial», *op. cit.*, p. 565.

⁶⁹ BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 119-1, de 15 de enero de 2007.

⁷⁰ Véase ampliamente al respecto Juana DEL CARPIO DELGADO, «La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 27, 2012, pp. 155-193, e *ídem.*, «La medida de libertad vigilada para adultos», *Revista de Derecho Penal*, núm. 36, 2012, pp. 21-65.

⁷¹ La misma razón que el grupo parlamentario socialista cuestionaba en el debate de la LO 11/2003 al alegar que esa inseguridad ciudadana «es el fruto de más de un lustro de abandono de las políticas sociales y de deterioro del servicio público de seguridad en beneficio de la seguridad privada» (enmienda núm. 6, BOCG, VII Legislatura, Serie A, 13 de mayo de 2003, p. 26).

antecedentes penales de sus autores⁷², 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 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 semana⁷³.

7. En el Anteproyecto de 2012 permanece inalterada la regulación de la agravante de reincidencia genérica del art. 22.8 CP, así como la habitualidad del art. 94 CP, pero se deroga la agravante de multirreincidencia prevista en el art. 66.5. 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 delincuente, 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 doctrina⁷⁴, supone, en la práctica, que, al contrario de lo que sucede con la concurrencia de cualquier otra circunstancia agravante que obliga a imponer la pena en su mitad superior, el órgano sentenciador tiene la posibilidad de apreciar o no la reincidencia en atención a las demás circunstancias concurrentes en el hecho y en el autor del mismo. Sin embargo, aunque la propuesta de regulación de la reincidencia es conside-

⁷² En este sentido, Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., p. 386.

⁷³ Así, Mercedes GARCÍA ARÁN, «La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa», op. cit., p. 1007; María Jesús GUARDIOLA LAGO, «La reforma penal en el delito y falta de hurto (arts. 234, 235 y 623.1)», op. cit., p. 266, y Patricia FARALDO CABANA, «Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010», op. cit., p. 4.

⁷⁴ Así, Adela ASÚA BATARRITA, *La reincidencia. Su evolución legal, doctrina y jurisprudencia en los Códigos españoles del siglo XIX*, op. cit., p. 461. En el mismo sentido DIEZ 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 razonamiento preventivos adquieran autonomía más allá del marco establecido por la culpabilidad (José Luis DIEZ RIPOLLÉS, «Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992», *Jueces para la Democracia*, núm. 16-17, 1992, p. 95).

blemente 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 doctrina⁷⁵, 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 supresión 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 núm. 6 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 proveer 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 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 con-

⁷⁵ Así, entre otros, Mercedes GARCÍA ARÁN, *Criterios de determinación de la pena en el Derecho penal español*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 1982, p. 98; Santiago MIR PUIG, *La reincidencia en el Código Penal. Análisis de los arts. 10.14, 10.15, 61.6 y 516.3*, Barcelona, Bosch, 1974, pp. 537 y ss., y Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Introducción al Derecho penal. Parte General*, Barcelona, Barcanova, 1981, p. 278.

⁷⁶ De acuerdo con la propuesta defendida por Elena B. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político-criminales*, op. cit., pp. 380 y ss.

denados 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 robo con fuerza con la finalidad de sustentarse económicamente del producto o beneficios que éstos 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»⁷⁷, que, como hemos visto, ya ha sido utilizado en otras normas o proyectos de normas⁷⁸, 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 reiterada 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 de que, en caso de reiteración de faltas de hurto, los «delincuentes profesionales» son condenados por «meras faltas»⁷⁹. Por otro lado, cuando se trata de la falta rei-

⁷⁷ Así, en el informe al anteproyecto, el CGPJ advierte sobre la impropiedad del uso del término «profesionalidad» anudado a una actividad ilícita (*Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, op. cit., p. 187).

⁷⁸ Término que, por cierto, es utilizado en el art. 105 del Código Penal italiano para describir al sujeto que vive habitualmente del delito. Véase al respecto Giorgio MARINUCCI y Emilio DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 4.^a ed., Milano, Giuffrè, pp. 669 y ss.

⁷⁹ Así también la FGE para quien con la normativa vigente estos hechos no superarían la calificación de falta (*Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal*, op. cit., p. 210).

terada, aunque no se establece un número mínimo de éstas, bastando 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 euros, o varias faltas que superen los 400 euros, 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 euros⁸⁰.

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 para el delito habitual de hurto antes de la reforma del Código Penal de 2010, 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 podrían tener en cuenta los actos de apoderamiento sobre los que hubiera recaído sentencia condenatoria o los que hubieren prescrito (cinco años cuando 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, si podrían 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 éstos. Si una de las peculiaridades de esta cir-

⁸⁰ Así, expresamente, María Jesús GUARDIOLA LAGO, «La reforma penal en el delito y falta de hurto (arts. 234, 235 y 623.1)», *op. cit.*, p. 266. En el mismo sentido, Patricia FARALDO CABANA, «Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010», *op. cit.*, p. 4, y Mercedes GARCÍA ARÁN, «La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa», *op. cit.*, p. 1007.

cunstancia 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 mencionado 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, mas 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»⁸¹. 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 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.

⁸¹ Así, Francisco MUÑOZ CONDE, «El nuevo Derecho penal autoritario», en Mario G. LOSANO y Francisco MUÑOZ CONDE (coords.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo: «Cedant arma togae»*. Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo, abril de 2003, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 174 y ss.

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 los 1.000 euros 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 corresponderían 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 superan los 1.000 euros o uno de éstos es constitutivo del tipo básico de 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 dieciocho 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»⁸². 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.

⁸² Gerardo LANDROVE DÍAZ, «Marginación y delincuencia patrimonial», *op. cit.*, p. 277.

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. 235.5 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 dieciséis 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 años⁸³, 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 delito⁸⁴.

La intervención en el hurto o robo con fuerza de los menores de dieciocho años y mayores de catorce, 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 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,

⁸³ En este sentido, Patricia FARALDO CABANA, «Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010», *op. cit.*, p. 3.

⁸⁴ Así, entre otros, Mercedes GARCÍA ARÁN, «La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa», *op. cit.*, p. 1008, y Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, *op. cit.*, p. 391.

⁸⁵ En este sentido, Mercedes GARCÍA ARÁN, «La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa», *op. cit.*, p. 1007.

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 supuestos 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 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 diecinueve años que realiza conjuntamente un delito de hurto con otro menor de dieciséis 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 dieciocho 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 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.

V. TIPOS CUALIFICADOS 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.

1. Cuando los intervinientes en el delito porten un 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 circunstancia⁸⁶. 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 armas⁸⁷.

A pesar de 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 sólo agravaba a los delitos de robo con fuerza, violencia o intimidación⁸⁸, mientras que, según el segundo Proyecto, sólo era aplicable al robo con fuerza en las cosas⁸⁹ y al hurto⁹⁰.

⁸⁶ En este sentido véanse Miguel BAJO FERNÁNDEZ, Mercedes PÉREZ MANZANO y Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, op. cit., p. 164; José María RODRÍGUEZ DEVESA y Alfonso SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 16.ª ed., Madrid, Dykinson, 1993, p. 458, y Luis F. RUIZ ANTÓN, «Los robos con fuerza en las cosas», en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código Penal de 1983*, t. V, vol. II, *Libros II y III del Código Penal*, Madrid, Edersa, 1985, p. 1110.

⁸⁷ Así, entre otros, Miguel BAJO FERNÁNDEZ, Mercedes PÉREZ MANZANO y Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, op. cit., p. 165, y José María RODRÍGUEZ DEVESA y Alfonso SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 459. De otra opinión es 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 medio que posibilite o asegure el apoderamiento (Luis F. RUIZ ANTÓN, «Los robos con fuerza en las cosas», op. cit., p. 1113).

⁸⁸ El art. 246.3 disponía que son «circunstancias agravantes en los delitos de robo», ejecutarlos portando armas.

⁸⁹ El art. 244.1 prevé que «se impondrá la pena de prisión de tres a seis años si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el art. 238».

⁹⁰ 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».

De conformidad con el art. 235 bis, 1.1.^a, 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 intervinientes en éste, sean autores o partícipes⁹¹.

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 euros y con ánimo de lucro se apodera de él, y en el momento de los hechos el sujeto portaba una navaja de ocho centímetros 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

⁹¹ Así, Ricardo MATA Y MARTÍN, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 139 y ss., y José Ramón SORIANO SORIANO, *Las agravantes específicas comunes al robo y hurto (legislación vigente y Proyecto de 1992)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, pp. 97 y ss.

⁹² Armas o instrumentos que si se utilizan para atemorizar a la víctima y conseguir el apoderamiento pueden dar lugar a un delito de robo con intimidación.

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 esperamos 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 punitivo⁹³. 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 que 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

⁹³ Precisamente por ello, el informe del Consejo Fiscal considera necesario hacer alguna matización en el supuesto aplicativo de esta agravación (*Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, op. cit.*, p. 210).

⁹⁴ Un detallado análisis sobre la desproporcionalidad de esta cualificación puede encontrarse en *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, op. cit.*, pp. 188 y ss.

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 el orden a seguir por los tribunales en la determinación de la pena 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.

2. Cuando 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 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»⁹⁵. Así, por ejemplo, se da cuenta de organizaciones o grupos especializados en la comisión de robos con fuerza en establecimientos de hostelería, robo de gasoil de camiones estacionados en las áreas

⁹⁵ Circular 2/2011, sobre la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales.

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 en 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, de los delitos de organización o grupo criminal de los arts. 570 bis a 570 quáter, además de la configuración de tipos cualificados que se fundamentan en la pertenencia del autor a una asociación u organización criminal.

Según el art. 515.1 CP son punibles las asociaciones ilícitas que tengan por objeto cometer algún delito o que, 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 asociaciones que tenían como finalidad cometer faltas⁹⁶. Ésta 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 faltas⁹⁷. A pesar de 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».

⁹⁶ Así, entre otros, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, voz «asociación ilícita», en Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Granada, Comares, 2002, p. 108, y Josep María TAMARIT SUMALLA, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Pamplona, Thomson Reuters, 1996, p. 1448.

⁹⁷ Ya que, tal como lo pone de manifiesto JIMÉNEZ DÍAZ, «no se sabe a ciencia cierta si con anterioridad a la LO 11/2003 las asociaciones que tuvieran como finalidad cometer faltas se subsumían en el núm. 1 del art. 515» (María José JIMÉNEZ DÍAZ, *Seguridad ciudadana y Derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 148).

Al igual que con otros aspectos de la mencionada reforma, la doctrina se mostró crítica con la ampliación de este delito a los supuestos de comisión reiterada de faltas⁹⁸, fundamentalmente porque supone una violación al principio de proporcionalidad⁹⁹. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo al considerar que el principio de proporcionalidad «no solamente descarta a 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»¹⁰⁰.

A pesar de 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 cosas¹⁰¹ o robos con violencia o intimidación¹⁰². Supuestos en los que se ha podido comprobar la concurrencia de

⁹⁸ Así, por ejemplo, REBOLLO VARGAS, quien duda de la constitucionalidad del precepto [Rafael REBOLLO VARGAS, en Juan CÓRDOBA RODA y Mercedes GARCÍA ARÁN (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. II, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 2447].

⁹⁹ Así, entre otros, Josep María TAMARIT SUMALLA, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, t. II, *Arts. 234 a DF 7.ª*, 6.ª ed., Pamplona, Thomson Reuters, 2011, p. 1540.

¹⁰⁰ En este sentido, STS, Sección 1.ª, de 23 de octubre de 2006 (Id Cendoj: 28079120012006101082; MP: José Antonio Martín Pallín), que casa la Sentencia de la SAP de las Islas Baleares de 16 de diciembre de 2005 (JUR 2006\42026), que había condenado por asociación ilícita la formada por un grupo de 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, Sección 1.ª, de 10 de abril de 2003 (Id Cendoj: 28079120012003102825; MP: Juan Saavedra Ruiz), en la que se declara la no concurrencia de una asociación ilícita, sino de un supuesto de codelinencia por la falta de una estructura organizativa estable, y STS, Sección 1.ª, de 28 de junio de 2010 (Id Cendoj: 28079120012010100539; MP: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez).

¹⁰¹ SSTS, Sección 1.ª, de 3 de mayo de 2001 (Id Cendoj: 28079120012001103848; MP: Adolfo Prego de Oliver Tolivar); Sección 1.ª, de 25 de noviembre de 2008 (Id Cendoj: 28079120012008100752; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); Sección 1.ª, de 17 de junio de 2009 (Id Cendoj: 28079120012009100707; MP: José Antonio Martín Pallín); Sección 1.ª, de 25 de mayo de 2010 (Id Cendoj: 28079120012010100439; MP: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez); Sección 1.ª, de 28 de mayo de 2010 (Id Cendoj: 28079120012010100429; MP: José Manuel Maza Martín), y Sección 1.ª, de 6 de julio de 2010 (Id Cendoj: 28079120012010100682; MP: Carlos Granados Pérez).

¹⁰² SSTS, Sección 1.ª, de 23 de marzo de 2005 (Id Cendoj: 28079120012005100486; MP: Andrés Martínez Arrieta); Sección 1.ª, de 29 de octubre de 2010 (Id Cendoj: 28079120012010101027; MP: Joaquín Giménez García); Sección 1.ª, de 12 de noviembre de 2012 (Id Cendoj: 28079120012012100857; MP: José Manuel Maza Martín), y Sección 1.ª, de 12 de diciembre de 2012 (Id Cendoj: 28079120012011101326; MP: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro).

los siguientes requisitos¹⁰³: «a) una pluralidad 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 art. 515.1, inciso 1.º, 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, es que éstas deben actuar de forma organizada y duradera. Es la concurrencia de estos elementos la que debe servir para distinguir el delito 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»¹⁰⁴.

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 prue-

¹⁰³ Así, expresamente, STS, Sección 1.ª, de 28 de mayo de 2010 (Id Cendoj: 28079120012010100429; MP: José Manuel Maza Martín). Véanse también, entre otras, SSTS, Sección 1.ª, de 23 de marzo de 2005 (Id Cendoj: 28079120012005100486; MP: Andrés Martínez Arrieta); Sección 1.ª, de 25 de noviembre de 2008 (Id Cendoj: 28079120012008100752; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); Sección 1.ª, de 25 de mayo de 2010 (Id Cendoj: 28079120012010100439; MP: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez); Sección 1.ª, de 4 de octubre de 2011 (Id Cendoj: 28079120012011100996; MP: José Ramón Soriano Soriano), y Sección 1.ª, de 12 de noviembre de 2012 (Id Cendoj: 28079120012012100857; MP: José Manuel Maza Martín).

¹⁰⁴ STS, Sección 1.ª, de 10 de abril de 2003 (Id Cendoj: 28079120012003102825; MP: Juan Saavedra Ruiz).

ba la escasa aplicación del vigente art. 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 art. 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 por ser un tipo residual o subsidiario a aplicar cuando la pertenencia no pueda incardinarse en una organización.

¹⁰⁵ Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE no comparte la justificación dada en la Exposición de Motivos de la mencionada LO para incorporar estos tipos delictivos, ya que, en su opinión, el delito de asociación delictiva tiene una excesiva amplitud, por lo que carece de sentido que se siga manteniendo el delito de asociación ilícita junto con el de organización criminal (Franciso MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 911). Mientras que, en opinión de GARCÍA RIVAS, la restrictiva aplicación del delito de asociación ilícita por parte de los tribunales «ha generado la proliferación de subtipos agravados consistentes —precisamente— en la pertenencia del autor a una organización criminal» [Nicolás GARCÍA RIVAS, «Organización y grupos criminales», en Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA y José Luis GONZÁLEZ CUSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 505]. En el mismo sentido, Ramón M. GARCÍA ALBERO, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, t. II, *Artículos 234 a DF 7.ª, op. cit.*, p. 1701; María José MAGALDI PATERNOSTRO, «Organizaciones y grupos criminales: una regulación penal desafortunada», *RJC*, núm. 4, 2011, p. 67, y Josep María TAMARIT SUMALLA, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, t. II, *Arts. 234 a DF 7.ª, op. cit.*, p. 1538.

¹⁰⁶ Véanse al respecto Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial, op. cit.*, pp. 909 y ss., y María José MAGALDI PATERNOSTRO, «Organizaciones y grupos criminales: una regulación penal desafortunada», *op. cit.*, pp. 960 y ss.

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, 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, 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 ésa fuera la intención del prelegislador lo hubiese previsto expresamente, tal como sucede en los tipos cualificados de los delitos 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 a 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 pertenezcan 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 tienen por qué excluirse supuestos en los que los sujetos pertenezcan 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 informes 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 el núm. 2 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 art. 8». Es decir, este concurso de leyes se resolvería por aplicación 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 sancio-

¹⁰⁷ Véase ampliamente al respecto Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit., pp. 910 y ss.

¹⁰⁸ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, op. cit., p. 190.

¹⁰⁹ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, op. cit., p. 211.

na 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.

3. Cualificación por la concurrencia de dos o más circunstancias

El texto refundido 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 1 y 2 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 art. 235.

¹¹⁰ Supresión que fue considerada como positiva dada la gravedad de la pena con que se castigaba el hurto cualificado. En este sentido, Carmen 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», *AP*, núm. 27, 1999, p. 526.

¹¹¹ Así, entre otros, Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, *op. cit.*, p. 388. De otra opinión es SALINERO ALONSO, ya que, desde su punto de vista, «las circunstancias específicas no pueden transformarse en genéricas y mucho menos a efectos de agravar la pena» (Carmen 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», *op. cit.*, p. 527).

La penalidad prevista es excesiva. La mitad superior de la prisión de dos a cuatro años supone una pena de prisión de tres años y 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 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.

VI. HURTO DE POSESIÓN O *FURTUM POSSESSIONIS*: 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 núm. 1 del art. 236. Además, se añade un núm. 2 para regular la modalidad de escasa gravedad, en términos muy parecidos al hurto como delito leve a cuyo análisis nos remitimos.

VII. LA LIBERTAD VIGILADA PARA LOS CONDENADOS POR HURTO: ART. 236 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 pospenitenciaria. Cuando se trata de 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 pospenitenciaria 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 deben 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. 95.1.2 CP. El problema se centra en la libertad vigilada pospenitenciaria 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 pospenitenciaria 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 éstos 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 vigilada¹¹², como, por ejemplo, los supuestos de criminalidad violenta, a los delincuentes reincidentes o habi-

¹¹² 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 (Ramón M. GARCÍA ALBERO, «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 (Miguel Ángel 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, p. 312).

tuales¹¹³, los psicópatas¹¹⁴, o para los delitos relacionados con la violencia de género¹¹⁵.

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 es 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 sea¹¹⁶.

Si bien resulta positivo el hecho de que en el Anteproyecto la libertad vigilada pospenitenciaria 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 eng-

¹¹³ SANZ MORÁN considera criticable la desvinculación de la libertad vigilada del problema de la habitualidad criminal y su tratamiento, haciendo hincapié en que tanto el Derecho comparado como algunas propuestas doctrinales previas abogan por que esta medida se aplique en supuestos de criminalidad habitual violenta y grave contra bienes jurídicos personales (Ángel J. SANZ MORÁN, «La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal», en *Un derecho penal comprometido. Libro homenaje al profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 1019). Así, también REBOLLO VARGAS cuestiona el por qué no se han incluido otros delitos graves como el narcotráfico o la criminalidad organizada, o a los reincidentes habituales, tal como se prevé en el Proyecto de 2007, «ya que la criminalidad patrimonial de carácter leve es una de las que genera mayores percepciones de inseguridad ciudadana» [Rafael REBOLLO VARGAS, «De las medidas de seguridad», en Juan CÓRDOBA RODA y Mercedes GARCÍA ARÁN (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 853].

¹¹⁴ En opinión de FEJOO SÁNCHEZ, no tiene sentido que a sujetos idóneos para este tipo de medidas, como pueden ser los que padecen una psicopatía, no se les pueda aplicar la medida de libertad vigilada si cometen un asesinato, pero sí, en cambio, si cometen un abuso sexual [Bernardo J. FEJOO SÁNCHEZ, «La libertad vigilada en el Derecho penal de adultos», en Julio DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 234 y ss.].

¹¹⁵ *Informe del grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan*, enero de 2011, pp. 13 y ss., y Santiago MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 9.ª ed. a cargo de GÓMEZ MARTÍN, Barcelona, Reppertor, 2011, p. 799.

¹¹⁶ 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.

lobándose 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 pospenitenciaria 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 (art. 95.1.2 ACP). (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 (quince 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 estimen convenientes 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 deberá 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 condicionada, 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 un máximo de cinco años, un límite temporal aparentemente menor a los previstos en la regulación vigente, de uno a cinco años cuando se trata de delitos menos graves y de cinco a diez años cuando se trata de delitos graves. Decimos un plazo aparentemente inferior porque éste 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»¹¹⁷.

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.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO LÓPEZ, S., *La mutirreincidencia y la conversión de faltas en delito. Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, Madrid, Iustel, 2008.
- ALONSO ÁLAMO, M., «Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia», en E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, M. GURDIEL SIERRA y E. CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- ASÚA BATARRITA, A., *La reincidencia. Su evolución legal, doctrina y jurisprudencia en los Códigos españoles del siglo XIX*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1982.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.; PÉREZ MANZANO, M., y SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2.^a ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993.
- BOLDOVA PASAMAR, M. Á., «Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada», *Revista del Instituto Universitario de Investigación*

¹¹⁷ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, op. cit., p. 140.

- en *Criminología y Ciencias Penales de la UV*, 2009, pp. 290-315 (<http://www.uv.es/recrim>; última visita: 19 de febrero de 2013).
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Algunas consideraciones sobre el tipo de apoderamiento de determinados objetos destinados al servicio público (art. 249.2 CP). A propósito de la línea jurisprudencial que arranca de la STS de 8 de noviembre de 1988», *Revista del Poder Judicial*, núm. 16, 1989, pp. 177-225.
- Voz «asociación ilícita», en D.-M. LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Granada, Comares, 2002.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992», *Jueces para la Democracia*, núm. 16-17, pp. 90-97.
- FARALDO CABANA, P., «Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010», *La Ley Penal*, núm. 81, 2011, 23 pp. (<http://www.laleypenal.laley.es>; última visita: 15 de febrero de 2013).
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «La libertad vigilada en el Derecho penal de adultos», en J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- GARCÍA ALBERO, R. M., «La nueva medida de seguridad de libertad vigilada», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2010.
- en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, t. II, *Artículos 234 a DF 7.ª*, 6.ª ed., Pamplona, Thomson Reuters, 2011.
- GARCÍA ARÁN, M., *Criterios de determinación de la pena en el Derecho penal español*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 1982.
- *El delito de hurto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- «De los hurtos», en J. CÓRDOBA RODA y M. GARCÍA ARÁN (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. I, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- «La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2011.
- GARCÍA RIVAS, N., «Organización y grupos criminales», en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- GONZÁLEZ RUS, J. J., «La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio: consideraciones críticas», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 16, 1993-1994, pp. 127-190.
- «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (II). El hurto», en M. COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, Dykinson, 2005.
- GUARDIOLA GARCÍA, J., «Corrección de errores en el BOE y principio de legalidad en materia penal», *La Ley Penal*, núm. 10, 2004, pp. 51-58 (<http://www.laleypenal.laley.es>; última consulta: 13 de febrero de 2013).

- GUARDIOLA LAGO, M. J., «La reforma penal en el delito y falta de hurto (arts. 234, 235 y 623.1)», en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- GUISASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., «Los nuevos tipos de “habitualidad” en las lesiones, hurto y robo y hurto de uso», en J. C. CARBONELL MATEU (coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson, 2005.
- *Seguridad ciudadana y Derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2006.
- LANDROVE DÍAZ, G., «Marginación y delincuencia patrimonial», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 8, 1983-1984, pp. 257-278.
- LLOBET ANGLÍ, M., «Robo y hurto (delito y falta)», en Í. ORTIZ DE URBINA GIMENO (dir.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, Madrid, 2010.
- MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Organizaciones y grupos criminales: una regulación penal desafortunada», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2011, pp. 63-83.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político-criminales*, Granada, Comares, 1999.
- MARINUCCI, G., y DOLCINI, E., *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 4.^a ed., Milano, Giuffrè, 2012.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Las reformas penales de la LO 15/2003 en el ámbito patrimonial y socioeconómico», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 25, 2004, pp. 217-282.
- MATA Y MARTÍN, R., *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código Penal. Análisis de los arts. 10.14, 10.15, 61.6 y 516.3*, Barcelona, Bosch, 1974.
- *Derecho penal. Parte General*, 9.^a ed. a cargo de GÓMEZ MARTÍN, Barcelona, Repertor, 2011.
- MUÑOZ CONDE, F., en G. QUINTERO OLIVARES y F. MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Madrid, Destino, 1983.
- *Derecho penal. Parte Especial*, 9.^a ed. revisada y puesta al día, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.
- «El nuevo Derecho penal autoritario», en M. G. LOSANO y F. MUÑOZ CONDE (coords.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo: «Cedant arma togae». Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo, abril de 2003*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- *Derecho penal. Parte Especial*, 18.^a ed. revisada y puesta al día, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- PÉREZ ALONSO, J., *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, Edersa, 1995.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Introducción al Derecho penal. Parte General*, Barcelona, Barcanova, 1981.

- «El hurto», en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código Penal de 1983*, t. V, vol. II, *Libros II y III del Código Penal*, Madrid, Edersa, 1985.
- en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, t. II, *Artículos 234 a DF 7.ª*, 6.ª ed., Pamplona, Thomson Reuters, 2011.
- REBOLLO VARGAS, R., «Reflexiones y propuestas sobre el tratamiento penal y procesal de la pequeña delincuencia patrimonial», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 31, 2011, pp. 553-583.
- «De las medidas de seguridad», en J. CÓRDOBA RODA y M. GARCÍA ARÁN (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- en J. CÓRDOBA RODA y M. GARCÍA ARÁN (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. II, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- RODRÍGUEZ DEVESEA, J. M., y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte especial*, 16.ª ed., Madrid, Dykinson, 1993.
- *Derecho penal español. Parte general*, 16.ª ed., Madrid, Dykinson, 1993.
- RUIZ ANTÓN, L. F., «Los robos con fuerza en las cosas», en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código Penal de 1983*, t. V, vol. II, *Libros II y III del Código Penal*, Madrid, Edersa, 1985.
- SALINERO ALONSO, C., «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*, núm. 27, 1999.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., en M. 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*, 2.ª ed., Madrid, Lex Nova, Madrid, 2011.
- SANZ MORÁN, Á. J., «El delito patrimonial continuado y su sinuosa interpretación jurisprudencial», *La Ley Penal*, núm. 67, 2010, 13 pp. (<http://www.laley penal.laley.es>; última visita: 10 de diciembre de 2013).
- «La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal», en *Un derecho penal comprometido. Libro homenaje al profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 25, 2004, pp. 331-360.
- SORIANO SORIANO, J. R., *Las agravantes específicas comunes al robo y hurto (legislación vigente y Proyecto de 1992)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Pamplona, Thomson Reuters, 1996.
- en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, t. II, *Arts. 234 a DF 7.ª*, 6.ª ed., Pamplona, Thomson Reuters, 2011.
- TASENDE CALVO, J. J., «Los hurto cualificados», en J. J. TASENDE CALVO (dir.), *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.

IX. TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

1. Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y fecha</i>	<i>Referencia Cendoj</i>	<i>Magistrado ponente</i>
STS, 1. ^a , 23.05.1987	28079120011987101044	Luis Vivas Marzal
STS, 1. ^a , 13.02.1988	28079120011998102263	Carlos Granados Pérez
STS, 1. ^a , 08.11.1988	28079120011988100811	José Hermenegildo Moyna Menguez
STS, 1. ^a , 18.01.1989	28079120011989105869	Eduardo Moner Muñoz
STS, 1. ^a , 21.02.1989	28079120011989104971	Luis Vivas Marzal
STS, 1. ^a , 17.03.1989	28079120021989100604	Fernando Díaz Palos
STS, 1. ^a , 22.03.1990	28079120011990105177	José Hermenegildo Moyna Menguez
STS, 1. ^a , 26.03.1990	28079120011990107739	Enrique Bacigalupo Zapater
STS, 1. ^a , 17.04.1990	28079120011990108654	Siro Francisco García Pérez
STS, 1. ^a , 31.01.1991	28079120011991107010	Francisco Soto Nieto
STS, 1. ^a , 20.11.1991	28079120011991108654	Fernando Díaz Palos
STS, 1. ^a , 19.01.1993	28079120011993109015	Joaquín Delgado García
STS, 1. ^a , 03.05.2001	28079120012001103848	Adolfo Prego de Oliver Tolivar
STS, 1. ^a , 10.04.2003	28079120012003102825	Juan Saavedra Ruiz
STS, 1. ^a , 20.06.2004	28079120012004100772	José Manuel Maza Martín
STS, 1. ^a , 23.03.2005	28079120012005100486	Andrés Martínez Arrieta
STS, 1. ^a , 23.10.2006	28079120012006101082	José Antonio Martín Pallín
STS, 1. ^a , 25.11.2008	28079120012008100752	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
STS, 1. ^a , 17.06.2009	28079120012009100707	José Antonio Martín Pallín
STS, 1. ^a , 25.05.2010	28079120012010100439	Perfecto Agustín Andrés Ibáñez
STS, 1. ^a , 28.05.2010	28079120012010100429	José Manuel Maza Martín
STS, 1. ^a , 28.06.2010	28079120012010100539	Perfecto Agustín Andrés Ibáñez

<i>Tribunal, Sala y fecha</i>	<i>Referencia Cendoj</i>	<i>Magistrado ponente</i>
STS, 1. ^a , 06.07.2010	28079120012010100682	Carlos Granados Pérez
STS, 1. ^a , 29.10.2010	28079120012010101027	Joaquín Giménez García
STS, 1. ^a , 04.10.2011	28079120012011100996	José Ramón Soriano Soriano
STS, 1. ^a , 12.11.2012	28079120012012100857	José Manuel Maza Martín
STS, 1. ^a , 12.12.2012	28079120012011101326	Alberto Gumersindo Jorge Barreiro

2. Audiencias Provinciales

<i>Tribunal, Sala y fecha</i>	<i>Referencia Cendoj</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP Mallorca, Penal, Sec. 2. ^a , 28.07.1998	C07040370021998100252	Antonio Martínez Sánchez
SAP Madrid, Penal, Sec. 7. ^a , 24.10.2005	28079370172005100594	Jacobo Vigil Levi
SAP Zaragoza, Penal, Sec. 6. ^a , 17.06.2008	50297370062008100058	Carlos Lasala Albasini
SAP Zaragoza, Penal, Sec. 1. ^a , 28.07.2008	50297370012008100431	Antonio Eloy López Millán
SAP Las Palmas de Gran Canarias, Penal, Sec. 2. ^a , 17.09.2009	35016370022009100588	María del Pilar Verastegui Hernández
SAP Burgos, Penal, Sec. 1. ^a , 25.11.2010	09059370012010100587	Francisco Manuel Marín Ibáñez
SAP Burgos, Penal, Sec. 1. ^a , 15.12.2010	09059370012010100625	Francisco Manuel Marín Ibáñez
SAP Barcelona, Penal, Sec. 5. ^a , 14.02.2011	08019370052011100083	María Magdalena Jiménez Jiménez
SAP Almería, Penal, Sec. 3. ^a , 25.03.2011	04013370032011100145	Tarsila Martínez Ruiz
SAP Huelva, Penal, Sec. 3. ^a , 09.06.2011	21041370032011100286	Luis Guillermo García-Valdecasas y García-Valdecasas
SAP Jaén, Penal, Sec. 2. ^a , 12.12.2011	23050370022011100461	Rafael Morales Ortega
SAP Madrid, Penal, Sec. 4. ^a , 01.01.2012	28079370042012100108	Eduardo Jiménez-Clavería Iglesias

<i>Tribunal, Sala y fecha</i>	<i>Referencia Cendoj</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP Valencia, Penal, Sec. 3. ^a , 10.01.2012	46250370032012100004	Lucía Sanz Díaz
SAP Sevilla, Penal, Sec. 3. ^a , 19.01.2012	41091370032012100018	Luis Gonzaga de Oro-Pulido Sanz
SAP Cádiz, Penal, Sec. 4. ^a , 23.01.2012	11012370042012100041	María Inmaculada Montesinos Pidal
SAP Zaragoza, Penal, Sec. 6. ^a , 29.05.2012	50297370062012100276	Carlos Lasala Albasini
SAP Las Palmas de Gran Canarias, Penal, Sec. 1. ^a , 28.06.2012	35016370012012100305	Inocencia Eugenia Cabello Díaz
SAP Madrid, Penal, Sec. 7. ^a , 09.07.2012	28079370072012100562	María Luisa Aparicio Carril
SAP Madrid, Penal, Sec. 30. ^a , 28.07.2012	28079370302012100353	Ignacio José Fernández Soto
SAP Burgos, Penal, Sec. 1. ^a , 10.09.2012	09059370012012100398	Francisco Manuel Marín Ibáñez