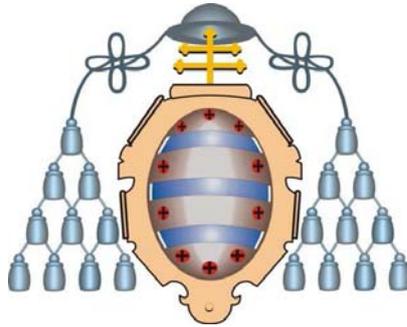


**UNIVERSIDAD DE OVIEDO**



**MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA**

**CURSO 2013/2014**

**TRABAJO FIN DE MÁSTER**

**“EL MARCO PENAL DE LA PEQUEÑA DELINCUENCIA  
PATRIMONIAL Y SUS PERSPECTIVAS DE REFORMA”**

Alumno: IVÁN CORTINA ZAPICO

Director: Don LUIS ROCA DE AGAPITO

Oviedo, 2014

## RESUMEN

El presente estudio pretende un acercamiento a la figura del hurto, a través de un análisis de los elementos caracterizadores del tipo penal a la luz de la evolución doctrinal y jurisprudencial, exponiendo el marco normativo vigente tras las sucesivas reformas del Código Penal de 1995 y analizando las novedades planteadas en la futura reforma penal que se encuentra actualmente en tramitación parlamentaria.

En este sentido, el trabajo gira en torno a una triple comparativa entre el tratamiento penal histórico del hurto en el Código Penal de 1973, el vigente Código Penal de 1995 (con referencia a las importantes modificaciones operadas en 2003 y 2010) y las propuestas recogidas en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal.

*This study aims to an approach to the figure of larceny, through an analysis of the characterizing elements of the crime in the light of doctrinal and developments in case law, exposing the current regulatory framework following successive amendments to the Criminal Code Act 1995, and analyzing the news raised in the next criminal law reform which is currently before Parliament.*

*In this sense, the study focuses a comparison between the historical treatment of larceny in the criminal law 1973, the existing criminal law 1975 (with reference to significant amendments on 2003 and 2010) and the proposals reflected in the Reform Bill.*

# ÍNDICE

	Pág.
1. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO .....	3
2. CONTEXTUALIZACIÓN: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y MARCO NORMATIVO VIGENTE .....	4
2.1. CONCEPTO, RELEVANCIA PENAL Y ELEMENTOS TÍPICOS DEL HURTO	
2.1.1. CONCEPTO Y RELEVANCIA PENAL .....	5
2.1.2. ELEMENTOS TÍPICOS DEL HURTO .....	6
2.2. LA REGULACIÓN ANTERIOR A 1995 .....	12
2.3. MARCO NORMATIVO VIGENTE .....	13
3. LA FUTURA REGULACIÓN PENAL DEL HURTO .....	18
3.1. DELIMITACIÓN ENTRE EL NUEVO “ <i>DELITO LEVE</i> ” Y EL TIPO BÁSICO DE HURTO .....	19
3.2. LA PRETENDIDA RESPUESTA A LA MULTIRREINCIDENCIA Y LA DELINCUENCIA GRAVE .....	22
3.2.1. LA MULTIRREINCIDENCIA: IMPLICACIONES PROCESALES Y RELACIÓN CON EL DELITO CONTINUADO .....	22
3.2.2. LA DELINCUENCIA GRAVE .....	28
3.3. TIPOS AGRAVADOS. NUEVAS CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES EN EL DELITO DE HURTO .....	29
3.3.1. EL HURTO DE CONDUCCIONES DE SUMINISTROS ELÉCTRICOS O CABLEADO DE TELECOMUNICACIONES .....	29
3.3.2. EL HURTO COMETIDO EN EXPLOTACIONES AGRÍCOLAS Y GANADERAS .....	31
3.3.3. ABUSO DEL DESAMPARO DE LA VÍCTIMA Y PILLAJE EN SITUACIONES DE CATÁSTROFE .....	32
3.3.4. PROFESIONALIDAD EN LA COMISIÓN DE LOS HECHOS .....	35

3.3.5. UTILIZACIÓN DE MENORES DE EDAD .....	36
3.4. EL NUEVO TIPO AGRAVADO DE PORTE DE ARMAS O PERTENENCIA A GRUPO CRIMINAL: EL NUEVO ARTÍCULO 235 BIS .....	38
3.4.1. PORTE DE ARMAS .....	38
3.4.2. PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN O GRUPO CRIMINAL .....	39
4. CONCLUSIONES .....	42
5. BIBLIOGRAFÍA .....	43

# 1. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

La que podríamos denominar “pequeña delincuencia patrimonial” abarca un conjunto de conductas delictivas entre las que como expresión más genuina y de mayor raigambre histórica se encuentra el hurto. ¿Quién no se ha visto en involucrado algún momento de su vida como víctima de un delito contra su patrimonio? Es esta una pregunta de fácil y previsible respuesta para todos y que recibe respuesta también con las estadísticas en la mano, las cuales se han reflejado en este trabajo. Resulta curioso además que se trata de un tipo penal que se caracteriza en muchos casos por la multirreincidencia de sus autores. Pensemos en el ejemplo típico de hurto, como es el del carterista.

Precisamente, esa casi tradicional e ininterrumpida presencia en nuestra sociedad de este fenómeno es la que justifica el presente estudio de sus elementos típicos, regulación actual y las perspectivas futuras de tratamiento penal. Cabe señalar que, aunque la comisión de delitos y faltas de hurto se ha vinculado tradicionalmente a la marginalidad, se trata de un fenómeno delictivo cuyos autores en no menos ocasiones, responden a un perfil radicalmente distinto. Y esa notable presencia he podido comprobarla en el día a día de mis prácticas profesionales, habiendo tenido la oportunidad de conocer de primera mano algunos casos.

La metodología a emplear será un análisis comparativo entre la regulación penal vigente y las propuestas recogidas en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995 Código Penal, complementado con el estudio de la literatura jurídica y la jurisprudencia sobre la materia, de manera que se ilustre al lector sobre la figura del hurto, su tipo básico y los tipos agravados. Tras contextualizar el objeto de estudio, se procederá al estudio de las novedades que plantea el proyecto de reforma en materia de delitos patrimoniales, incluyendo algunas opiniones personales sobre el régimen vigente y las propuestas de reforma que están siendo objeto de tramitación parlamentaria, de modo que el trabajo en su conjunto sirva de útil y práctica referencia, sobre todo para estudiantes de Derecho y profesionales del sector jurídico interesados en esta concreta materia.

Sirva por lo tanto este trabajo para profundizar en una figura delictiva que, pese a su habitualidad, no genera una alarma social tan grave como la que pueden provocar los delitos contra la vida y los de carácter sexual, por poner un ejemplo. La ausencia de violencia o intimidación en la perpetración de estos delitos, unido en la mayoría de los casos al bajo valor de los objetos sustraídos, hacen que esta figura goce de una mayor, entiéndase el entrecomillado, “tolerancia social”.

Como analizaremos en estas páginas, la futura reforma del Código Penal busca modificar el actual tratamiento penal de unos delitos que, no por menos graves, dejan de ser unos delitos dignos de un análisis que permita al lector acercarse a una figura para la que la actual coyuntura económica constituye un caldo de cultivo idóneo.

## **2. CONTEXTUALIZACIÓN: EVOLUCIÓN HISTÓRICA y MARCO NORMATIVO VIGENTE**

### **2.1. CONCEPTO, RELEVANCIA PENAL Y ELEMENTOS TÍPICOS DEL HURTO**

#### **2.2.1. CONCEPTO Y RELEVANCIA PENAL**

Etimológicamente hablando, el **concepto** de hurto deriva del latín *furtum*, implicando éste la acción de hurtar, entendida como el hecho de tomar bienes ajenos sin la voluntad de su dueño y sin que en ningún caso se ejerza para ello violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas. El Diccionario de la Lengua Española también recoge una acepción de hurto como “*el delito consistente en tomar con ánimo de lucro cosas muebles ajenas contra la voluntad de su dueño, sin que concurren las circunstancias que caracterizan el delito de robo*”<sup>1</sup>.

La **relevancia** del hurto como figura delictiva es evidente en nuestra sociedad, aun sin catalogarse como conductas socialmente “peligrosas”, relevancia que se debe en buena parte a la facilidad de su comisión, pues se trata de unos hechos que no requieren una planificación especialmente minuciosa ni la utilización de medios o instrumentos materiales, caracterizándose asimismo en un alto porcentaje por ser delitos cometidos “al descuido”. En palabras de SILVA SÁNCHEZ, se trata de delitos “*de bagatela*” que “*aisladamente considerados, muestran una lesividad muy limitada*” pero que a la vez “*conforma un fenómeno masivo*”<sup>2</sup>. Si bien se había planteado la posibilidad de despenalizar estas conductas y trasladarlas a la sanción administrativa, al menos las más leves, la opción que finalmente triunfó en España, siguiendo la opinión dominante en Alemania, fue la de afrontar la pequeña delincuencia patrimonial con mecanismos procesales y penales<sup>3</sup>.

El carácter masivo de estas conductas se ejemplifica en el caso de las sustracciones producidas en supermercados y establecimientos de autoservicio,

---

<sup>1</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “*Diccionario de la Lengua Española*”, 22ª Edición, Editorial Espasa Madrid, 2001.

<sup>2</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión”, *Estudios Penales y Criminológicos*, t. XXV, 2005, págs 333 y 334.

<sup>3</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M.: op. cit, pág. 339.

llegando a hablarse de que las técnicas de autoservicio tienen un carácter criminógeno<sup>4</sup>, por cuanto ponen fácilmente a disposición de sus clientes los productos, facilitándose así la posibilidad de hurtarlos. En este sentido, hay autores que llegaron a proponer que el hurto en estos establecimientos merecería una atenuación de la culpabilidad de sus perpetradores. De todos modos, esta opción está desechada en nuestro sistema.

Según SILVA SÁNCHEZ las soluciones propuestas desde el punto de vista del Derecho Penal para el fenómeno del hurto oscilan entre tres posturas: a) excluir el carácter penalmente antijurídico de los delitos patrimoniales leves; b) someterlos a un proceso y una sanción especiales; c) o someter al autor a un juicio de culpabilidad, y en su caso de condena, pero renunciando a la imposición de ésta.

La solución vigente hoy día es que la pequeña delincuencia patrimonial debe ser objeto del Derecho Penal, pero con una escrupulosa observancia del principio de proporcionalidad, por lo que siguiendo a SILVA SÁNCHEZ (*óp. cit*) "*parece posible concluir que los delitos patrimoniales leves no merecen la imposición efectiva de penas privativas de libertad*", proponiendo acudir a "*reacciones simbólicas cuyo eje fuera la declaración de culpabilidad y la reparación*". En términos coloquiales, personalmente entiendo que la verdadera reparación para el perjudicado por una falta de hurto, por ejemplo, radica más en la recuperación de lo sustraído que en el ingreso en prisión del responsable.

**Estadísticamente** hablando, la elevada comisión de pequeños delitos patrimoniales queda confirmada en los datos proporcionados desde instancias policiales, judiciales y penitenciarias.

A) Según fuentes policiales<sup>5</sup>, en el primer trimestre del año había ya contabilizados un total de 182.997 hurtos (frente a los 183.165 casos registrados en el mismo periodo del año 2012), experimentando así un leve descenso del 0,1%.

Los datos reflejan un evidente incremento, si tomamos en consideración los seis primeros meses: de enero a junio de 2012 se cometieron 377.658 hurtos y en el mismo periodo del presente año la cifra alcanzó los 378.835 casos. Un aumento muy leve, del 0,3%.

---

<sup>4</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *op. cit*, pág. 352.

<sup>5</sup> Balance de la Criminalidad (enero-marzo 2013) del Ministerio del Interior, págs. 14 y 65. [www.interior.gob.es](http://www.interior.gob.es)

En el caso concreto del Principado de Asturias, durante el primer trimestre del año 2012 se registraron un total de 2.362 hurtos, cifra que se incrementó ligeramente en 2013, ascendiendo a un total de 2.555 casos, lo que significa un aumento del 8,2%.

Si tomamos como referencia el primer semestre<sup>6</sup> de cada año, los datos de los que dispondríamos correspondientes a Asturias serían los siguientes: en el primer semestre de 2012 se registraron 4.844 casos, frente a los 5.122 cometidos de enero a junio de 2013. El porcentaje de variación refleja así un aumento del 5,7%.

B) Desde el punto de vista judicial<sup>7</sup>, queda también patente la elevada perpetración de hechos constitutivos de pequeña delincuencia patrimonial. Durante el año 2011 se incoaron un total de 823.190 hurtos, calificándose por el Ministerio Fiscal un total de 11.617 casos. En 2012, la cifra de hurtos incoados descendió levemente (782.672), dando lugar a 11.752 calificaciones por el Ministerio Fiscal. La razón de la evidente desproporción entre causas incoadas y causas calificadas reside en que en la mayoría de casos se sobreseen las actuaciones provisionalmente por falta de autor conocido o bien por no quedar suficientemente acreditada su autoría. Otra razón es su transformación en faltas. En consecuencia, durante el año 2012, se dictaron 8.029 sentencias sobre delitos de hurto.

C) Finalmente, desde el punto de vista penitenciario también se puede afirmar que es un fenómeno delictivo que se encuentra entre los más habituales en España. Según la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias<sup>8</sup>, en el año 2012<sup>9</sup> (últimos datos fiables de los que se dispone) se encuentran en prisión por delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico un total de 18.719 hombres (35,1% de población masculina reclusa) repartidos en 16.201 penados, 350 penados con preventivas, 104 con medidas de seguridad y 2.064 presos preventivos).

Respecto a las mujeres, en 2012 se contabilizaban por los mismos delitos un total de 1.193 reclusas (1.036 penadas, 9 penadas con preventivas, 3 con medidas de seguridad y 145 preventivas). Estas cifras suponen el 26,4% de la población femenina en prisión.

## 2.2.2. ELEMENTOS TÍPICOS DEL HURTO

A continuación se realizará una delimitación de los **elementos típicos del hurto**. En este punto resulta fundamental, no sólo tener en cuenta a la jurisprudencia,

<sup>6</sup> *Balance de la Criminalidad* (enero-junio 2013) del Ministerio del Interior, págs. 14 y 65. [www.interior.gob.es](http://www.interior.gob.es)

<sup>7</sup> *Memoria 2013 de la Fiscalía General del Estado*, Cap. IV, epígrafe 1.2, págs. 604, 605 y 613.

<sup>8</sup> *Informe General 2012 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias* (Ministerio del Interior), Cap. 1.6.

<sup>9</sup> Estadística General de la Población Penitenciaria a 31-12-2012.. [www.institucionpenitenciaria.es](http://www.institucionpenitenciaria.es)

sino también los estudios clásicos de autores relevantes en la materia, como RODRÍGUEZ DEVESA, cuya primera observación ya es que *“el delito de hurto es un delito material o de resultado porque hace falta que se produzca un desplazamiento patrimonial”*. Dicho resultado será por lo tanto la apropiación de una cosa ajena, *“sin que se vea en ello un enriquecimiento entendido como incremento matemático del patrimonio del agente, pero sí supone el ingreso en él de un derecho real ilegalmente adquirido”*<sup>10</sup>.

En relación con el **“apoderamiento de cosa mueble ajena”**, para RODRÍGUEZ DEVESA la **apropiación** *“puede realizarse por el camino de la aprehensión material, pero también por otros medios”*<sup>11</sup> (por ejemplo, a través de un tercero). El CP deja claro que el objeto de sustracción debe ser un **“bien mueble”**. Quedan excluidos por lo tanto, los bienes intangibles (como por ejemplo, un derecho de autor sobre una obra literaria, dado que éste sería objeto de protección a través de la figura de los delitos contra la propiedad intelectual). El concepto de “bien mueble” no se restringe a una “cosa”, sino que se acepta también como “bien mueble ajeno” objeto del hurto el *“valor que la cosa representa o corporiza. Esto es, el hurto se comete tanto cuando el autor se apropia de la materia de la cosa, como cuando lo hace del valor que ésta materializa”*. En un supuesto en el que se ventilaba la sustracción de un DNI ajeno, el Ministerio Fiscal, incluía en su argumentación al interponer recurso de casación, que el DNI sustraído tenía un “valor intrínseco para su dueño” dado que su obtención implicaba realizar gastos variados, como fotografías, impresos, etc, y que además el beneficio consecuente al uso del documento personal sustraído había ascendido a más de 400.000 de las antiguas pesetas. Tal pretensión fue acogida por el TS a la hora de resolver el recurso<sup>12</sup>. En el mismo sentido se han pronunciado diversos autores y penalistas<sup>13</sup>.

RODRÍGUEZ DEVESA vuelve a hacer aportaciones importantes alrededor del concepto de “cosa mueble”, señalando que cabe definirla como *“aquella cosa que puede ser movilizada, es decir, separada tácticamente del patrimonio de una persona e incorporada en el del agente”*<sup>14</sup>.

Respecto a la **“ajeneidad”** del bien, esta es una nota sobre la que ya hay pronunciamientos judiciales desde siempre. El TS ya recordaba en 1984, respecto al

---

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. *“Derecho Penal Español. Parte Especial”*. Editorial Dykinson, Madrid, 1992, pág. 419.

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: op. cit., pág. 418.

<sup>12</sup> STS 1848/2002, Sala Segunda, de lo Penal, de 28 de Marzo de 2003 (EUDER 12506/2003)

<sup>13</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M. *“Delitos contra el patrimonio”*, Editorial La Ley, 1ª edición, Madrid, 2007, pág. 29 y ss.

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: op. cit., pág. 417.

curioso caso del hurto de una alfombra, la configuración de la “cosa” objeto del delito de hurto que había venido siendo realizada durante las décadas anteriores, al precisar por un lado que *“en el delito de hurto no es necesario que conste quién sea el dueño de la cosa sustraída o que se desconozca esta circunstancia”* y por otro lado *“tampoco es necesaria que aparezca manifestada la voluntad contraria del dueño de la cosa, por cuanto la configuración del hurto sólo hace referencia a tomar las cosas ajenas “sin” la voluntad de su dueño y no “en contra de ella”*<sup>15</sup>.

GARCÍA ARÁN sostiene que la ajeneidad de la cosa sería un “concepto negativo” desde el punto de vista del autor de la sustracción, en el sentido de que *“la cosa no le es propia o no tiene legitimidad para trasladarla a su ámbito de disposición”*<sup>16</sup>.

En particular, se ha distinguido entre la *titularidad* del bien y la *propiedad* cuando el bien sustraído son cantidades dinerarias depositadas en cuentas bancarias. Pensemos en el caso de una cuenta de titularidad conjunta, pero en la que únicamente efectúa ingresos uno de los cotitulares. Pues bien, la tendencia actual es que *“la jurisprudencia civil ha declarado que la titularidad indistinta de dos o más personas de cuenta o depósito bancario no determina, por sí sola, la existencia de un condominio, y mucho menos por partes iguales”*<sup>17</sup>. Así, aunque en la titularidad figuren dos personas, si sólo una de ellas ingresa dinero y no consta que la otra efectúe aportaciones, si ésta última se apodera con ánimo lucrativo de alguna cantidad estaremos en presencia de un hurto, dado que dichas cantidades serían propiedad del cotitular perjudicado. Criterio que sostienen autores como GONZÁLEZ RUS<sup>18</sup>.

En cuanto al “**ánimo de lucro**”, este concepto ha sido objeto de un jugoso debate que ha pretendido perfilar sus límites. En primer lugar, cabe señalar que la existencia del ánimo de lucro que se presume en la sustracción de una cosa ajena, es una presunción *iuris tantum*, que puede quedar desbaratada mediante prueba en contrario de que el autor de los hechos tenía otros móviles distintos. Alguna de las Audiencias Provinciales de nuestro país<sup>19</sup> ya se ha pronunciado en ese sentido.

Por otro lado, se maneja actualmente un concepto amplio del ánimo de lucro, que abarcaría *“no sólo el enriquecimiento patrimonial sino toda idea de provecho, identificándose con cualquier ventaja o satisfacción, ya sea la meramente contemplativa, de liberalidad o de ulterior beneficencia”* y que ese ánimo se agota en el

---

<sup>15</sup> STS, Sala Segunda, de lo Penal, de 11 de Julio de 1984 (EUDER 8990-JF/0000)

<sup>16</sup> GARCÍA ARÁN, M. *“Los delitos de hurto”*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 104.

<sup>17</sup> STS 335/2003, Sala Segunda, de lo Penal, de 10 de Marzo de 2003 (EUDER 12741/2003)

<sup>18</sup> GONZÁLEZ RUS, J.J: “Delito de hurto”, *Poder Judicial*, nº 71, 2004, pág. 460.

<sup>19</sup> SAP, Sección 1ª, de Guadalajara de 26 de Febrero de 2003 (PROV 2003, 85585).

denominado “*ánimus rem sibi habendi*”, es decir, “*en el propósito de tener la cosa mueble para sí, o lo que es lo mismo, en la finalidad de desapoderar de la cosa al sujeto pasivo en forma definitiva, incorporándola, al menos transitoriamente a su propio ámbito de dominio*”.<sup>20</sup> En resumen, que no es necesario que el objeto sustraído quede dentro del patrimonio del autor, sino que puede acabar beneficiando a un tercero ajeno a la comisión del delito. Así lo entiende GARCÍA ARÁN al referirse a la posterior donación de una cosa apropiada, pues “*la cosa se incorpora al patrimonio del autor con su valor económico*” y por otro lado “*pretendiendo donar la cosa el sujeto pretende actuar con ella como si fuera su real propietario, es decir, se la apropia o pretende apropiársela*”<sup>21</sup>.

Este punto está de actualidad a raíz de las sustracciones protagonizadas por el Sindicato Andaluz de Trabajadores, que tras entrar en un supermercado, salieron del mismo con numerosos productos, sin satisfacer su precio, con la excusa de que los mismos se entregarían a personas necesitadas. En todo caso, los hechos, dado que se empleó intimidación en las personas, serían constitutivos de un delito de robo y no de hurto. Pero, aunque fueran constitutivos de éste último tipo penal, la presencia del ánimo de lucro sería clara si seguimos el criterio del TS arriba expuesto (existencia de ánimo de lucro aun cuando la intención es que se lucre un tercero).

Respecto a la apreciación del ánimo de lucro, GONZÁLEZ RUS afirma que éste tiene que ser deducido de las circunstancias objetivas del hecho y nos recuerda a la vez que hay criterios divergentes entre las Audiencias Provinciales cuando se trata de apreciar si el ánimo de recuperar una cosa antes propia o de hacerse pago de un crédito preexistente excluyen o no la existencia de ánimo de lucro. En el segundo caso (realización de un crédito preexistente) el ánimo de lucro quedaría desplazado por el ánimo de hacer pago fuera de las vías legalmente previstas, hipótesis que corresponde al ámbito de la realización arbitraria del derecho propio cuando hay violencia o intimidación, careciendo de tipicidad penal en otro caso.<sup>22</sup>

La misma línea sigue GARCÍA ARÁN, al entender que “*quien realiza un crédito apoderándose de una cosa del deudor no incrementa su patrimonio, pues sustituye el derecho de crédito por la cosa que lo realiza*”<sup>23</sup>.

En cuanto a la “**ausencia de fuerza en las cosas o de violencia o intimidación sobre las personas**”, la jurisprudencia es rica también en pronunciamientos, por cuanto este elemento es importantísimo a la hora de calificar un

<sup>20</sup> STS, Sala Segunda, de lo Penal, de 10 de Marzo de 2000 (RJ 2000, 1187).

<sup>21</sup> GARCÍA ARÁN, M.: op. cit., pág. 133.

<sup>22</sup> GONZÁLEZ RUS, J.J.: op. cit., pág. 462.

<sup>23</sup> GARCÍA ARÁN, M.: op. cit., pág. 134.

hecho como constitutivo de hurto o de robo. Se ha venido apreciando que concurre violencia sobre las personas cuando el autor material necesita usar la fuerza *“para vencer la resistencia anterior o concomitante de la víctima despojada del objeto y sólo excepcionalmente, cuando sobre el empleo de la fuerza física ha predominado manifiestamente el factor sorpresa sería posible pensar en la inexistencia de violencia”*.<sup>24</sup>

Esta reflexión se justifica en torno a las sustracciones de bolsos por el popular método del *“tirón”*, ya que, aunque se han planteado dudas acerca de la calificación penal de estos hechos, el criterio mayoritario es que no estaríamos en presencia de un hurto, sino de un robo, ya que *“no es preciso para calificar el hecho como robo violento que la fuerza desplegada por el sujeto activo deba ser “grande” y porque “la violencia concurre en el hecho de arrebatar por la fuerza física un objeto hallándose la víctima más o menos desprevenida”*.<sup>25</sup>

Por lo tanto, en el mismo ejemplo de una sustracción de un bolso, si éste objeto estuviera encima de una mesa y se utilizara el descuido para proceder a su apoderamiento, sí se trataría de un hurto y no de un robo, por cuanto no habría presencia de violencia o intimidación y tampoco de fuerza en las cosas.

Pero, ¿qué ocurre cuando la violencia o intimidación se produce con posterioridad a la sustracción? Tomemos como ejemplo el intento de sustracción de un ciclomotor. Los presuntos autores intentan apropiarse de un ciclomotor ajeno, pero en ese momento son sorprendidos por su dueño. Éstos actúan con violencia sobre el legítimo propietario, pero habiendo dejado de perpetrar el acto de apoderamiento (los golpes se sucedieron al encararse con el dueño). Pues bien, en este ejemplo, recientemente el TS apreció que estábamos en presencia de un hurto y no de un robo con violencia, por cuanto *“el proyecto delictivo estaba planificado para llevarse el ciclomotor cuando no estuviera el dueño y sin que éste se percatara de la sustracción; y ese plan lo abandonaron cuando el propietario los sorprendió, pues aunque es cierto que lo golpearon, la agresión no estuvo ya orientada a consumir la sustracción, sino a conseguir huir del lugar. De hecho, después de agredir a la víctima no hicieron ningún intento de proseguir con la acción depredadora”*<sup>26</sup>. Por lo tanto la exigencia de violencia o intimidación debe ser concomitante o anterior a la realización de la conducta.

---

<sup>24</sup> STS 920/1998, Sala Segunda, de lo Penal, de 8 de Julio de 1998 (ROJ 4598/1998)

<sup>25</sup> STS 1609/1998, Sala Segunda, de lo Penal, de 21 de Diciembre de 1998 (ROJ 7779/1998) y STS 1019/1999, Sala Segunda, de lo Penal, de 16 de Junio de 1999 (ROJ 4271/1999)

<sup>26</sup> STS 271/2012, Sala Segunda, de lo Penal, de 9 de Abril de 2012 (ROJ 2514/2012)

Por último, en cuanto al “**valor de lo sustraído**”, el tipo básico del art. 234 CP marca el límite de los 400 euros. La pregunta que cabe hacerse es si dicho valor hay que tomarlo incluyendo el porcentaje de IVA o excluyendo éste de la valoración del bien sustraído, situación que se plantea exclusivamente cuando el hurto se produce en un establecimiento comercial y además éste sea el sujeto pasivo del delito. Pues bien, el criterio que vienen siguiendo varias Audiencias Provinciales es que “*la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público*”<sup>27</sup> pero con la aclaración de que la valoración “*habrá de partir de ese precio, para con posterioridad deducir de él todo lo que no pueda considerarse como valor de la cosa*”. Dicho en otras palabras, exigiría deducir el recargo del IVA, “*puesto que no habiéndose producido el hecho imponible generador de la obligación de pagar dicho impuesto, la venta del bien o servicio, ninguna obligación tributaria nace para el vendedor de declararlo*”<sup>28</sup>.

Por otro lado, la conducta delictiva se tipificaría como falta en el caso de que la valoración del objeto sustraído no quede acreditada debidamente, en virtud igualmente del principio “*in dubio pro reo*”, por ejemplo cuando la única referencia al valor de lo sustraído es la recogida en el atestado policial, que sólo tiene valor de mera denuncia, debiendo realizarse la correspondiente prueba pericial para determinar el valor de lo sustraído<sup>29</sup>. El mismo criterio de apreciar una falta y no un delito deberá seguirse cuando la cuantía de lo sustraído sea exactamente de 400 euros, pues la consideración como delito se dará únicamente cuando se sobrepase esa cantidad.

Como se observa, la transcendencia de este detalle es fundamental, pues conlleva que un hecho oscile entre su calificación como falta o como delito de hurto, con la evidente reducción de la penalidad que conlleva la primera.

En resumen, la principal seña de identidad del hurto será la apropiación sin utilización de fuerza sobre las cosas ni intimidación en las personas, rasgos que sí están presentes en el robo. Se diferenciaría asimismo de otras figuras, como por ejemplo de la estafa (en la que el autor no hace suyo directamente el bien, sino que éste lo entrega el dueño a consecuencia de un engaño provocado) o de la apropiación indebida (en la que el sujeto tiene lícitamente en su poder el bien, pero lo destina a un

---

<sup>27</sup> SAP 108/2006, Sección 5ª, de Barcelona, de 13 de Enero de 2006 (ROJ 1338/2006)

<sup>28</sup> SAP 231/11, Sección 15ª, de Madrid, de 2 de Junio (ROJ 8988/2011); SAP 402/10, Sección 15ª, de Madrid, de 22 de Noviembre (ROJ 19947/2010) y SAP 72/10, Sección 15ª, de Madrid, de 5 de Marzo de 2010 (ROJ 11674/2010).

<sup>29</sup> GONZÁLEZ RUS, J.J. op. cit., pág. 459.

fin distinto del que le correspondería)<sup>30</sup>. En cambio, la nota del ánimo de lucro sí estaría presente tanto en el hurto como en el robo.

Como decíamos, el hurto, tanto en su modalidad de falta como en la de delito, es una de las figuras delictivas de mayor antigüedad en la historia del Hombre, cuya regulación actual es tributaria de esa amplia trayectoria legislativa. No obstante, este estudio se ceñirá a los antecedentes más recientes, desde la promulgación del Código Penal de 1973.

## 2.2 LA REGULACIÓN ANTERIOR A 1995

La regulación anterior a la promulgación del CP de 1995, en la que tres artículos recogían el tratamiento penal de esta figura, rigió, con algunas modificaciones, hasta 1995. En su art. 514 se recogía el tipo básico, en el que, a diferencia de la vigente normativa, no se hacía referencia alguna al valor de lo sustraído (400 euros en nuestra actual normativa). Los artículos 515 y 516 recogían agravaciones al tipo básico. En particular, el 515 sí agravaba la pena si el valor de lo sustraído excedía de 30.000 pesetas, cantidad que por aquel entonces era de cierta relevancia. Por su parte, el art. 516 recogía el elenco de circunstancias agravantes, similares a las que recoge el Código Penal de 1995, pero con la salvedad de que el legislador de 1973 no se decidió a incluir referencia alguna a la utilización de menores de 14 años de edad. Por lo tanto, cabe deducir que la regulación vigente es más estricta que la que se contemplaba en el anterior Código Penal, situación paradójica, dado que dicha normativa recogía expresamente la pena de muerte para determinados delitos distintos en todo caso de los que atacan al patrimonio de la víctima.

Penológicamente hablando, las penas recogidas en el CP de 1973 para el delito de hurto eran netamente más ligeras que las previstas actualmente. El tipo básico venía regulado en el art. 515.1, en el que se establecía la pena de arresto mayor si el valor de lo sustraído era superior a 30.000 pesetas. A continuación, los párrafos 2 y 3 establecían los supuestos agravados, agravación que se justificaba por la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 516.

En particular, la pena se imponía en su “*grado máximo*” si concurría “*alguna*” de las circunstancias previstas en el art. 516. Se entiende que bastaba con que concurriera una de ellas, pues cuando se diese la concurrencia de “*dos o más de ellas o una muy cualificada*” la pena impuesta era la de prisión menor. Las circunstancias

---

<sup>30</sup> PÉREZ VAQUERO, C. “¿Por qué se diferencia entre hurtar y robar?”, Marzo de 2011. [www.noticiasjuridicas.com](http://www.noticiasjuridicas.com).

previstas en el 516 CP se pueden considerar el embrión de las que después se recogerían y modificarían en 1995.

Decimos que el castigo del hurto en el derogado Código Penal de 1973 era más liviano que el previsto actualmente, pues el *arresto mayor* y la *prisión menor*, aunque se denominaban en el CP como penas graves, distaban bastante de la gravedad del tratamiento actual:

El *arresto mayor* tenía una duración mínima de 1 mes y un día y una duración máxima de 6 meses. Cuando concurriese una circunstancia agravante del 516 CP, dado que la pena se impondría en su grado máximo, se condenaría a 6 meses de arresto mayor.

La *prisión menor* (para los casos en que concurrían dos o más circunstancias agravantes o una muy cualificada del 516 CP) oscilaba desde los 6 meses y un día hasta los 6 años. Es decir, el límite máximo serían 6 años, pero la pena impuesta podía ser bastante menor.

Ambas penas llevaban consigo la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante la duración de la condena<sup>31</sup>.

Obsérvese que conforme a la regulación vigente, la simple comisión del tipo básico de hurto del 234 CP ya acarrearía, como mínimo, una pena de 6 meses de prisión, precisamente el límite máximo del viejo arresto mayor. La agravación es más que evidente. Más, si tenemos en cuenta que las penas pueden llegar a los 3 años si el precepto vulnerado es el 235.

## 2.3 MARCO NORMATIVO VIGENTE

La vigente regulación del hurto, no es la de la redacción originaria de 1995, puesto que nuestro Código experimentó sucesivas reformas, siendo las más importantes, por su extensión y alcance, las operadas en 2003 y 2010, en las cuáles centraremos el estudio en este epígrafe.

La **LO 15/2003** nació caracterizada por el endurecimiento punitivo que supuso, para combatir los numerosos ejemplos de aquellos que cometen reiteradamente infracciones contra el patrimonio que no reciben una respuesta penal adecuada, en palabras de GUARDIOLA LAGO<sup>32</sup>. El origen de esta reforma se encuentra en el Plan de Lucha contra la Delincuencia aprobado por el Gobierno en septiembre de 2002.

---

<sup>31</sup> Código Penal de 1973, Art.45.

<sup>32</sup> GUARDIOLA LAGO, M.J. "Valoración de la necesidad de las reformas penales que pretenden hacer frente a la delincuencia menor masiva y su aplicación práctica a la vista de la información estadística" en CUGAT MAURI (Coord.) "Objetivos y carencias de la política criminal contra la pequeña delincuencia", Bellaterra, 2011, pág. 11. [www.recercat.net](http://www.recercat.net)

CUENCA GARCÍA<sup>33</sup> se hace eco de las opiniones de diversos autores al respecto, alrededor de tres aspectos: a) la pequeña delincuencia patrimonial no requiere un plan de lucha, sino un plan de prevención; b) el Derecho penal tiene que prestar atención a los problemas de una inseguridad ciudadana real, no a la manifestada por la ciudadanía; c) la seguridad ciudadana no debe sobrevalorarse.

El mencionado Plan de Lucha contra la Delincuencia resumía los tres mecanismos para combatirla: la garantía de un enjuiciamiento rápido y riguroso, como justificación de la introducción de los denominados “juicios rápidos” (merced a la Ley 38/2002, de 24 de Octubre, de reforma parcial de la LECRIM, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas); unas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado eficaces; y finalmente, un ordenamiento jurídico penal adecuado para dar respuesta específica a la inseguridad ciudadana (que daría lugar a la aprobación de la Ley 11/2003, como paso previo a la reforma del CP operada por la LO 15/2003)<sup>34</sup>.

Fue esta reforma legislativa la responsable de la novedosa introducción de la pena de localización permanente<sup>35</sup>, dirigida a prevenir conductas delictivas leves, para las que el internamiento en un centro penitenciario resultaba más negativo que positivo. Es precisamente esa la pena que venía siendo aplicada hasta ahora a las faltas de hurto<sup>36</sup>. Por otro lado, se introdujeron cambios en la regulación del delito continuado, a través de la modificación de los párrafos 1 y 3 del artículo 74 CP, cuestión de la que nos ocuparemos en el próximo capítulo de este trabajo, por sus relaciones con la multirreincidencia.

La redacción del tipo básico del hurto fruto de la LO/2003 era la siguiente: “*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 6 a 18 meses, si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros*”. La posterior referencia a la reiteración en la comisión de las faltas previstas en el art. 623.1 no se introdujo hasta 2010. Precisamente esa referencia estaba recogida en la Ley 11/2003<sup>37</sup>, pero desapareció del Proyecto de Ley durante su paso por el Senado. Una posterior corrección de

---

<sup>33</sup> CUENCA GARCÍA, M.J. “Medidas penales adoptadas en las reformas de 2003 y 2010 para combatir la criminalidad insidiosa: análisis técnico-jurídico” en CUGAT MAURI (Coord.) “*Objetivos y carencias de la política criminal contra la pequeña delincuencia*”, Bellaterra, 2011, pág. 92. [www.recercat.net](http://www.recercat.net)

<sup>34</sup> CUENCA GARCÍA, M.J.: op. cit., pág. 93.

<sup>35</sup> Exposición de Motivos de la LO 15/2003 de modificación de la LO 10/1995 del Código Penal

<sup>36</sup> LO 10/1995 del Código Penal. Art. 623.1: “*Serán castigados con la pena de localización permanente de 4 a 12 días o multa de uno a dos meses: 1. los que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de 400 euros*”

<sup>37</sup> LO 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

errores de fecha 16 de Marzo de 2004 pretendió volver a incluirlo, aludiendo a que lo que se pretendía no era modificar el art. 234 CP, sino modificar “*el párrafo primero del artículo 234*”. Ello suponía una clara vulneración de la legalidad, por cuanto se pretendía modificar el contenido (no un simple error aritmético, por ejemplo) reservado a ley orgánica por la vía de una simple corrección de errores, costumbre que a mi juicio es poco o nada recomendable para la seguridad jurídica y la salud de nuestra democracia.

En resumen, de la reforma de 2003, muy cuestionada por la doctrina<sup>38</sup>, se ha dicho que era “criminalizadora de la pobreza”.

Esa tendencia netamente punitivista se mantuvo en la siguiente gran reforma, con la promulgación de la **LO 5/2010**, responsable de la vigente regulación de la pequeña delincuencia patrimonial. La primera reflexión que merece vuelve a tener como protagonista a la pena de localización permanente introducida siete años atrás. En su Exposición de Motivos la LO 10/2010 justifica la posibilidad excepcional de que dicha pena se cumpla en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado y en sábados, domingos y festivos, reservándose esta previsión para los casos de perpetración reiterada de faltas de hurto. La tendencia al endurecimiento del castigo del hurto arrancaba con esta primera medida, con la que se modificaba la redacción del art. 623.1 CP, manteniéndose a día de hoy.

Otra novedad que introdujo es la conceptualización y delimitación de las organizaciones y grupos criminales en los artículos 570 bis y 570 ter, incluyendo en su definición aquellas que tengan como finalidad la perpetración reiterada de faltas. Algunos autores advierten de su “*conflictiva coexistencia con el art. 515.1 CP (asociación ilícita) y las dificultades probatorias para apreciar la estabilidad, concertación, coordinación y reparto de tareas en el caso de la organización criminal, o sobre la concertación y reiteración, en el caso del grupo criminal*”<sup>39</sup>. Las referencias a organización o grupo criminal van a tener trascendencia sobre el delito de hurto con la futura reforma penal, con una previsión específica al respecto en el futuro artículo 235 bis.

Lo que también se produce con la reforma del año 2010 es la reaparición de la previsión relativa a la perpetración reiterada de faltas de hurto contempladas en el artículo 623.1 CP, exigiendo la comisión de tres faltas en el período de un año.

---

<sup>38</sup> MUÑOZ CONDE, F. “Derecho Penal. Parte Especial”, 15ª edición, Valencia, 2004, págs. 382-383

<sup>39</sup> AGUILAR ROMO, M./NAVARRO BLASCO, E. “Valoración de la aplicación de los nuevos tipos delictivos desde el punto de vista procesal” en CUGAT MAURI (Coord.) “*Objetivos y carencias de la política criminal contra la pequeña delincuencia*”, Bellaterra, 2011, pág. 130. [www.recercat.net](http://www.recercat.net)

Se modifica también el art. 235 CP, que recoge los tipos agravados, manteniéndose su redacción en la actualidad, como se comprobará en las siguientes líneas.

Otro aspecto que resulta llamativo, en especial por su flagrante incumplimiento, es el relativo a la creación de un novedoso sistema electrónico de registro de faltas<sup>40</sup>, compatible con el ya previsto desde 2009 Sistema de Registros Administrativos de Apoyo a la Administración de Justicia, cuya puesta en efectivo funcionamiento se antoja esencial si, como se anuncia a bombo y platillo en la futura reforma penal, se pretende combatir la multirreincidencia.

Una última crítica, a modo de resumen, a las reformas de 2003 y 2010 es la que hace CUENCA GARCÍA cuando señalaba en 2011 que *“han pretendido dar una respuesta a la sensación de inseguridad ciudadana y se ha querido combatir la pequeña delincuencia patrimonial, cuando los datos no apuntan a una tendencia significativamente elevada de aumento de la criminalidad en los delitos patrimoniales”*, cayendo así en el *“populismo punitivo”*.

En consecuencia, tras las dos grandes reformas operadas, **la situación actual** es la que sigue. En primer lugar, se prevé un **tipo básico**, recogido en el art. 234 CP (*“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 6 a 18 meses si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros. Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice tres veces la acción descrita en el apartado 1 del artículo 623 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito.*)<sup>41</sup>.

Obsérvese la prevención del párrafo segundo, fruto de la reforma del año 2010, en la que se hace referencia a la falta de hurto regulada en el 623.1 (*“Los que comentan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de 400 euros. En los casos de perpetración reiterada de esta falta, se impondrá en todo caso la pena de localización permanente. En este último supuesto, el Juez podrá disponer en sentencia que la localización permanente se cumpla en sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 37.1.”*) Es decir, se exigiría realizar tres acciones delictivas penadas en el art.623.1 en un periodo de un año, pero siempre y cuando el montante global resulte superior a 400 euros. En este punto, personalmente interpreto que si el valor global de lo sustraído en esas tres acciones consecutivas no supera los

---

<sup>40</sup> LO 5/2010 de modificación de la LO 10/1995 del Código Penal. Disposición Adicional Segunda.

<sup>41</sup> LO 10/1995 del Código Penal, Art. 234

400 euros (y en mi opinión, si los iguala, pues se refiere expresamente a “no superarlos”), no se aplicaría lo dispuesto en el párrafo 2 del art. 234 CP.

En segundo lugar, la regulación actual establece el **tipo agravado** en el art. 235, castigado con pena de prisión de uno a tres años, donde se recoge un elenco de circunstancias agravantes<sup>42</sup>, a saber:

- 1.- *Cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.*
- 2.- *Cuando se trate de cosas de primera necesidad o destinadas a un servicio público, siempre que la sustracción ocasionare un grave quebranto a éste o una situación de desabastecimiento.*
- 3.- *Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeran perjuicios de especial consideración.*
- 4.- *Cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de las circunstancias personales de la víctima*
- 5.- *Cuando se utilice a menores de catorce años para la comisión del delito.*

Estos supuestos serán estudiados más adelante, confrontándolos con las propuestas recogidas en el Proyecto de Ley de reforma del Código Penal que se encuentra actualmente en tramitación parlamentaria.

Tras esta contextualización y delimitación del hurto, las siguientes páginas se dedicarán al análisis de los puntos más importantes de esta nueva gran reforma del Código Penal (la tercera gran reforma en diez años) que afectan directamente a esta modalidad de delincuencia patrimonial. Cabe adelantar que en la futura regulación no se verán modificados los elementos típicos fundamentales de la figura del hurto (apoderamiento de cosa mueble ajena, ánimo de lucro y ausencia de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas), que como hemos venido exponiendo hasta aquí han venido siendo definidos y delimitados claramente por la doctrina y la jurisprudencia.

Como expondré a continuación, los principales cambios radican en la penalidad impuesta y en los supuestos de agravación, algunos de ellos bastante novedosos, que conllevan un evidente endurecimiento del tratamiento penal del hurto, en consonancia con la línea general de la reforma proyectada.

---

<sup>42</sup> LO 10/1995 del Código Penal, Art. 235.

### 3. LA FUTURA REGULACIÓN PENAL DEL HURTO

Recientemente se ha aprobado el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal (BOGC nº 66-1, de 4 de Octubre de 2013, pagina 1). A dicho Proyecto de Ley se llegó tras pasar por dos Anteproyectos de Ley (de 16 de Julio y de Octubre de 2012) y los preceptivos informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal. Estos últimos órganos han trasladado sus críticas sobre algunos aspectos del Proyecto de Ley de reforma.

El Anteproyecto de Ley de 16 de Julio, en su Exposición de Motivos, anuncia que el plazo de prescripción de las infracciones que serán consideradas como nuevo “delito leve” será de 1 año. También afronta la nueva redacción del art. 74 CP, regulador de la figura del delito continuado.

El siguiente Anteproyecto de Ley, que data del mes de Octubre, incluye en su Exposición de Motivos una previsión que curiosamente no recogía el anterior Anteproyecto: la relacionada con las sustracciones de cable de cobre de las redes de servicio público e interés general. Llama la atención que solamente tres meses atrás no parecía especialmente grave y urgente el tratamiento de esa concreta situación. Respecto al mencionado art. 74.1 CP, se mantiene la redacción propuesta en Julio de 2012.

Otra diferencia entre ambos Anteproyectos se observa en la regulación prevista para el futuro art. 235 CP, en concreto, a la hora de establecer una agravación del tipo básico por la “*utilización de menores*”. Mientras en el Anteproyecto del mes de Julio se hablaba de “*utilización de menores de 14 años*”, la redacción de Octubre eleva esa edad hasta los 16 años. Parece buscarse así una ampliación de la protección del menor, abarcando también a los adolescentes de, por ejemplo, 15 años de edad, que con la vigente redacción del 234 CP no quedarían incluidos.

Respecto a la futura redacción del novedoso art. 235 bis, no hay cambios entre ambos Anteproyectos.

Por último, respecto de esta comparativa entre ambos Anteproyectos de Ley, hay que destacar que en los dos textos preveían que las instrucción y el enjuiciamiento de los “delitos leves” seguirán los trámites del juicio de faltas previsto en el Libro VI de la vigente LECRIM, anunciando ya una adaptación de sus preceptos a esta reforma del CP en lo que resulte necesario.

A las observaciones realizadas en sus respectivos Informes por parte del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal aludiremos conforme vayamos analizando los siguientes epígrafes, por las concretas precisiones de interés que realizan.

En lo que ahora nos incumbe, hay que decir que la propuesta<sup>43</sup> recogida en el Proyecto de Ley de reforma se basa fundamentalmente en atender a la **gravedad del hecho**, concepto que vendría perfilado en función del bien o bienes sustraídos y los perjuicios causados a la víctima a consecuencia de la acción delictiva. Cabe destacar que en el momento en que se aprecie cualquier agravante, sobre todo la de delincuencia profesional y organizada, se desterrará la calificación de la conducta como “leve”. De hecho una de las finalidades de la reforma, como tenemos dicho, es combatir la multirreincidencia y la profesionalidad, presentes sobre todo la primera en el fenómeno del hurto, aspectos que se abordarán en posteriores epígrafes de este trabajo.

Una de las principales características de la futura reforma del Código Penal en lo que respecta a la pequeña delincuencia patrimonial es el régimen que seguirán las **faltas de hurto** reguladas en el art. 623.1<sup>44</sup>, que actualmente se castigan con pena de localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses a los que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excede de 400 euros. Lo que se pretende es su conversión en un denominado “**delito leve**”. Denominación, a mi juicio, cuestionable por lo confuso, pues parece dar a entender, al menos terminológicamente hablando, que el tipo básico de hurto sería una especie de “tipo agravado” (tómese con toda la cautela el entrecomillado) del proyectado “delito leve”, cuando los verdaderos tipos agravados son los previstos en los futuros artículos 235 y 235 bis.

### **3.1 DELIMITACIÓN ENTRE EL NUEVO “DELITO LEVE” Y EL TIPO BÁSICO DE HURTO.**

Conforme a lo antes expuesto, de aprobarse la reforma en los términos planteados a día de hoy, el **tipo básico de hurto** quedaría regulado en el futuro art. 234.1 como sigue: “*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 6 a 18 meses*”. La pena impuesta sería la misma que la del vigente artículo 234.1. En cambio, en la propuesta de reforma desaparece la referencia a “*aquel que en el plazo de un año realice tres veces la acción descrita en el art. 623.1 de este Código,*

---

<sup>43</sup> Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal.

<sup>44</sup> LO 10/1995 del Código Penal, Art. 623.

*siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito*". Dicha referencia a la falta de hurto del 623.1 queda sustituida por lo que hay que entender como nuevo "delito leve", ubicado por la propuesta de reforma en el que sería nuevo artículo 234.2: *"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 que el valor de los bienes sustraídos fuera superior a 1.000 euros, o los casos en los que concurriese alguna de las circunstancias de los artículos 235 o 235.bis"*.

Lo cierto es que no han faltado voces<sup>45</sup> que ponían sobre la mesa que el vigente art. 234.2 CP acarreaba, entre otros, dos principales problemas o dudas en términos procesales. En primer lugar, a esas faltas se les podía aplicar el procedimiento de enjuiciamiento rápido previsto en la LECRIM en los artículos 795 y siguientes, y así se ha manifestado CUGAT MAURI<sup>46</sup>, por lo que se daba la posibilidad de que algunas de esas faltas "reiteradas" ya hubieran sido juzgadas y penadas. La duda recaía en si se podían contabilizar esas faltas ya juzgadas para reunir las necesarias "tres faltas en el plazo de un año". En 2003 la conclusión a la que se llegó fue que, para salvaguardar el principio *non bis in idem*, no se tomarían en consideración los hechos ya juzgados y condenados<sup>47</sup>.

Algunos autores, como CUENCA GARCÍA<sup>48</sup>, entienden que *"si las tres acciones cometidas en el plazo de un año deben permanecer sin enjuiciar para poder aplicar la previsión del 234.2 CP, ello no parece fácil si funciona de forma correcta el procedimiento para el enjuiciamiento inmediato de las faltas"* dado que entiende que *"sería difícil que un sujeto ejecute tres acciones de las descritas en la falta de hurto en el período de un año sin que ninguna de ellas haya sido objeto de enjuiciamiento"*. Por lo que esta autora abre la espita de las críticas (justificadas, en mi opinión) a la posible contradicción entre la previsión del artículo 234.2 CP y la aplicación a las faltas del procedimiento de enjuiciamiento rápido. Un efectivo funcionamiento de los "juicios rápidos" haría innecesario el mencionado precepto, por cuanto las conductas delictivas serían debidamente castigadas, teniendo en cuenta, además la escasa gravedad de las mismas que las suele caracterizar.

---

<sup>45</sup> FARALDO CABANA, P. "Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010". *La Ley Penal*, nº 81, 2011, págs.25 a 44.

<sup>46</sup> CUGAT MAURI, M. (Coord.) *"Objetivos y carencias de la política criminal contra la pequeña delincuencia"*, Bellaterra, 2011, pág. 11. [www.recercat.net](http://www.recercat.net)

<sup>47</sup> Exposición de Motivos de la LO 11/2003

<sup>48</sup> CUENCA GARCÍA, M.J.: op. cit., pág. 109.

Por lo tanto, sería absolutamente necesario disponer de información suficiente acerca de los juicios pendientes de un mismo sujeto por la comisión de actos de pequeña delincuencia patrimonial, información que podría proporcionar el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia<sup>49</sup> previsto desde 2009. Sin esa información, sería imposible la acumulación y, en su caso, transformación de los diferentes procedimientos de faltas en juicio por delito. En esos casos, el caso seguiría los trámites del procedimiento abreviado.

Y en segundo lugar, se planteaban actualmente problemas entre la prescripción de las faltas (seis meses) y el plazo de un año dentro del cual tenían que cometerse para incurrir en la previsión del 234.2<sup>50</sup>. Se concluyó que tampoco se podían tener en cuenta las faltas ya prescritas, no debiendo haber transcurrido más de seis meses entre la primera y la tercera falta.

El Gobierno espera que estos problemas procesales desaparezcan, dada la conversión en delito de las faltas reiteradas de hurto, unido al hecho de que parece que el legislador ha querido combatir la multirreincidencia y la profesionalidad instaurando una nueva circunstancia agravante del hurto en el futuro 235. 7º CP. Pero hay serias dudas de que ello no sea finalmente así, especialmente en relación con la figura del delito continuado, cuestión de la que nos ocuparemos en el siguiente epígrafe.

Desde el punto de vista penológico, con la futura instauración del “delito leve” del futuro artículo 234.2 desaparece la posibilidad de que el autor sea condenado a una pena de localización permanente (con la que se castigaban las faltas de hurto del 623.1), optando el legislador por imponer una pena de entre uno y tres meses (recordemos que el 623.1 preveía la posibilidad de una pena de multa de uno a dos meses). La agravación punitiva es evidente, por mucho que entre el público lego en Derecho se vea la referencia a la cuantía de 1.000 euros (mayor que la vigente de 400 euros) como una ampliación del “margen de actuación” del delincuente. Un análisis más sosegado, en los términos que acabo de exponer, demuestra que el Proyecto de Ley de reforma endurece el castigo de estas figuras delictivas.

Inevitablemente, los cambios previstos en la regulación penal del hurto tendrán sus consecuencias en términos procesales, máxime cuando está prevista una futura reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El Proyecto de Ley de reforma del Código Penal aclara que los nuevos “delitos leves” (y entre ellos, el que nos incumbe

---

<sup>49</sup> RD 95/2009, de 6 de Febrero por el que se regula el Sistema de Registros Administrativos de apoyo a la Administración de Justicia,

<sup>50</sup> CUGAT MAURI, M.: op. cit., pág. 10.

aquí, el previsto en el nuevo 234.2 CP) cometidos tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal se seguirán considerando como faltas penales a los efectos de la aplicación de la aplicación de la vigente LECRIM. Es decir, procesalmente hablando seguirán siendo faltas, pues de hecho, se establece expresamente que su instrucción y enjuiciamiento seguirán los trámites previstos para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente LECRIM. La incógnita que se abre es ¿qué ocurrirá cuando se apruebe la nueva LECRIM? Parece ser que el Anteproyecto que se maneja ya se cura en salud, pues prevé que los procesos penales en primera instancia *“que se encuentren en tramitación al tiempo de la entrada en vigor de la presente Ley se continuarán sustanciando, hasta que recaiga sentencia en dicha instancia, conforme a la legislación procesal anterior”*<sup>51</sup>.

Resulta llamativa por otra parte la manifestación recogida en la futura Disposición Transitoria Primera del Proyecto de Ley de reforma del Código Penal, cuando establece que *“los delitos y las faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante, se aplicará esta Ley una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor”*. La irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales está consagrada en nuestra Constitución<sup>52</sup>, por lo que en un país civilizado, democrático y moderno como el nuestro, poner negro sobre blanco algo que ya es obvio y que ha sido reiterado por la jurisprudencia resulta un ejercicio superfluo, pues parece dar a entender que se esté dudando de la vigencia actual de un principio tan transcendental para la ciudadanía en general y para el reo en particular.

## **3.2 LA PRETENDIDA RESPUESTA A LA MULTIRREINCIDENCIA Y LA DELINCUENCIA GRAVE**

Entre las metas que persigue la reforma penal respecto a la pequeña delincuencia patrimonial, la multirreincidencia se ha convertido casi en una obsesión para el pre-legislador, motivo por el que este epígrafe le dedicará una mayor atención que a la lucha contra la delincuencia grave.

### **3.2.1 LA MULTIRREINCIDENCIA: IMPLICACIONES PROCESALES Y RELACIÓN CON EL DELITO CONTINUADO**

---

<sup>51</sup> Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, Disp. Transitoria Primera

<sup>52</sup> Constitución Española, art. 9.3

Como decíamos, una de las finalidades de la reforma en el ámbito de los delitos contra el patrimonio es la lucha contra la multirreincidencia, fenómeno que ya se pretendía combatir con el vigente artículo 234, párrafo segundo, cuando pretendía castigar la perpetración reiterada de faltas de hurto con la misma pena que la prevista en el párrafo primero del mismo precepto. Técnica que se había incluido en la reforma del CP operada en el año 2003 y de la que tampoco se apartó posteriormente la LO 5/2010.

En este sentido, parece que los resultados no han sido convincentes para el actual Ejecutivo, razón por la que se vuelve a afrontar esta problemática en el Proyecto de Ley de reforma.

Conviene previamente recordar el tratamiento actual de estos aspectos, que ha sido estudiado en los últimos años por varios expertos<sup>53</sup>. La **reincidencia** se recoge como circunstancia agravante de la responsabilidad penal en el artículo 22.8ª CP: *“Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo”*. La jurisprudencia incluye también la exigencia de *“que los datos necesarios para comprobar estos requisitos consten en la sentencia en la que se aprecia la reincidencia”*<sup>54</sup>, es decir, deben especificarse todos esos motivos por los que, en la sentencia condenatoria, se aprecia la agravante del art. 22.8ª. Respecto al término “ejecutoriedad”, debe interpretarse en el sentido de que la sentencia debe ser firme y constar en el documento público y solemne en que ésta se consigna, según el art. 141 LECRIM.

Importante reseñar que la condena debe ser anterior en el tiempo al momento en que se comete el nuevo delito, es decir, si la condena es posterior en el tiempo, aunque derive de hechos cometidos con anterioridad al nuevo delito, no habrá reincidencia.

Para apreciar la reincidencia, como decimos, el delito desencadenante de la misma debe tener igual naturaleza que el cometido anteriormente. Es éste un concepto que ha merecido también una aclaración jurisprudencial, como la que en su momento hizo el Tribunal Supremo, al sentar que hay “igual naturaleza” cuando *“concorre una doble identidad: de bien jurídico protegido y del modo de ataque*

---

<sup>53</sup> GOYENA HUERTA, J. *“Comentarios al Código Penal”*. (Coord. GÓMEZ TOMILLO, M). Editorial Lex Nova, 2ª edición, 2011, págs. 219-221 y 347.

<sup>54</sup> STS 729/2004, Sala Segunda, de lo Penal, de 8 de Junio de 2004 (ROJ 3957/2004)

*concreto que ha sufrido aquel*<sup>55</sup>. Para entendernos, se estimará que concurre la reincidencia cuando se condene a una persona por un hurto de bienes en una tienda de ropa y conste una condena anterior por otro delito de hurto del mismo estilo. Es decir, no se tomarían en consideración un antecedente penal, por ejemplo, por conducir bajo los efectos de bebidas alcohólicas, dado que no se trataría de un delito comprendido en el mismo Título del Código Penal y no se cumple la igualdad de naturaleza exigida. Gozarán de igualdad naturaleza, por ejemplo, el robo con fuerza o el hurto, respecto del robo y hurto de uso<sup>56</sup>.

Como el Derecho Penal es una disciplina notablemente viva, se plantea en relación con la reincidencia y multirreincidencia otro problema: la constante modificación legislativa. Como se prevé con la reforma del CP, hay faltas penales que, por su entidad, dejarán de existir como tales y pasarán a sancionarse administrativamente. Cabe preguntarse entonces ¿qué ocurre con esas faltas que pueden estar ya enjuiciadas y condenadas con carácter firme? ¿cuentan a efectos de reincidencia? En ese caso, no cabría apreciar agravante de reincidencia (y tampoco computaría ese hecho a efectos de apreciar multirreincidencia) dado que la despenalización, *“por ser más beneficiosa para el reo retrotraería sus efectos hasta cancelar ese antecedente penal”*<sup>57</sup>, como lógica consecuencia del art. 9.3 CE.

De los **efectos penológicos de la multirreincidencia** se ocupa el vigente artículo 66.1.5ª CP: *“Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos por tres delitos comprendidos en el mismo Título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido”*. Es decir, cabe deducir que no habrá cualificación de la agravante del art. 22.8ª cuando con anterioridad sólo haya sido condenado, por ejemplo, por dos delitos de igual naturaleza. En ese caso se observaría simplemente una agravante de reincidencia, por lo que se puede entender entonces que la facultad del órgano judicial para la aplicación de pena superior en grado no tendría cabida.

Conviene detenerse un momento en esta cuestión, pues fue objeto de ciertos vaivenes pre-legislativos. Los Anteproyectos de Ley previos pretendían circunscribir la referencia a la reincidencia con la siguiente redacción: *“Cuando concurra la agravante*

---

<sup>55</sup> STS 807/2000, Sala Segunda, de lo Penal, de 11 de Mayo de 2000 (ROJ 3865/2000)

<sup>56</sup> STS 119/1999, Sala Segunda, de lo Penal, de 5 de Febrero de 1999 (ROJ 702/1999)

<sup>57</sup> GOYENA HUERTA, J.: op. cit., págs. 219-221 y 347.

de reincidencia, aplicarán 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<sup>58</sup>. Se eliminaba así la referencia actual a la comisión de al menos tres delitos anteriores (multirreincidencia). En cambio, el Proyecto de Ley mantiene finalmente la redacción actual del art. 66.1.5ª CP, apartándose de la redacción propuesta en los Anteproyectos.

Respecto de la referencia que se hace en los artículos 66.1.5ª y 22.8ª a la existencia o no de antecedentes penales, la reforma prevé la equiparación de los antecedentes penales en España a los que pueda tener el reo por sentencias condenatorias de tribunales de otros estados comunitarios<sup>59</sup>, medida que viene derivada del intercambio de antecedentes penales entre estados miembros de la UE<sup>60</sup> a través del ECRIS<sup>61</sup>.

Además, se pretende agilizar el trámite de cancelación de antecedentes penales modificando el vigente artículo 136 CP, eliminándose la exigencia de informe del órgano judicial que dictó la sentencia y suprimiendo también el requisito de la constancia de haberse efectuado el pago de las responsabilidades civiles o de la insolvencia del condenado. Es esta una novedad, que, personalmente, sí me merece una opinión positiva.

También hay que tener presente la **distinción entre multirreincidencia y la habitualidad criminal**, dado que ésta última no se limita a una repetición puramente objetiva de conductas delictivas, sino que incluye un elemento personal de “tendencia o hábito” a la perpetración de delitos, de interiorización personal de esas acciones. Como afirma REBOLLO VARGAS<sup>62</sup>, la habitualidad criminal, por tratarse de un concepto puramente criminológico “no encuentra acomodo en el texto de nuestro Código Penal”. Este mismo autor considera que “más que una circunstancia agravante, la multirreincidencia o reincidencia cualificada del art. 66.1.5ª es una regla para la individualización de la pena que permite aplicar la superior en grado”.

---

<sup>58</sup> Anteproyectos de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal (Julio y Octubre de 2012) Arta. 23º y 25º, respectivamente.

<sup>59</sup> Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal.

<sup>60</sup> Decisión Marco 2008/351/JAI, relativa a la organización y contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre Estados Miembros.

<sup>61</sup> Decisión 2009/316/JAI del Consejo, de 6 de Abril, por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS)

<sup>62</sup> REBOLLO VARGAS, R. “Reflexiones y propuestas sobre el tratamiento penal y procesal de la pequeña delincuencia patrimonial”. *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXI, 2011. págs. 571-575

Para CUENCA GARCÍA<sup>63</sup>, *“el fundamento de la agravación de la pena (del 234.2 CP, se entiende) se encuentra en la realización de tres acciones descritas como falta de hurto en el plazo de un año, no exigiéndose adquisición de hábito”*.

Por último, conviene detenerse en la **relación “histórica” más reciente entre la multirreincidencia en el hurto prevista en el artículo 234.2 y el delito continuado del art. 74 CP**. La figura de la continuidad delictiva permitiría que diversas faltas de hurto se pudieran convertir en un único delito de hurto cuando el valor de lo sustraído supere los 400 euros, siempre y cuando la perpetración responda a un plan preconcebido o al aprovechamiento de una idéntica ocasión<sup>64</sup>. Los requisitos del delito continuado han sido sobradamente perfilados por el Tribunal Supremo<sup>65</sup>, por lo que nos ahorraremos su exposición.

Ambas figuras conviven en nuestro sistema tras las dos últimas grandes reformas del Código Penal de 1995. El Tribunal Supremo ya se pronunció al respecto de esta relación en 1998<sup>66</sup>, cuando decía que *“en los casos de hurtos varios, la calificación como delito o falta debe hacerse por el total sustraído, si previamente a esa valoración económica se ha apreciado continuidad en las acciones sucesivas realizadas, por la concurrencia de los requisitos del artículo 74 CP, los cuales, perjudicando al reo, deberán interpretarse restrictivamente”*. Así, actualmente parece asegurada la compatibilidad entre ambos artículos (234.2 y 74 CP), pues si se dan los requisitos del art. 74 CP será éste el aplicable, y si no se dan, entrará en juego el art. 234.2.

Más recientemente<sup>67</sup>, en relación con la regla del art. 74.2, específica para las infracciones contra el patrimonio, señaló que ésta *“desplaza a la genérica del art. 74.1, de tal modo que no es obligado imponer la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior cuando se trate de infracciones continuadas contra el patrimonio”*. En similar sentido, se manifiesta la Audiencia Provincial de Zaragoza<sup>68</sup>.

En la misma línea se pronunció la Audiencia Provincial de Valladolid, al sostener que *“el art. 74.1 sirve para toda clase de infracciones penales en cuanto a la definición de delito continuado. Pero no es aplicable a las infracciones de carácter patrimonial en lo que se refiere a la obligación de imponer la pena en su mitad*

---

<sup>63</sup> CUENCA GARCÍA, M.J.: op. cit., pág. 101.

<sup>64</sup> LO 10/1995 del Código Penal. Art. 74.

<sup>65</sup> STS 523/2004, Sala Segunda, de lo Penal, de 24 de Abril de 2004 (RJ 2004\3458); STS 882/2005, Sala Segunda, de lo Penal de 5 de Julio de 2005 (RJ 2005\9173); y STS 367/2006, Sala Segunda, de lo Penal, de 22 de Marzo de 2006 (RJ 2006\5449), entre otras.

<sup>66</sup> Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de Sala del Tribunal Supremo de 27 de Marzo de 1998.

<sup>67</sup> STS 525/2003, Sala Segunda, de lo Penal, de 9 de Abril de 2003 (EUDER 68735/2013)

<sup>68</sup> SAP 274/2009, de Zaragoza, Sección 1ª, de 25 de Mayo de 2009 (EUDER 91192/2009)

superior. Las dos normas específicas que el art. 74.2 CP contiene son de aplicación preferente a la disposición general del 74.1 CP'. Recuerda además la posición del TS que "viene señalando que cuando se unifican en un solo delito continuado esas infracciones que, individualmente consideradas, habría de sancionarse como diferentes faltas, ha de excluirse la norma penológica del art. 74.1". La razón que esgrime es que "si este mecanismo de sumar las cuantías ha sido tomado en consideración para convertir las faltas en un delito continuado, no puede servir al mismo tiempo para aplicar la sanción agravada del art. 74.1, ya que estaríamos vulnerando el principio "non bis in idem"<sup>69</sup>. En este sentido también se han pronunciado otras Audiencias Provinciales<sup>70</sup>.

En cambio, CUENCA GARCÍA<sup>71</sup>, posicionándose al lado de GARCÍA ARÁN, entiende que "ambos preceptos coinciden en objetivos (condenar hechos repetidos que se tratan jurídicamente como un solo delito) y además que la solución penológica prevista en el art. 234.2 prevalece por ser especial", lo que la hace dudar de su necesidad.

Resulta procedente aquí analizar los sucesivos enfoques de la cuestión en los dos anteproyectos de ley previos al Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal. Respecto de la cuestión que aquí nos interesa (delito continuado), se aprecian diferencias entre las redacciones previstas en los dos Anteproyectos de Ley y el definitivo Proyecto de Ley. Por un lado, mientras los primeros incluían la referencia a la "cercanía espacial y temporal" en la comisión de las conductas delictivas, el Proyecto de Ley eliminó la referencia "espacial", ci ndose únicamente al criterio temporal.

La eliminación del criterio espacial fue propuesta por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) por entender que "no era tan determinante como la cercanía temporal para esclarecer el propósito unitario del autor" a la hora de cometer las infracciones y porque "el distanciamiento temporal excesivo puede ser revelador de la ausencia de plan preconcebido o de aprovechamiento de idéntica ocasión"<sup>72</sup>. Por otro lado, el Proyecto recupera definitivamente una previsión no recogida en los Anteproyectos, relativa a que en las infracciones contra el patrimonio "se impondría la pena superior en uno o dos grados, si el hecho revistiese notoria gravedad y hubiera afectado a una generalidad de personas" y que ya existe en el actual Código Penal de 1995. Si bien esa mención parece ir destinada más bien a delitos como la estafa, la

<sup>69</sup> SAP 222/2011, de Valladolid, Sección 2 , de 23 de Junio de 2011 (EUDER 118720/2011)

<sup>70</sup> SAP 39/2008, de Granada, Sección 2 , de 25 de Enero de 2008 (EUDER 139195/2008);

<sup>71</sup> CUENCA GARCÍA, M.J.: op. cit., pág. 104.

<sup>72</sup> Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal, pág. 63.

referencia genérica a “*infracciones contra el patrimonio*” siembra la duda de si se extendería también a casos de hurto. Sorprende que no se pretendiese conservar en los Anteproyectos estudiados pero sí se incluyese finalmente en el Proyecto.

### 3.2.2. LA DELINCUENCIA GRAVE

En relación a la anunciada lucha contra la **delincuencia grave** que propone la Reforma cabe decir que ésta se basa realmente en las siguientes líneas:

- Una modificación del sistema específico de agravantes de los delitos patrimoniales en general, que pasan a ser aplicables también al hurto.
- La nueva redacción del artículo 235 CP y la inclusión de un nuevo art. 235 bis, con el propósito de dar cabida a nuevas circunstancias agravantes (como la profesionalidad en la comisión de los delitos y la delincuencia organizada, por ejemplo) que serán objeto de análisis en las siguientes páginas.
- La posible aplicación de medidas de seguridad a delincuentes patrimoniales *peligrosos*.

En resumidas cuentas, la reforma pretende combatir la delincuencia grave con medidas legislativas que se inspiran claramente en el criterio de la “*peligrosidad criminal*” del sujeto. En ese sentido, coincido con algunas voces críticas que han catalogado la proyectada reforma penal como “*punitivista*” y con una finalidad de “*prevención*”, alrededor de tres líneas: “*eleva sin más la pena prevista; introducir subtipos agravados atendiendo a sus formas de comisión; y establecer una agravante específica si el delito es cometido “en cuadrilla”*”<sup>73</sup>.

Es precisamente esta última apreciación la que personalmente más cuestiono, por compartir plenamente la opinión de que la prisión debe tener un fin reinsertador y no quedar reducida a un simple enjaulamiento, pues la previsión del art. 570 ter, (delito de integración en grupo criminal) o incluso la contenida en el 515.1 CP (asociación ilícita) ya es instrumento suficiente, a mi juicio, para prescindir de incluir una nueva agravante específica en el futuro art. 235 bis.1.2º, inclusión que rayaría ya en la vulneración del principio *non bis in idem*.

El propio CGPJ ha destacado igualmente, en una opinión que comparto plenamente, el claro endurecimiento de las penas previstas para el hurto, “*hasta el extremo de cuestionar seriamente la adecuada proporcionalidad que debe existir entre*

---

<sup>73</sup> AA.VV. “Reflexiones jurídicas en torno a la anunciada reforma penal”, 2012. Plataforma “Otro Derecho Penal es posible”. [www.otroderechopenal.com](http://www.otroderechopenal.com)

*la gravedad del delito y la correlativa respuesta punitiva*<sup>74</sup>. En resumidas cuentas, el espíritu que aflora en este punto es, una vez más, el palpable endurecimiento del tratamiento penal de las infracciones leves y la más que probable vulneración de la proporcionalidad en la imposición de la pena<sup>75</sup>.

### **3.3 TIPOS AGRAVADOS. NUEVAS CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES EN EL DELITO DE HURTO**

Si el artículo 234 recoge el tipo básico de hurto, es al 235 al que le corresponderá determinar los tipos agravados de la pequeña delincuencia patrimonial que venimos estudiando. En particular, se modifican algunas de las circunstancias existentes que daban lugar a agravación y se incluyen otras nuevas, hasta sumar un total de ocho. Nuestro estudio se centrará exclusivamente así en las novedades introducidas, prescindiendo de analizar las que ya existían con anterioridad.

#### **3.3.1 EL HURTO DE CONDUCCIONES DE SUMINISTROS ELÉCTRICOS O CABLEADO DE TELECOMUNICACIONES**

El claro aumento de los casos de sustracciones de cableado de telecomunicaciones (en especial hilo de cobre) que se ha venido produciendo en los últimos años, ha provocado que se haya procedido a una revisión del tratamiento penal de estas conductas, que actualmente se incardinaban en la previsión del art. 235.2º CP, que castiga con la pena de prisión de uno a tres años *“cuando se trate de cosas de primera necesidad o destinadas a un servicio público, siempre que la sustracción ocasionare un grave quebranto a éste o una situación de desabastecimiento”*.

Por lo tanto, las sustracciones de hilo de cobre se entendía que merecían una mayor pena por entender que dicho material y cableado está destinado a un servicio público (como pueden ser las telecomunicaciones o el alumbrado público) y por que llegaba a producir una situación de desabastecimiento (pensemos en los cortes del fluido eléctrico a los usuarios o la interrupción de la telecomunicación). Ello sin perjuicio del daño económico que la propia conducta origina.

Así, la nueva redacción del art. 235 CP propuesta en el Proyecto de reforma traslada esta problemática, aun manteniendo la misma pena, al ordinal 3º en los siguientes términos: *“Cuando se trate de conducciones, cableado, equipos o*

---

<sup>74</sup> Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal.

<sup>75</sup> AA.VV. “ La derogación de las faltas en el anteproyecto de reforma del Código Penal”, 2013, pág. 36. Plataforma “Otro Derecho Penal es posible”. [www.otroderechopenal.com](http://www.otroderechopenal.com)

*componentes de infraestructuras de suministro eléctrico o de servicios de telecomunicaciones, o de otras cosas destinadas a la prestación de servicios de interés general, y se cause un grave quebranto a los mismos*". Como se puede observar, se caracteriza por una mayor concreción, frente a la anterior regulación, que aludía genéricamente a "cosas destinadas a un servicio público". Se mantiene además la exigencia de grave quebranto.

El CGPJ ya percibe en su informe que en la reforma penal se exige el requisito del "grave quebranto", como en la actual regulación. Pero este órgano también sugiere que podría eliminarse dicho requisito, pues así el precepto tendría "*un alcance disuasorio de mayor envergadura, muy útil para poner coto al constante incremento de esta modalidad delictiva, y además evitaría que la punición agravada dependiera de los factores circunstanciales asociados al funcionamiento del servicio o suministro*"<sup>76</sup>.

Por su parte, el Consejo Fiscal avala también la reforma del artículo 235, al menos en lo que a esta cuestión se refiere, por entender que "*generan grandes perjuicios económicos a las compañías eléctricas y telefónicas, e incluso a las ferroviarias, afectando a servicios públicos y creando en ocasiones problemas de suministro*"<sup>77</sup>.

Es conveniente hacer referencia aquí a las relaciones entre esta modalidad delictiva y la del delito de desórdenes públicos regulada en el vigente artículo 560 CP. El párrafo 1 del citado artículo castiga con penas de prisión de uno a cinco años a "*los que causaren daños que interrumpen, obstaculicen o destruyan líneas o instalaciones de telecomunicaciones...*"Y el párrafo 3 impone igual pena a "*los que dañen las conducciones o transmisiones de agua, gas o electricidad para las poblaciones, interrumpiendo o alterando gravemente el suministro eléctrico*". Esta regulación no experimenta cambios en el Proyecto de Ley de reforma.

Si bien el delito de desórdenes públicos (en su modalidad de daños en servicios públicos) del artículo 560 y los delitos de hurto tienen por objeto la protección de bienes jurídicos distintos (el primero, el orden público; los segundos, el patrimonio y el orden socioeconómico) no deja de llamar la atención que la comisión de una misma conducta puede plantear dudas en torno a si se trata de un daño de los contemplados en el art. 560 o una modalidad agravada de hurto. A mi juicio, el elemento determinante de la opción por uno u otro tipo penal será la intencionalidad o *animus* del autor: si lo que pretendía era causar una obstaculización o destrucción del servicio

---

<sup>76</sup> Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal, págs. 186 y 187.

<sup>77</sup> Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal, pág. 207.

se aplicaría el art. 560 y si el propósito de aquél era principalmente apropiarse con ánimo de lucro del material conductor (cobre, por ejemplo), aún aceptando internamente que podría generar una situación de interrupción grave del servicio público, estaríamos ante un hurto agravado, aplicándose en ese caso el vigente art. 235.2º.

A modo de conclusión, cabe decir que teniendo en cuenta que no aumenta la pena con la que se amenaza al autor de este tipo de conductas delictivas (pues seguirá siendo de uno a tres años de prisión), da la sensación de que, una vez más, se incluyen modificaciones innecesarias, por cuanto las sustracciones de cobre venían siendo castigadas conforme al vigente art. 235.2º (por tratarse de “*cosas destinadas al servicio público*” y cuya sustracción puede generar “*un grave quebranto o una situación de desabastecimiento*”). En mi opinión, la reforma en este punto es más formal o aparente que real y vuelve a responder a esa curiosa tendencia del legislador durante los últimos años de dictar normas “a golpe de titular de prensa”.

### **3.3.2 EL HURTO COMETIDO EN EXPLOTACIONES AGRÍCOLAS Y GANADERAS**

La inclusión de este novedoso tipo agravado responde a la denuncia que colectivos agrícolas y ganaderos hacían sobre la situación de sus explotaciones, las cuales venían siendo objeto de auténticos saqueos que afectaban notablemente el desarrollo de su medio de vida. Se da la circunstancia de que estos hechos afectan a granjas e instalaciones situadas a cierta distancia de los núcleos urbanos, con lo que la sensación de desprotección de estas personas era alta. El otro motivo por el que se ha decidido incluir este tipo agravado responde a los graves perjuicios que se causan, por superar este el valor de los objetos sustraídos. Es decir, al valor de lo sustraído se añade el perjuicio económico adicional que implica para la explotación agrícola o ganadera.

Así, el Proyecto de Ley ha decidido afrontar esta problemática, con su inclusión en el futuro art. 235. 4º en los siguientes términos: “*Cuando se trate de productos agrarios o ganaderos, o de los instrumentos o medios que se utilizan para su obtención, siempre que el delito se cometa en explotaciones agrícolas o ganaderas y se cause un perjuicio grave a las mismas*”. Conviene hacer unas observaciones al respecto.

Como aclara MUÑOZ CUESTA<sup>78</sup>, la agravación “*no es automática por el hecho*

---

<sup>78</sup> MUÑOZ CUESTA, F.J. “Nueva protección penal de las explotaciones agrarias y ganaderas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 871, Pamplona, 2013.

*de que la acción se efectúe en explotaciones agrícolas o ganaderas, sino que ha de concurrir o causarse un grave perjuicio en ellas”.*

Para poder agravar la pena, la sustracción debe afectar a los productos agrícolas o ganaderos (animales destinados a explotación, plantaciones). No se incluirían los animales de mera compañía que pudieran habitar la explotación. También se incluirán en el ámbito de protección los instrumentos o medios utilizados para la explotación, quedando fuera del tipo agravado la sustracción de *“objetos de ornamento, decoración o incluso estructurales del inmueble o que se encuentren en el edificio, porque no son productos, medios ni instrumentos para la obtención”* de productos agro-ganaderos.

En cuanto al concepto de *“perjuicio grave”*, ya he adelantado que abarca más allá del valor de lo sustraído en la explotación; incluirá también el *“posible quebranto de su continuidad o una dificultad importante a la hora de desarrollar el trabajo propio que requiere la explotación”*.

En mi opinión, este último inciso nos recuerda al previsto en el 235.5ª, cuando se refiere a la *“producción de perjuicios de especial consideración* lo cual parece que esta circunstancia se vería cubierta y protegida ya en la actual redacción del CP, sin necesidad de reiterarla por el hecho de que afecte concretamente al caso de explotaciones agro-ganaderas. Coincido con MUÑOZ CUESTA cuando afirma que posiblemente la solución a estos problemas pase más por un refuerzo y mayor eficacia de la acción policial en estos ámbitos, que por la inclusión de una agravación penal concreta,.

A mi juicio, la inclusión de este tipo agravado podría generar un agravio comparativo con otros tipos de explotaciones profesionales, pues siguiendo ese razonamiento del legislador, podría haberse incluido una previsión particular para las explotaciones industriales o para los pequeños establecimientos comerciales, cosa que no se ha producido. Como dije anteriormente, el legislador parece volver a dejarse influenciar por la actualidad informativa a la hora de afrontar la reforma.

### **3.3.3 ABUSO DEL DESAMPARO DE LA VÍCTIMA Y PILLAJE EN SITUACIONES DE CATÁSTROFE**

El Proyecto de Ley de reforma del Código Penal recoge estas situaciones en el futuro artículo 235.6, refiriéndose a ellas en los siguientes términos: *“Cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de sus circunstancias personales o de su situación de desamparo, 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”.*

Si lo comparamos con la regulación actual, se ha producido una extensión del ámbito de apreciación de esta agravación, pues hasta ahora, este supuesto se recogía de una forma mucho más escueta en el artículo 235.4 CP: *“Cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizando abusando de las circunstancias personales de la víctima”.*

Se pueden diferenciar así dos supuestos en la propuesta de reforma: a) abuso de las circunstancias personales de la víctima; y b) aprovechamiento de la situación que se genera tras un accidente o a consecuencia de la existencia de un peligro general para la comunidad (aquí debe entenderse que se refiere a situaciones de pillaje o saqueo en casos de catástrofes naturales, graves disturbios en las calles, o situaciones de guerra). Lo cierto es que la referencia que hace el Proyecto es un tanto confusa y general, por lo que abre la puerta a la consideración de numerosas situaciones, por lo que la agravación penológica podría darse en multitud de circunstancias.

Respecto al primer supuesto, estaríamos ante un **abuso de circunstancias personales de la víctima** cuando se produzca, por ejemplo, el hurto de unas joyas aprovechando que la víctima carecía de autonomía personal por estar afectada por una demencia senil que le producía un deterioro cognitivo severo<sup>79</sup>. En esa ocasión, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por los condenados y se mantuvo la aplicación de la agravación prevista en el actual artículo 235.4.

Sobre el concepto de **“desamparo económico”**, cabe traer a colación el criterio mantenido por el Tribunal Supremo, para el que *“la gravedad del resultado mencionado se contempla desde una perspectiva personal y subjetiva, en consideración a la situación patrimonial de la víctima y de los deberes económicos que tenga consigo mismo y con su familia”*. A la vez, aclara que *“no significa que el perjudicado deba quedar en la indigencia y penuria económica absoluta, bastando la realidad de una situación patrimonial difícil o insegura”*<sup>80</sup>. Si bien este pronunciamiento derivaba de un caso de estafa, cabe igualmente tomar en consideración la delimitación que hace del “desamparo”, por tratarse de un concepto aplicable al resto de delitos patrimoniales.

---

<sup>79</sup> STS 832/2004, Sala Segunda, de lo Penal, de 30 de Junio de 2004 (EUDER 13740/2004)

<sup>80</sup> STS 1169/2006, Sala Segunda, de lo Penal, de 30 de Noviembre de 2006 (EUDER 145087/2006)

La interpretación sostenida por el Tribunal Supremo es compartida por autores como GARCÍA ARÁN, para quien “no se trata de valorar el perjuicio objetivo en términos contables, que incluso puede ser de escasa entidad, sino de tomar en consideración la situación creada en la víctima, que en determinadas ocasiones puede ser grave incluso con cantidades relativamente escasas”<sup>81</sup>. En definitiva, hay que tener en cuenta la relación ataque antijurídico/situación de la víctima a la hora de graduar la pena.

Como decíamos, la verdadera reforma se produce con la inclusión de la referencia al **aprovechamiento de 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**. Bajo una descripción tan general parece que se hace referencia (y así se justifica en la Exposición de Motivos de la reforma) a los habituales casos de **pillaje** tras producirse una “*catástrofe natural o calamidad pública*”. Se trata de momentos caóticos en los que las fuerzas de orden público no pueden hacer frente debidamente a la lucha contra la delincuencia patrimonial que pudiera generarse, dado que están centrando sus esfuerzos en labores de rescate o de protección civil (pensemos en la situación que se produce tras un terremoto). No obstante, la previsión incluida en el Proyecto de Ley parece pensar igualmente en otros tipos de escenarios, como el que puede producirse en una insurrección popular o en una huelga violenta.

En resumen, si bien la pena con la que se amenaza sigue siendo la misma (prisión de 1 a 3 años) la agravación reside en la ampliación de ese castigo a situaciones antes no contempladas, al incluir los supuestos de pillaje durante situaciones de catástrofe o calamidad, y en el hecho de que supone una extensión a los casos de hurto de los tipos agravados previstos para el robo, pese a que en los primeros hay total ausencia de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas.

En mi opinión, vuelve a producirse una agravación innecesaria, pues no parece proporcional que al autor de un delito de hurto (en el que hay ausencia de violencia o intimidación sobre las personas o de fuerza en las cosas) se le pueda acabar imponiendo una pena similar a la que le pudiera corresponder al autor de un robo en las mismas circunstancias (pillaje en situación de catástrofe). Recordemos que para el caso del robo, la pena prevista es de 2 a 5 años de prisión si se da alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 235 y el hurto “agravado” se castiga entre 1 y 3 años de prisión, pudiendo darse la circunstancia de que una persona autor de un

---

<sup>81</sup> GARCÍA ARÁN, M.: op. cit., pág. 160.

delito de hurto “agravado” por la futura circunstancia 6ª del 235 CP podría ser condenado a un máximo de 3 años de prisión. Pena a la que, tras apreciar la misma circunstancia, podría ser condenado el autor de un robo.

### 3.3.4 PROFESIONALIDAD EN LA COMISIÓN DE LOS HECHOS

Se trata de una nueva agravación del tipo penal, dado que la referencia expresa a la “**profesionalidad**” delictiva no se recoge en el vigente artículo 235 del Código Penal. Viene a suponer la no aplicación del tipo atenuado (el denominado “delito leve”) cuando estemos en presencia de esta circunstancia.

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal que venimos analizando pretende solucionar los problemas que venía planteando la denominada “delincuencia profesional”, es decir, la comisión paulatina de delitos como medio habitual de vida, ante la carencia de una actividad profesional o de ingresos económicos lícitos o bien de forma complementaria a estos. Pretende combatirse así la situación que, según el Proyecto, venía dándose hasta ahora: la condena por meras faltas sucesivas cometidas por esos delincuentes “profesionales”. Con la reforma, sus autores podrán ser castigados con penas de prisión que oscilan entre 1 y 3 años.

Este tipo agravado se prevé en el futuro artículo 235.7ª en el que incluso se incluye una escueta definición de lo que se entenderá por “profesionalidad”. Según dicho precepto, se impondrá una pena entre 1 y 3 años de prisión “*Cuando el autor actúe con profesionalidad. Existe profesionalidad cuando el autor actúa con el ánimo de proveerse de una fuente de ingresos no meramente ocasional*”. Parece que la referencia a un ánimo personal del autor incorpora un elemento psicológico.

La inclusión del término “profesionalidad” ha sido cuestionada por el Consejo General del Poder Judicial, en especial en lo referente a la “*vaguedad en la redacción utilizada, que puede dar lugar a que su aplicación al caso concreto resulte problemática, dadas las dificultades que acarreará la constatación empírica del designio del autor y la frecuencia con que comete ese tipo de infracción*”<sup>82</sup>. En otras palabras, habrá dudas a la hora de fijar cuántas infracciones habrán de cometerse para presuponer la existencia de “profesionalidad” en el autor, así como determinar si su ánimo (vuelvo a insistir en el componente psicológico de la acción) es el de hacer

---

<sup>82</sup> Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal, pág 187.

del delito su medio habitual de vida. Estos mismos problemas de prueba son advertidos también por el Consejo Fiscal<sup>83</sup>.

Por otro lado, personalmente he de criticar que la agravación por profesionalidad puede entrar en colisión con la previsión de la agravante de reincidencia del art. 22.8 CP (con los efectos penológicos recogidos en el artículo 66.1.8ª) por cuanto el futuro artículo 235.7ª no especifica si la apreciación de “profesionalidad” dependerá o no de la existencia o inexistencia de condenas ejecutorias anteriores por hechos delictivos de la misma naturaleza. Entiendo que si existen condenas ejecutorias anteriores, la apreciación de profesionalidad en la comisión podría acarrear una doble agravación penológica muy cuestionable.

En mi opinión, coincidiendo en este punto con el Consejo Fiscal, si bien es cierto que la continua comisión de delitos merece un reproche mayor que la comisión puramente ocasional, parece que la inclusión específica de la “profesionalidad” como supuesto agravado del hurto va a traer consigo muchas dudas razonables a la hora de apreciarla, por implicar problemas de prueba desde el momento en que habría que valorar si la intención del sujeto es que la delincuencia sea su vía de subsistencia ordinaria, máxime cuando puede darse el caso de que se trate de sustracciones de escaso valor, aun cuando sean sostenidas en el tiempo. Personalmente considero que el ánimo de lucro, elemento típico del hurto, no precisaría de la apreciación de más ánimos “complementarios” a la hora de castigar la conducta delictiva concreta.

### **3.3.5 UTILIZACIÓN DE MENORES DE EDAD**

Hasta ahora se venía contemplando este supuesto en el vigente artículo 235.5º CP, donde se incrementaba la pena por la utilización de menores de catorce años de edad para la comisión del delito. Venía siendo este un fenómeno muy extendido, ya que la perpetración del hecho por un menor de catorce años, aun cuando del resultado de la apropiación se beneficiase realmente un mayor de edad (sometido al Código Penal), quedaba fuera del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores<sup>84</sup>. Muy al contrario, a esos menores de catorce años se les aplicarían las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil<sup>85</sup>. Si bien el tratamiento jurídico de la responsabilidad de los menores de catorce años que cometen delitos no es objeto de estudio de este Trabajo Fin de Master, sí podemos dejar apuntada la opinión de

---

<sup>83</sup> Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal, pág 209.

<sup>84</sup> Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Art.1.

<sup>85</sup> Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Art.3.

algunos expertos acerca del régimen de protección de esos niños y niñas, pues entienden que *“ante la comisión de un delito, la declaración de impunidad y la ausencia de respuesta puede favorecer en el menor una desconfianza hacia un sistema que se perfila como incoherente porque educa a sus niños en valores de responsabilidad-responsabilización, pero cuando ha cometido un delito es declarado como no responsable”*. También afirman que *“hay que dar una respuesta adecuada y educativa a estos menores que sea distinta de la judicial, pero que también sea distinta de la típicamente protectora”*<sup>86</sup>.

Por lo tanto, la regulación vigente incluyó el artículo 235.5º con la intención de que esas sustracciones no quedasen impunes penalmente hablando y ese mismo espíritu es el que continúa existiendo en la propuesta de reforma.

Así las cosas, el futuro artículo 235.8º recoge este supuesto agravado imponiéndole una pena de 1 a 3 años de prisión *“cuando se utilice a menores de dieciséis años para la comisión del delito”*. Tanto el CGPJ como el Consejo Fiscal parecen estar de acuerdo con la elevación de la edad señalada, pues no ha sido objeto de crítica en sus respectivos Informes durante la tramitación parlamentaria de la reforma.

En este punto la modificación planteada suscita alguna duda. En mi opinión, la propuesta de reforma suaviza la regulación respecto a la situación preexistente, por cuanto la utilización de menores de catorce años para la perpetración de delitos o faltas sí parecía suponer una mayor *“burla al sistema”*, por cuanto se aprovechaba la situación de inimputabilidad penal de aquel menor para la comisión de faltas y delitos contra el patrimonio, de cuyo resultado se beneficiaba realmente un adulto; mientras que con la reforma propuesta, la agravación real de la responsabilidad penal parece más dudosa, ya que un adolescente de 15 años, por ejemplo, ya sería por sí mismo penalmente responsable conforme a la Ley 5/2000, aplicándosele las medidas que resultasen más oportunas para él y quedando así castigada la infracción cometida. Por lo tanto, podrían plantearse problemas de prueba acerca de si el joven cometió la infracción penal por su propia voluntad y responsabilidad y con un ánimo de lucro propio o si su participación en la comisión de los hechos fue meramente *“instrumental”*, de modo que una tercera persona mayor de edad sería el verdadero beneficiario del resultado.

---

<sup>86</sup> BERNUZ BENEITEZ, M.J.; FERNÁNDEZ MOLINA, E, y PÉREZ JIMÉNEZ, F. *“El tratamiento institucional de los menores que cometen delitos antes de los 14 años”*. *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 4, 2006.

### 3.4 EL NUEVO TIPO AGRAVADO DE PORTE DE ARMAS O PERTENENCIA A GRUPO CRIMINAL: EL NUEVO ARTÍCULO 235 BIS

La inclusión de un nuevo artículo 235.bis supone una de las novedades más llamativas del Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, en lo que al tratamiento penal de la delincuencia patrimonial se refiere. Novedad que no deja de suscitar cuestiones de interés para su análisis, por su relación con otras figuras delictivas, en especial con el robo, como tendremos ocasión de comprobar en las siguientes líneas.

#### 3.4.1 PORTE DE ARMAS

La inclusión de esta circunstancia se justifica en la Exposición de Motivos de la Proyecto de Ley Orgánica de modificación del vigente Código Penal por *“la peligrosidad potencial de quien da inicio a la ejecución de un delito patrimonial llevando consigo un arma que podría llegar a utilizar en cualquier momento”*. Esta agravación se prevé en el apartado uno del citado precepto, castigándose con pena de prisión de 1 a 4 años a quien cometa un delito de hurto *“cuando él mismo u otro de los partícipes en el delito porte un arma o instrumento peligroso”*. En este sentido, se apartó de la propuesta recogida en el Anteproyecto de Octubre de 2012, que preveía una pena que oscilaba entre 2 y 4 años de prisión.

La modificación merece realizar algunas observaciones. En primer lugar, se hace referencia objetivamente al porte de *“un arma o de un instrumento peligroso”*. El Tribunal Supremo hizo una delimitación del **concepto de “arma o instrumento peligroso”** desde mediados de los años 80, considerando como tales aquellos que *“se erijan en instrumentos idóneos para atemorizar o suscitar pavor o espanto, siéndoles ínsita una evidente y apreciable peligrosidad, facilitándose así el ilícito propósito perseguido”*<sup>87</sup>, reiterando la clasificación de los distintos tipos de armas que había hecho ya en 1985 incluyendo *“no sólo las de fuego, capaces de propulsar proyectiles mediante la deflagración de pólvora, sino también aquellas que los propulsen de otro modo (hondas, arcos, ballestas, rifles de aire comprimido); las “blancas” (cuchillos, navajas, cortaplumas, puñales, estoques, hachas...) e incluso las que, destinadas a usos lícitos, en determinados momentos se usan como instrumentos vulnerantes, tales como hoces, guadañas, martillos, barras de hierro o destornilladores, sin olvidar los palos, estacas o garrotes”*<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> STS 3810/1986, Sala Segunda, de lo Penal, de 2 de Julio de 1986 (ROJ 3810/1986)

<sup>88</sup> STS 588/1985, Sala Segunda, de lo Penal, de 11 de Noviembre de 1985 (ROJ 588/1985)

Plantea más dudas la referencia al hecho del “**porte**”. Llama la atención que se haga referencia al porte de un arma u objeto peligroso durante la ejecución del delito cuando se está regulando un delito patrimonial que se caracteriza precisamente por la ausencia de violencia o intimidación en las personas. Además, la justificación de la mayor punición propuesta se fuerza de tal manera que llega a hacerse depender incluso del hecho de que quien porta el arma sea un tercero co-autor, de modo que se podría plantear la duda de si no se estará ante una vulneración del principio de proporcionalidad de la pena. Un ejemplo explica esta opinión personal: si dos personas ejecutan un hurto y sólo una de ellas porta un arma (sin llegar a utilizarla e incluso sin conocimiento de ello por la víctima), podría darse la circunstancia de que finalmente se agravase la pena tanto para el portador del arma como para el otro autor, lo cual no parece muy acertado. Máxime si tenemos en cuenta que cabe la posibilidad de que uno desconozca totalmente que su “compañero” porta un arma en ese momento. El pre-legislador vuelve a manifestar su predilección por un “Derecho penal de la peligrosidad”.

Entiendo que la inclusión de esta agravación del tipo penal es innecesaria, no sólo por las apreciaciones que acabo de hacer, sino por cuanto acabará por difuminar la delimitación actual entre hurto y robo, más si tenemos en cuenta que, respecto a las penas a imponer, la desproporción sería evidente. Pensemos que en el caso del robo con violencia o intimidación: la agravación por el USO de armas o instrumentos peligrosos (art. 242.2 CP) se castiga actualmente con penas que oscilan entre los 3 años y 6 meses y los 5 años de prisión (pues se aplica en su mitad superior la pena prevista en el apartado 1 del mismo precepto, que fija penas de prisión de 2 a 5 años, incluyéndose en el Proyecto de reforma la previsión de que dicha pena en su mitad superior se aplicará también en caso de concurrir la circunstancia del art. 235.bis 1º que estamos analizando).

Recordemos que la pena propuesta en el proyecto de reforma en el futuro artículo 235.bis, apartado 1º, podría alcanzar incluso los 4 años de prisión. Es decir, podríamos llegar a encontrarnos en la práctica casos en que se acaben castigando con igual pena un hurto agravado por el PORTE de armas y un robo con intimidación agravado por el USO o el PORTE de armas.

### **3.4.2 PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN O GRUPO CRIMINAL**

A título simplemente ilustrativo e introductorio conviene recordar los conceptos actuales de **organización criminal** y de **grupo criminal** recogidos en nuestro Código Penal (artículos 570 bis y 570 ter), perfilados gracias a las aportaciones de legislación

comunitaria, que ya recogía un concepto de “organización delictiva”<sup>89</sup>. La Fiscalía General del Estado también se encargó de precisar las notas distintivas entre ambos<sup>90</sup>.

a) **Organización criminal:** “Agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”.

b) **Grupo criminal:** “Unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas”.

Este subtipo agravado se ha incluido en el futuro artículo 235.bis 2º, estableciéndose una pena de 1 a 4 años de prisión “*cuando se trate de un miembro de una organización o grupo criminal constituido para la comisión continuada de delitos contra la propiedad, y otro de sus integrantes participe en la comisión del delito*”.

Esta modificación supone una continuación del tratamiento penal de estas organizaciones y grupos que se inició con la reforma del Código Penal por la LO 5/2010, introduciendo un Capítulo VI en su Título XXII. Introducción que generó un amplio debate doctrinal, con posturas críticas y favorables, como nos recuerda SUÁREZ LÓPEZ<sup>91</sup>. Entre los primeros podemos citar a SAINZ CANTERO CAPARRÓS, para quien el legislador de 2010 “*en lugar de optar por la supresión de los delitos de asociación ilícita y su sustitución por una fórmula más específica y coherente con otros modelos de derecho comparado (...) ha optado por la peor y más confusa de las soluciones: mantener los delitos de asociación ilícita, sin más modificaciones, conservar e incluso dar mayor dimensión a los diversos tipos cualificados por pertenencia del autor a una organización o asociación criminal, e incorporar finalmente esta nueva modalidad delictiva relativa a las organizaciones y grupos criminales*”. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE entiende que “*carece de sentido que se siga manteniendo el delito de asociación ilícita junto con el de organización criminal*”<sup>92</sup>.

Entre los partidarios de la reforma de 2010 en materia de criminalidad organizada se encontraría por ejemplo, GARCÍA RIVAS, para quien la inclusión de una

---

<sup>89</sup> Decisión-Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de Octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada.

<sup>90</sup> Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, págs. 20 y 21.

<sup>91</sup> SUÁREZ LÓPEZ, J.M.: “Aspectos dogmáticos y político-criminales en el tratamiento penal de la criminalidad organizada”. *Anales de Derecho*, nº 30, 2012, págs.98-100

<sup>92</sup> MUÑOZ CONDE, F.: “Derecho Penal. Parte Especial”. Edit. Tirant Lo Blanch (18ª edición), pág. 910.

regulación expresa de los grupos y organizaciones criminales “constituía una necesidad reclamada no sólo por la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de algunos instrumentos jurídicos internacionales básicos, sino también por la Fiscalía General del Estado”, por cuanto hasta entonces las figuras recogidas en el Código Penal “adolecían de lagunas de punibilidad explícitas”.

El tipo agravado exige así, por un lado, que el autor del delito sea “miembro” de la organización o grupo criminal. La generalidad del concepto “miembro” considero que ya suscita dudas, por cuanto tal condición puede abarcar desde la propia ejecución fáctica de los delitos hasta la mera financiación de la organización o grupo. Por otro lado, se exige además que “otro de sus miembros” participe en la comisión del delito. Vuelve a dejarse en el aire el grado de participación de este segundo implicado en los hechos, aunque la generalidad de la referencia parece que incluiría tanto la autoría como la complicidad o la cooperación necesaria. De todos modos, en mi opinión sería necesaria una mayor precisión.

Pero los verdaderos problemas, más que soluciones, que aporta la inclusión de este nuevo subtipo agravado del art. 235.bis 2º residen en la duplicidad normativa que puede suponer con respecto a los artículos 515.1 (asociación ilícita) y 570 bis y 570 ter (organización y grupo criminal) del vigente Código Penal, por cuanto la referencia a la organización o grupo criminal que se recoge en el citado 235 bis podría incardinarse perfectamente en el art. 570 ter.1, párrafo segundo. El CGPJ ya consideraba que “*dado que el hecho de formar parte de un grupo u organización criminal se sanciona de forma autónoma, se antoja excesivo agravar la comisión del hurto por el simple hecho de actuar conforme a los fines de la asociación creada para delinquir, siendo indiferente, a estos efectos, que el subtipo agravado de hurto prevea la intervención de al menos dos miembros de la organización o grupo*”<sup>93</sup>. En la misma línea se manifiesta el Consejo Fiscal, al afirmar que “*resulta innecesario y perturbador introducir dicha agravación, pues la condición de miembro de una organización criminal ya está sancionada en el art. 570 bis con una pena que debería sumarse al delito cometido, lo que permitiría incluso una sanción mayor que la regulada en este nuevo precepto*”<sup>94</sup>.

Desde el punto de vista de los fiscales también han surgido críticas con al misma argumentación que la arriba señalada<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal, pág 190.

<sup>94</sup> Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal, pág 210.

<sup>95</sup> LUZÓN CÁNOVAS, M.: “La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales”. *Revista de Jurisprudencia*, nº 1, julio de 2011.

## 4. CONCLUSIONES

**Primera.- La vuelta al “Derecho penal de la peligrosidad”.** A la hora de regular los el tipo básico y los tipos agravados del hurto se observa una tendencia a prestar más atención a la peligrosidad potencial del sujeto autor que a las conductas delictivas objetivamente consideradas. De hecho, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal se llega, sin rubor alguno, a hacer referencia expresa a la “*peligrosidad potencial*” de quien da inicio a la ejecución de un delito patrimonial, en concreto cuando alude al nuevo art. 235 bis 1º (porte de armas). La reforma pretende combatir la delincuencia grave con medidas legislativas que se inspiran claramente en el criterio de la “peligrosidad criminal” del sujeto. Se tiende así a convertir hechos de relevancia menor en delito, en consideración a quién sea el autor de los mismos.

**Segunda.- Innecesariedad de algunas de las modificaciones propuestas.** Se dan casos en que esta innecesariedad se hace palpable, por ejemplo, en el art. 235.bis 2º, cuando se agrava la pena al hurto en los casos en que su autor forma parte de ua organización o grupo criminal, pues como ya comenté en su momento, la pertenencia a grupo u organización criminal ya es objeto de un tratamiento independiente en los arts. 570 bis y ter. Otro ejemplo de innecesariedad de la reforma sería el caso de las sustracciones de cobre, pues ya venían siendo castigadas conforme al vigente art. 235.2º (por tratarse de “*cosas destinadas al servicio público*” y cuya sustracción puede generar “*un grave quebranto o una situación de desabastecimiento*”).

**Tercera.- Falta de proporcionalidad en las penas y “populismo punitivo”.** Como ya se comentó en su correspondiente epígrafe, la reforma propuesta fija penas desproporcionadas para algunos supuestos de hurto, que llegan a recibir un castigo similar que el que se fija para el robo con fuerza en las cosas, máxime teniendo en cuenta que en el hurto, por definición, jamás existirá fuerza en las cosas ni violencia o intimidación en las personas. Falta de proporcionalidad que en ocasiones deriva de la tendencia del legislador a legislar “a golpe de titular de prensa” o que en otras responde a unas demandas de seguridad de la ciudadanía, basadas en simples y subjetivas percepciones o sensaciones, que no han sido objeto de un análisis necesariamente más sosegado. Asimismo, la supresión de las faltas y su conversión en los denominados “delitos leves” son otra manifestación de la falta de proporcionalidad.

**Cuarta.- El riesgo de futuros problemas procesales y concursales en relación con otras figuras delictivas.** La nueva regulación del hurto propuesta corre el riesgo de generar una duplicidad normativa a la hora de penar algunas conductas (recordemos una vez más el caso del art. 235 bis 2º y su relación con los delitos de pertenencia a organización criminal, que podrían castigarse perfectamente por separado, sin necesidad de incluir el nuevo 235 bis). Asimismo, acarreará a los órganos judiciales el “trabajo extra” de tener que interpretar en cada caso concreto algunos conceptos jurídicos indeterminados (por ejemplo, la “profesionalidad” delictiva). Por otro lado, tras la pretendida supresión del Libro III del CP, los nuevos delitos leves continuarán enjuiciándose como faltas hasta que se modifique la actual LECRIM, por lo que no se producirá un aligeramiento de la carga de trabajo de los Juzgados, introduciendo además el pre-legislador el criterio de oportunidad en la regulación del juicio de faltas. Por último, como ya advirtió el CGPJ, la reforma provocará que no haya un modelo procesal homogéneo para todos los delitos leves, ya que para unas infracciones leves (las más frecuentes) se mantendrá el tratamiento procesal vigente previsto para las faltas, y para otras infracciones leves se dará la aplicación de las previsiones existentes para la instrucción y enjuiciamiento de delitos.

## **5. BIBLIOGRAFÍA**

AA.VV.: “La derogación de las faltas en el anteproyecto de reforma del Código Penal”, 2013, pág. 36. Plataforma “Otro Derecho Penal es posible”.

[www.otroderechopenal.com](http://www.otroderechopenal.com)

AA.VV.: “Reflexiones jurídicas en torno a la anunciada reforma penal”, 2012. Plataforma “Otro Derecho Penal es posible”. [www.otroderechopenal.com](http://www.otroderechopenal.com)

AGUILAR ROMO, M./NAVARRO BLASCO, E. “Valoración de la aplicación de los nuevos tipos delictivos desde el punto de vista procesal” en CUGAT MAURI (Coord.) “*Objetivos y carencias de la política criminal contra la pequeña delincuencia*”, Bellaterra, 2011, pág. 130. [www.recercat.net](http://www.recercat.net)

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: “Derecho Penal Español. Parte Especial, Tomo II”, 2011.

BERNUZ BENEITEZ, M.J.; FERNÁNDEZ MOLINA, E, y PÉREZ JIMÉNEZ, F. “El tratamiento institucional de los menores que cometen delitos antes de los 14 años”. *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 4, 2006

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M. “*Delitos contra el patrimonio*”, Editorial La Ley, 1ª edición, Madrid, 2007, pág. 29 y ss.

CUENCA GARCÍA, M.J. “Medidas penales adoptadas en las reformas de 2003 y 2010 para combatir la criminalidad insidiosa: análisis técnico-jurídico” en CUGAT MAURI (Coord.) “*Objetivos y carencias de la política criminal contra la pequeña delincuencia*”, Bellaterra, 2011, pág. 92. [www.recercat.net](http://www.recercat.net)

CUGAT MAURI, M. (Coord.) “*Objetivos y carencias de la política criminal contra la pequeña delincuencia*”, Bellaterra, 2011, pág. 11. [www.recercat.net](http://www.recercat.net)

FARALDO CABANA, P. “Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010”. *La Ley Penal*, nº 81, 2011, págs.25 a 44.

GARCÍA ARÁN, M. “*Los delitos de hurto*”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 104.

GONZÁLEZ RUS, J.J: “Delito de hurto”, *Poder Judicial*, nº 71, 2004, pág. 460.

GOYENA HUERTA, J. “*Comentarios al Código Penal*”. (Coord. GÓMEZ TOMILLO, M). Editorial Lex Nova, 2ª edición, 2011, págs. 219-221 y 347.

GUARDIOLA LAGO, M.J. “Valoración de la necesidad de las reformas penales que pretenden hacer frente a la delincuencia menor masiva y su aplicación práctica a la vista de la información estadística” en CUGAT MAURI (Coord.) “*Objetivos y carencias de la política criminal contra la pequeña delincuencia*”, Bellaterra, 2011, pág. 11. [www.recercat.net](http://www.recercat.net)

LUZÓN CÁNOVAS, M.: “La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales”. *Revista de Jurisprudencia*, nº 1, julio de 2011.

MUÑOZ CONDE, F. “Derecho Penal. Parte Especial”, 15ª edición, Valencia, 2004, págs. 382-383

MUÑOZ CONDE, F.: “Derecho Penal. Parte Especial”, 18ª edición, Edit. Tirant Lo Blanch, pág. 910.

MUÑOZ CUESTA, F.J. “Nueva protección penal de las explotaciones agrarias y ganaderas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 871, Pamplona, 2013

PÉREZ VAQUERO, C. “¿Por qué se diferencia entre hurtar y robar?”, Marzo de 2011. [www.noticiasjurídicas.com](http://www.noticiasjurídicas.com)

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “*Diccionario de la Lengua Española*”, 22ª Edición, Editorial Espasa Madrid, 2001

REBOLLO VARGAS, R. “Reflexiones y propuestas sobre el tratamiento penal y procesal de la pequeña delincuencia patrimonial”. *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXI, 2011

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. “*Derecho Penal Español. Parte Especial*”. Editorial Dykinson, Madrid, 1992, pág. 419.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión”, *Estudios Penales y Criminológicos*, t. XXV, 2005, págs 333 y 334

SUÁREZ LÓPEZ, J.M.: “Aspectos dogmáticos y político-criminales en el tratamiento penal de la criminalidad organizada”. *Anales de Derecho*, nº 30, 2012, págs.98-100  
Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal.

RD 95/2009, de 6 de Febrero, por el que se regula el Sistema de Registros Administrativos de apoyo a la Administración de Justicia

## **BASES DE DATOS**

CENDOJ-Buscador de Jurisprudencia del Poder Judicial del CGPJ

Consultor Jurídico “Europea de Derecho”

Westlaw-Aranzadi