

HIS PROVIDE ET PRO...

Revista

Enero 2012

29

El



tirant lo blanch

Revista Penal

Número 29

Sumario

Doctrina

– La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal argentino, por <i>Gustavo A. Arocena</i>	5
– La “ineficacia” de la prueba ilícita en el proceso penal italiano: entre el principio de taxatividad y la ponderación de intereses, por <i>Carlotta Conti</i>	29
– La pequeña criminalidad insidiosa en las infracciones contra el patrimonio. Análisis de las últimas reformas penales, por <i>M^a José Cuenca García</i>	48
– Incertidumbres y callejones sin salida en la elaboración de la doctrina italiana en materia de dolo eventual, por <i>Massimo Luigi Ferrante</i>	69
– Nuevas formas de criminalidad patrimonial a través de Internet, por <i>Fátima Flores Mendoza</i>	75
– ¿Existe el principio de <i>la ley especial deroga la ley general</i> en materia penal? La confusión de un sector de la doctrina penalista respecto del principio de especialidad, por <i>Pablo Hernández-Romo Valencia</i> y <i>José Luis González Cussac</i>	87
– Responsabilidad penal del asesor jurídico, por <i>Diego-Manuel Luzón Peña</i>	97
– El derecho en la guerra contra el terrorismo. El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno (“derecho penal del enemigo”), por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	115
– Un problema de técnica-legislativa: las cláusulas innominadas en la reforma del Derecho penal económico, por <i>Irene Navarro Frías</i>	127
– El fundamento de la autoría mediata y los requisitos de la instrumentalización en los delitos dolosos e imprudentes, por <i>Luciana de Oliveira Monteiro</i>	145
– La teoría de los delitos de infracción de deber —Fundamentos y consecuencias— por <i>Raúl Pariona Arana</i> ..	167
– La voluntad del legislador penal: del texto refundido de Código penal de 1973 a la reforma de 2010, por <i>Luis Ramón Ruiz Rodríguez</i>	178
– Historia y Dogmática del Derecho penal fragmentario, por <i>Thomas Vormbaum</i>	203
Sistemas penales comparados: Delitos contra la seguridad en el tráfico rodado.....	223
Bibliografía: Notas bibliográficas sobre la tortura, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	265
In Memoriam: Hans Joachim Hirsch, por <i>Eduardo Demetrio Crespo</i>	272
Crónicas	
– El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, por <i>Salvador Herencia Carrasco</i>	277
– Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana. Göttingen (Alemania) 5-16 de septiembre de 2011, por <i>John E. Zuluaga</i>	289
Noticias	294



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
DE SEVILLA
PABLO DE OLAVIDE



Cátedra de Derechos Humanos
Manuel de Lardizábal



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

Sistemas penales comparados

Georg Steinberg y Martina Kratz (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Alejandro Rodríguez Barilla (Guatemala)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo y Gastón Chaves Hontou (Uruguay)
Giuseppe Amara (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL:
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



La pequeña criminalidad insidiosa en las infracciones contra el patrimonio. Análisis de las últimas reformas penales*

Dra. M^a José Cuenca García

*Profesora Lectora de Derecho Penal de la
Universidad Autónoma de Barcelona.*

Revista Penal, n.º 29.— Enero 2012

RESUMEN: El fracaso de nuestro sistema penal frente al problema de la delincuencia menor masiva viene originado por la falta de conciliación entre las reformas procesales, dirigidas al enjuiciamiento inmediato de las faltas, y las normas sustantivas. Éstas han surgido a golpe de titular mediático, esto es, para dar respuesta al problema de la “delincuencia profesional”, lo que se ha traducido en una redacción del tipo penal de hurto habitual de difícil aplicación.

PALABRAS CLAVE: inseguridad ciudadana, delito de hurto “habitual”, falta de hurto, reiteración delictiva, multi-reincidencia, habitualidad criminal, delito continuado.

SUMMARY: The failure of our penal system in front of the problem of mass minor criminality has its origin in the lack of conciliation between the procedural reforms, which aim at the immediate prosecution of misdemeanor, and substantive rules. These have arisen by means of media headlines, i.e. as an answer to “professional criminality” which has been turned into some writing about the criminal type of common larceny which is difficult to apply.

KEY WORDS: lack of safety in the streets, “common” larceny, larceny misdemeanor, criminal reiteration, multi-re-lapse, hardened crime, continued crime.

SUMARIO: I. *Objetivos de las últimas reformas: 11/2003 y 5/2010.* II. *La reiteración delictiva en sus diversas manifestaciones.* 1. De la distorsión del concepto de multirreincidencia en la justificación de un supuesto de habitualidad criminal. 2. La problemática coexistencia entre el delito de hurto habitual y la continuidad delictiva. III. *Las modificaciones introducidas por LO 5/2010.* 1. La inidoneidad de la reforma para la resolución de los problemas interpretativos en el delito de hurto “habitual”. 2. La recuperación encubierta de la reincidencia en la nueva falta reiterada de hurto. IV. *La LO 5/2010: una reforma penal que desatiende la realidad procesal.*

* Este trabajo forma parte de la investigación desarrollada en el seno del “Projecte de recerca, estudi i anàlisi sobre seguretat a Catalunya”, bajo el Título “Vías de actuación contra la delincuencia menor masiva” (2009ISPC00022), financiado por el Institut de Seguretat Pública de Catalunya.

I. Objetivos de las últimas reformas: 11/2003 y 5/2010

En la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, se añade, al delito de hurto del art. 234 CP y al delito de robo y hurto de uso de vehículos del art. 244.1 CP, un párrafo segundo, cuyo contenido pretende dar respuesta a la pequeña criminalidad patrimonial. Tras la reforma estos tipos penales rezan así:

Artículo 234: “El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas mueble ajenas sin la voluntad de su dueño, será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses, si la cuantía de lo sustraído excede de cincuenta mil pesetas.

Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.1 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito”.

Artículo 244.1: “El que sustrajere un vehículo a motor o ciclomotor ajenos, cuyo valor excediere de cincuenta mil pesetas, sin ánimo de apropiárselo, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de tres a ocho meses si lo restituyere, directa o indirectamente, en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas, sin que en ningún caso la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo.

Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.3 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito”¹.

Asimismo, se amplía el delito de asociación ilícita del art. 515.1º CP, que incluye las asociaciones destinadas a la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.

Por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, se modifica, de nuevo, el delito de hurto del art. 234 CP, no extendiéndose la reforma a otros tipos penales modificados en 2003, como el delito de hurto de uso, e introduce la figura de la falta reiterada de hurto en el art. 623.1 CP. Así, tras la reforma, el artículo 234 párrafo segundo reza así:

“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”.

Y, el art. 623 señala que:

“Serán castigados con localización permanente de cuatro 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. 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

Para apreciar la reiteración se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas, y a la proximidad temporal de las mismas”.

Asimismo, la incapacidad del delito de asociación ilícita para responder adecuadamente frente a los su-

1 Cabe señalar el “irregular y tortuoso procedimiento legislativo” de estos dos preceptos. Ambos fueron modificados por la LO 11/2003, pero, posteriormente, la LO 15/2003, de 26 de noviembre introdujo en ambos el cambio de 50.000 pesetas por 400 euros y, en el art. 244.1 introdujo: una nueva modalidad típica —“utilizar sin la debida autorización el vehículo a motor o ciclomotor ajenos—; sustituyó la pena de arresto por la de trabajos en beneficio de la comunidad —de 31 a 90 días—; y, aumentó la pena de multa —de 6 a 12 meses—. En esta segunda modificación legislativa se suprimieron las modificaciones introducidas por la LO 11/2003. Posteriormente, en el BOE nº 65 de 16 de marzo de 2004 apareció una corrección de errores del apartado septuagésimo séptimo y septuagésimo noveno de su único artículo, de la LO 15/2003 aclarando que donde decía “se modifica el art. 234...”, se debía decir “se modifica el párrafo primero del art. 234...”; en el mismo sentido respecto al art. 244.1 CP. De este modo se recuperan las modificaciones realizadas por la LO 11/2003. Así las cosas, VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC (“Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (III): Hurtos”, en Vives Antón, T. S./Orts Berenguer, E./Carbonell Mateu, J. C./González Cussac, J. L./Martínez Buján Pérez, C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 362-363), consideran que la vigencia del precepto es más que dudosa y, JIMÉNEZ DÍAZ (“Los nuevos tipos de “habitualidad” en las lesiones, hurto y robo y hurto de uso”, en Carbonell Mateu, J. C./Del Rosal Blasco, B./Morillas Cueva, C./Orts Berenguer, E./Quintanar Díez, M. (coords.): *Estudios Penales en Homenaje al prof. Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 535 y ss), señala que pese a que la técnica utilizada para corregir los errores no sea la correcta —“podría existir una trasgresión del principio de legalidad”— considera que son plenamente vigentes. Vid. Asimismo, MELENDO PARDOS, M.: “Bromas y veras en nuestra reciente legislación penal (sobre la fugacidad de las nuevas figuras de acumulación de faltas patrimoniales)”, en *La Ley*, 5-2003, pp. 2035 y ss; POLAINO NAVARRETE, M.: *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, Madrid, 2004, p. 49.

puestos de la comisión reiterada de faltas, hace surgir las nuevas figuras delictivas de la agrupación u organización criminal de los arts. 570 bis y ss. CP.

Y, paralelamente, la Disposición Adicional Segunda de la reforma prevé la creación, en el plazo de un año, de un sistema electrónico de registro de faltas.

Así las cosas, pasaremos a analizar, en primer lugar, el origen de la reforma operada en 2003 y el objetivo de la misma, a partir del Plan de Lucha contra la Delincuencia presentado por el Gobierno en septiembre de 2002; y, en segundo lugar, la necesidad de la última reforma operada en los tipos objeto de este trabajo que, parece tener como finalidad dar una mejor solución a los problemas de aplicación de los mismos.

El origen de la reforma de 2003 se encuentra en el Plan de Lucha contra la Delincuencia aprobado por el Gobierno en septiembre de 2002. Respecto a éste ZUGALDÍA² pone de manifiesto tres cuestiones:

1. En primer lugar, que la pequeña delincuencia no violenta contra la propiedad no requiere de un plan de lucha sino, como cuestión previa, un plan de prevención.

2. En segundo lugar, que el Derecho Penal tiene que prestar atención a los problemas de una inseguridad ciudadana real, no a la manifestada por la ciudadanía puesto que “las sensaciones de inseguridad son fácilmente manipulables por la clase política y los medios de comunicación”³. En este sentido, GARCÍA ARÁN y PERES NETO, destacan que el discurso dominante en los medios “es el de que la justicia penal es excesivamente benevolente con la pequeña delincuencia”. Los medios critican la imposibilidad de imponer prisión preventiva por la comisión de una falta de hurto, lo que conduce a la reforma penal de 2003 a convertir las antiguas faltas en delito⁴.

3. Y, en tercer término, que el problema de la seguridad ciudadana no debe sobrevalorarse. Así, destaca que muchos de los aspectos de las reformas penales que se están llevando a cabo, en las que “sobran medidas represivas y faltan medidas sociales”, son fruto de una evolución política que va desde el Estado Social —consagrado por la CE— hacia el Estado Liberal, preocupado por la sensación de inseguridad. En este sentido, GARCÍA ARÁN y PERES NETO señalan que la falacia del incremento de la delincuencia es la que incita a los Gobiernos “de izquierdas o de derechas, a adoptar las políticas de “mano dura”, como la que asume la LO 11/2003” en relación al hurto⁵. De acuerdo con los datos elaborados por el Instituto Nacional de Estadística (INE), en el período 1999-2003 desciende el número de condenas por faltas contra el patrimonio, no obstante, podría argumentarse que las cifras que ofrece el INE son de delincuencia conocida, por lo que existe una gran cifra negra en la falta de hurto. Cuestión, esta última, que podría quedar solventada si atendemos a las encuestas de victimización que sí detectan la cifra negra —las infracciones penales no denunciadas—. Así, en los años previos a la reforma penal de 2003 no se ha producido —según el índice de victimización— un aumento significativo de esta clase de infracciones penales⁶.

Dicho Plan Gubernamental señalaba que, con el fin de garantizar la seguridad de los ciudadanos, nuestro Estado de Derecho cuenta con tres mecanismos⁷:

1. En primer término, debe garantizarse una investigación y enjuiciamiento rápido y riguroso. La inmediatez y aceleración en la respuesta estatal ante la delincuencia, no puede abarcar sólo la investigación y el enjuiciamiento de los delitos, sino que es necesario que comprenda también el enjuiciamiento inmediato de las faltas “cuya incidencia en la seguridad ciudadana es notablemente relevante (hurtos)”⁸. Para conseguir este

2 ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “Seguridad ciudadana y Estado social de Derecho (A propósito del “Código Penal de la Seguridad” y el pensamiento funcionalista)”, en Octavio de Toledo y Ubieto, E./Gurdiel Sierra, M./Cortés Bechiarelli, E.: *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 1121 y ss.

3 Vid. SERRANO GÓMEZ, A. (Dir)/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (coord.): *Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana en España y en la Unión Europea*, Madrid, 2007, pp. 31 y ss.

4 GARCÍA ARÁN, M./PERES NETO, L.: “Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del código penal español entre los años 2000-2003”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª época, nº 1 (2009), p. 274.

5 GARCÍA ARÁN/PERES NETO, en “Agenda de los medios y agenda política...”, cit., p. 275.

6 Instituto Nacional de Estadística. <http://www.ine.es/inebmenu/mnu-justicia.htm>.

7 ZUGALDÍA ESPINAR, en “Seguridad ciudadana y Estado social de Derecho...”, cit., pp. 1123 y ss.

8 Vid. Exposición de Motivos de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

objetivo se introduce en nuestro ordenamiento procesal los denominados “juicios rápidos”, a través de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECrim, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas (...) y de la LO 8/2002, de 24 de octubre, complementaria de la anterior, reformadas por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP.

2. En segundo lugar, se señala que el Estado “debe contar con unas fuerzas de seguridad eficaces en la prevención e investigación de la criminalidad”. Con tal fin, deberían incrementarse las plantillas policiales, reforzar su presencia en las calles, en los barrios turísticos, así como establecer programas de atención al ciudadano⁹.

3. Y, en último lugar, “considera que el Estado debe propiciar un ordenamiento jurídico penal adecuado para dar respuesta específica a la inseguridad ciudadana”¹⁰. En este sentido se aprueba la LO 11/2003 y, en concreto, se reforman, como ya hemos señalado, los tipos penales objeto de este estudio, epicentro de la pequeña criminalidad. Ahora bien, muchas de estas normas no incidirán en la solución del problema específico de la inseguridad ciudadana, porque son esencialmente simbólicas. En este sentido, GARCÍA ARÁN y PERES NETO apuntan que “el profesional de la política acuña, frecuentemente, normas que ni solucionan lagunas punitivas, ni se justifican por su necesidad racionalmente valorada, pero permiten al poder político lanzar un mensaje de que se está reaccionando ante las preocupaciones ciudadanas”¹¹. Asimismo, y en relación a la reforma de 2003, cabe destacar, como recoge QUINTERO OLIVARES que, “ninguna de las peticiones de la doctrina penal española” ha sido atendida en toda

la operación de reforma legislativa. Uno de los criterios de selección, como ya hemos puesto de manifiesto, ha sido “la utilización demagógica del problema de la inseguridad ciudadana, atribuyéndola sin reservas a la debilidad del Código Penal en materia de pequeña delincuencia patrimonial”¹².

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, la “realidad social” pone de manifiesto que uno de los problemas a los que tiene que dar respuesta el ordenamiento jurídico-penal, como ya hemos apuntado, “es el de la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, o lo que es lo mismo, la delincuencia profesionalizada”. Cita los “numerosos ejemplos” de pequeños delitos en un gran número de ocasiones sin una respuesta penal adecuada, “para alarmar sobre el incremento de la pequeña delincuencia y justificar el mayor rigor penal”¹³. GARCÍA ARÁN/PERES NETO señalan que, “aunque las estadísticas del periodo revelan una estabilidad en la delincuencia conocida, la “realidad social” a que se refiere la Exposición de motivos, así como “los numerosos ejemplos”, implícitamente, son los presentados por los medios. Verdaderas oleadas informativas sobre el tema de la pequeña delincuencia en las grandes ciudades (Madrid y Barcelona), daban cuenta de la existencia de una “academia de crimen”¹⁴. Por otra parte, el legislador recoge, también en la Exposición de Motivos, la necesidad de establecer medidas para luchar contra la pequeña delincuencia habitual. Medidas, “dirigidas a mejorar la aplicación de la respuesta penal a la habitualidad de la conducta, cuando los hechos infractores del Código Penal cometidos con anterioridad no hubieran sido aún juzgados y condenados”. Como recoge AGUADO LÓPEZ, el legislador ha recuperado la figura de “la conversión de faltas en delito, a pesar de su derogación “aparentemente” defini-

9 ZUGALDÍA ESPINAR, en “Seguridad ciudadana y Estado social de Derecho...”, cit., pp. 1123-1124.

10 ZUGALDÍA ESPINAR, en “Seguridad ciudadana y Estado social de Derecho...”, cit., p. 1124.

11 GARCÍA ARÁN/PERES NETO, “Agenda de los medios y agenda política...”, cit., p. 287.

12 QUINTERO OLIVARES, G.: *Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, Madrid, 2004, pp. 91 y ss. Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, 2003, pp. 36 y ss.

13 GARCÍA ARÁN/PERES NETO, “Agenda de los medios y agenda política...”, cit., p. 274.

14 GARCÍA ARÁN/PERES NETO (“Agenda de los medios y agenda política...”, cit., p. 274), señalan que, “En la Comunidad de Madrid, el gobierno del Partido Popular llegó a promover la creación de Plan de Brigadas Especiales de Seguridad Ciudadana, en alusión a una “guerra contra la delincuencia”. Algunos ejemplos: el periódico ABC (29/04/2003) afirma sin datos que lo confirman: “La realidad demuestra que muchos delitos no precisan de una prueba compleja y que su calificación jurídica es sencilla. Son los que, por su habitualidad, generan una mayor inseguridad ciudadana”. Entre junio de 2002 y agosto de 2003, sólo sobre el tema de la “pequeña delincuencia” encontramos 351 noticias, tales como “El PSOE atribuye el aumento de la delincuencia a la falta de policía” (ABC, 23/09/2003) o “El campo pide, de nuevo, más policía para frenar la delincuencia” (La Vanguardia, 18/07/2003), “El voto de la inseguridad” (ABC, 01/05/2003)...”. Por su parte, GUIASOLA LERMA (*Reincidencia y delincuencia habitual*, “Colección los delitos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 100) señala que “el legislador de 2003 no atiende tanto a la gravedad del delito en sí —a la trascendencia del bien jurídico y al grado de ataque al mismo— cuanto a las repetidas necesidades preventivas y, a partir de ahí, a la frecuencia con que se cometen las acciones”.

tiva por la reforma de 1983¹⁵, que, de otra parte, en su Exposición de Motivos explicaba que la derogación de esta medida venía originada por su poca eficacia para el tratamiento de la delincuencia habitual¹⁶.

Así las cosas, debe destacarse que el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado emitieron sendos informes sobre el Anteproyecto de LO 11/2003. Aunque no tuvieron ninguna influencia en el legislador, resulta de interés destacar algunos aspectos de los mismos. Así, de una parte, el informe del CGPJ entiende, en primer lugar, que el periodo de un año para constituir los tipos de habitualidad patrimoniales es excesivamente amplio, dado que el plazo de prescripción previsto para las faltas es de seis meses (art. 131 CP). Por ello, propone que “debería considerarse habitual la realización de más de tres infracciones en el plazo de 6 meses”¹⁷. Ello serviría para evidenciar la mayor voluntad criminal del sujeto que realiza la conducta delictiva en tan corto espacio de tiempo, “lo que podría justificar que la pluralidad de faltas fuera castigada con la pena del correspondiente delito”¹⁸. En segundo lugar, el Consejo considera que la “hipótesis normativa de que el sujeto realice cuatro faltas en un año va a plantear serias dificultades procesales y prácticas debido al enjuiciamiento inmediato de las faltas previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”¹⁹. Y, en tercer lugar, es de interés el Voto Particular presentado por nueve de los Vocales del CGPJ, del que cabe destacar su pronunciamiento respecto a la confusión del Anteproyecto al considerar a la falta penal como “peligrosa”; así, señalan que “una falta puede ser molesta pero no es peligrosa, por lo que no es causa bastante para integrar un bien jurídico de gravedad. Es más, el delincuente que habitualmente ejecuta faltas conoce la regulación penal: por eso perpetra faltas y no delitos. Así las cosas, los efectos de la reforma son claramente *criminógenos*”²⁰.

De otra parte, el informe de la Fiscalía General del Estado no se opone al castigo de la habitualidad en las faltas (arts. 234 pp. II y 244.1 p. II CP), porque entiende que estos cambios ponen de manifiesto “una voluntad legislativa encaminada a dar una dimensión nueva al principio de proporcionalidad, procurando adaptar la respuesta penal al verdadero alcance de la conducta del delincuente habitual, haciendo más operativos los mecanismos por los que se realiza la función de prevención general tanto positiva, afirmativa de la vigencia del Ordenamiento penal, como negativa, disuasoria de los potenciales infractores de la norma”²¹. No obstante señala que, de la Exposición de Motivos del Anteproyecto legislativo se desprende que las conductas que constituirían estos nuevos tipos habituales no deben haber sido enjuiciadas, lo que plantea varios problemas. Entre otros y, en primer lugar, con el delito continuado del art. 74 CP, ya que podría entenderse como una derogación particular basada en el principio de especialidad; y, en segundo lugar, advierte que estas nuevas figuras delictivas tienen difícil conciliación con el enjuiciamiento rápido e inmediato de las faltas previsto en la LECrim, puesto que “plantear la hipótesis de que un delincuente puede cometer en un año cuatro faltas sin enjuiciar es tanto como manifestar una postura de desconfianza respecto del nuevo sistema implantado por la Ley 38/2002 de reforma de la citada Ley procedimental”²². Por estas razones, la Fiscalía propone la supresión de la modificación prevista respecto de los artículos 234 y 244.1 “salvo que se desee mantener como expresión del “Derecho penal simbólico”²³.

Por último, de su tramitación parlamentaria destacaremos algunas cuestiones interesantes que, pese a no prosperar ninguna de ellas, ya evidenciaban los problemas interpretativos y de aplicación de estas nuevas figuras delictivas. Así, para el Grupo Socialista (enmienda núm. 6, a la totalidad) “el nuevo modelo es

15 AGUADO LÓPEZ, S.: *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, Iustel, Madrid, 2008, p. 12.

16 Como destaca GUIASOLA LERMA (*Reincidencia y delincuencia habitual*, cit., p. 104), “la reforma de 1983 acabó con la tradición agravatoria del *tertium furtus*”, no habiendo necesidad político-criminal que justifique su recuperación, máxime cuando contamos con la virtualidad agravatoria del delito continuado. Su pretendida reintroducción parece pues un intento por parte del legislador de plasmar una política criminal que evoca el pensamiento de “a la tercera va la vencida” (*three strikes and you are out*) de reciente incorporación legislativa en los EEUU”.

17 Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, de 20 de febrero de 2003.

18 Informe del CGPJ, cit. JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: *Seguridad ciudadana y Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 97.

19 Informe del CGPJ, cit. Como destaca JIMÉNEZ DÍAZ (*Seguridad ciudadana...*, cit., p. 98) “no debería ocurrir que una falta que ha sido objeto de atestado o denuncia pueda mantenerse sin juzgar en el plazo de un año, debiendo tener lugar el mismo, como máximo, en los seis meses establecidos para su prescripción”.

20 Informe del CGPJ, cit. JIMÉNEZ DÍAZ, *Seguridad ciudadana...*, cit., p. 98.

caótico y se limita a acumular sin sentido, ni orden, ni coordinación, mecanismos como (...) la habitualidad de faltas, que lleva a la confusión con el delito continuado o con el concurso real, o con las normas procesales de conexidad”. Para el Grupo Parlamentario Mixto (enmiendas parciales de supresión, núm. 56, núm. 57) la modificación de este tipo supone que, en muchos casos, se condenará por delitos tomando en consideración las acciones denunciadas y no en base a sentencias firmes y ejecutivas, dado que no se enjuiciarán en un mismo acto los cuatro hechos cometidos. Por su parte, el Grupo Parlamentario Catalán (CIU) (enmienda parcial de supresión, núm. 148) señala que el ámbito de aplicación de la modificación introducida en el delito de hurto y robo y hurto de uso, quedará limitado a aquellos casos en los que no quepa la figura del delito continuado y, además, que ninguna de las faltas (cuatro) hayan sido enjuiciadas (cuestión improbable tras la reforma del juicio de faltas), por lo que postula la supresión de este nuevo párrafo. El mismo Grupo Parlamentario (enmiendas núms. 148 y 151) propone una nueva redacción de estos preceptos, de una parte, desvinculándola de las faltas y, acercando su redacción a la figura de la reincidencia; y, de otra, aplicando la misma pena en caso de consumación y de tentativa, fundamentando este extremo en que la persona que se dedica habitualmente a este tipo de infracciones suele ser detenida en el acto de comisión de la infracción, por lo que su conducta sería calificada como tentativa y entonces, impediría, según este grupo parlamentario, dar una respuesta penal adecuada. Al igual que el Grupo Parlamentario Catalán, el Grupo Socialista (enmienda núm. 178) propone modificar y adicionar nuevos párrafos en los arts. 234 y 244.1, que suponen: la aplicación, junto a la pena, de medidas de seguridad; se exigirá para ser considerado reo habitual un número de actos (3), un período de ejecución (5 años), que exista condena por los mismos y, que el órgano sentenciador haga una declaración expresa de la peligrosidad criminal del sujeto, atendiendo al Derecho Comparado.

Como ya apuntamos al inicio de estas páginas pasaremos a analizar los aspectos relativos a la pequeña de-

linuencia patrimonial que han sido objeto de la última reforma penal de 2010. Respecto al delito de hurto, se modifica el tipo previsto en el art. 234 p. II CP, rebajándose en una —ahora son tres— el número de acciones constitutivas de falta de hurto para que éstas sean elevadas a la categoría de delito. Parece que el legislador pretende con ello facilitar la aplicación del apartado segundo del art. 234, aunque debería haber modificado también alguna de las cuestiones de la anterior redacción que dificultaban su aplicación y que ya hemos ido apuntando. Asimismo, debe señalarse que esta reforma no se ha hecho extensiva a otros tipos modificados por la LO 11/2003 como el robo y hurto de uso del art. 244.1 p. II. Además, se introduce la falta reiterada de hurto en el art. 623.1 CP, figura que debemos delimitar respecto del delito de hurto habitual y del delito continuado, así como estudiar la pena de localización permanente que impone el precepto, y que supone, como ya señala la doctrina, “la reintroducción encubierta de la pena de arrestos de fin de semana”²⁴. Cabe destacar que se prevé la creación de un sistema electrónico de registro de faltas en el plazo de un año que parece limitarse a condenas²⁵ —aunque la Disposición Adicional Segunda no especifica su contenido exacto— por lo que ya podemos apuntar que no solucionará los problemas de aplicación del delito de hurto habitual.

La actual modificación no se menciona, ni en la primera versión del proyecto de reforma del Código Penal de 2008, ni en el proyecto de reforma del Código Penal de 2009, sino que la reforma es consecuencia de la persistencia del Grupo Parlamentario Catalán (CIU) que, en la tramitación parlamentaria, defendió esta opción sancionadora atendiendo a diversos motivos: en primer lugar, alude a la elevada percepción de inseguridad ciudadana como consecuencia de la frecuencia con que se cometen estos delitos; pero, y en sentido contrario, pone de manifiesto que pese a que la delincuencia final a disminuido la ciudadanía se siente más insegura. Así las cosas, parece interesante recoger la intervención del Grupo Catalán en la tramitación parlamentaria, para luego establecer algunas consideraciones de interés:

21 Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros. JIMÉNEZ DÍAZ, *Seguridad ciudadana...*, cit., p. 99.

22 Informe de la FGE, cit. JIMÉNEZ DÍAZ, *Seguridad ciudadana...*, cit., p. 101.

23 Informe de la FGE, cit. JIMÉNEZ DÍAZ, *Seguridad ciudadana...*, cit., p. 101.

24 TORRES ROSELL, N.: “El delito de hurto”, en Quintero Olivares, G. (Dir): *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 198.

25 MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Disposiciones adicionales y transitorias”, en Quintero Olivares, G. (Dir): *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 396.

“Segundo aspecto, multirreincidencia. No coincidimos con algunos portavoces que critican este proyecto diciendo que respondemos a golpe de titular mediático. Nosotros no estamos de acuerdo con esta apreciación. No es cierto que esta Cámara deba responder a golpe de titular mediático y emprender una reforma de Código Penal, que siempre puede ser discutible reformar el Código Penal porque es la última ratio. No compartimos que sea a golpe de titular mediático, pero sí a golpe de petición ciudadana, que no es lo mismo. Hay una preocupación social por determinados delitos y hay una creciente sensación de inseguridad ciudadana. Por tanto, quizá son compatibles los dos datos que se nos aportan a esta Cámara esta misma semana: por un lado, el ministro de Justicia nos presenta hoy una reforma del Código Penal y, por otro, esta misma semana el ministro del Interior, don Alfredo Pérez Rubalcaba, nos presenta unas cifras positivas en cuanto a delincuencia. ¿Son compatibles ambas situaciones en la misma semana? Sí lo son, y lo son, señor ministro, porque a pesar de que pueda haber una apreciación de que sobre determinados delitos al final la estadística nos arroja un resultado más positivo —nunca podemos decir positivo porque mientras exista la delincuencia nunca lo será—, lo cierto es que la ciudadanía aprecia que hay mayor inseguridad. Por tanto, algo nos falla. Si los datos finales son de menor delincuencia pero la ciudadanía nos dice que se siente más insegura, aquí pasa algo. ¿Qué nos pasa? Se lo ha dicho el Ayuntamiento de Barcelona por unanimidad. Nuestro portavoz en el Ayuntamiento de Barcelona, Xavier Trias, me insiste una y otra vez: o damos una respuesta distinta a la multirreincidencia o no podremos apoyar la reforma del Código Penal. Se lo decimos con esta claridad, debemos resolver el tema de la multirreincidencia.

Aprovechando también que está el presidente del Gobierno, daré algunos datos que son elocuentes, que hablan por sí solos. Las últimas cifras que conocemos son del año 2008. Pues bien, en la ciudad de Barcelona, las detenciones por faltas —estamos hablando de pequeñas faltas, de hurtos que no llegan a los 400 euros— alcanzaron un incremento de casi un 20 por ciento, un 19,7 por ciento. Hay 17 personas —las tenemos contabilizadas— que han sido detenidas por hurtos en 437 ocasiones en un mismo año. Algo falla cuando una persona puede ser detenida 437 veces por pequeños delitos, pequeñas faltas en este caso. ¿Qué es lo que falla? Falla lo siguiente, y es fácil de entender:

hay juicio rápido; se ha cometido un pequeño hurto, la pena es de multa, una pena económica; la cuantía por la que se le está juzgando es menor a 400 euros y, por tanto, el delincuente lo que hace es volver a delinquir para pagar esa multa. Es un círculo vicioso y se va incrementando una y otra vez, porque como debe pagar una multa a la Administración de Justicia y, como hay juicio rápido, no hemos podido llegar a esa acumulación que había propuesto Convergencia i Unió en la reforma del Código Penal de que cuatro faltas fueran un delito, siempre que el conjunto de lo robado superara los 400 euros. Ya no podremos aplicarlo porque no hay las cuatro faltas ya que han sido juzgadas por juicio rápido. Con lo cual, ¿qué pretendemos? Pretendemos reincorporar una pena que sea de privación de libertad de quince días a tres meses. Es la antigua pena del arresto. Entendemos que vuelve a ser necesaria esa medida que permitiría, si el juez aprecia multirreincidencia, si la aprecia, poder aplicar en esa ocasión una pena privativa de libertad, porque solamente con penas de multa no lo vamos a conseguir. Nosotros se lo pedimos. Hagan caso por lo menos al alcalde de Barcelona, que también se lo pide, porque lo pide también a su grupo parlamentario. Lo pide Convergencia i Unió, pero lo piden todos. Al final esto debería trasladarse en una reforma del Código Penal. En Cataluña no entenderíamos que reformado el Código Penal no fuéramos capaces de dar respuesta a 80.000 hurtos en un solo año, es decir, 215 hurtos por día, que son casi diez hurtos por cada hora del año en la ciudad de Barcelona. Creo que este es un dato elocuente y tenemos la obligación de reaccionar, no por titular mediático, sino por ciudadanía afectada por esta pequeña delincuencia...”²⁶.

Al inicio de estas páginas citamos lo que ZUGALDÍA ponía de manifiesto en relación al Plan de Lucha contra la Delincuencia, paso previo de la reforma de 2003. Aquí, recuperamos algunas de aquellas cuestiones para relacionarlas con la última reforma de 2010 y con la intervención parlamentaria del Grupo Catalán que acabamos de reproducir. En primer lugar, se ponía de manifiesto que la clase política y los medios de comunicación, en cierta medida, manipulan las sensaciones de inseguridad que manifiesta la ciudadanía. En este sentido, como señalan BAUCCELLS/PERES, los medios, en relación con la última reforma de 2010, han jugado un importante papel en la propuesta del debate sobre la reforma penal en materia de hurto. Así, señalan

que “bastaría con observar un dato estrictamente objetivo, de tipo cronológico: unos meses antes de cualquier anuncio de reforma penal por parte del Gobierno o de declaraciones de representantes políticos reclamando la atención sobre estos fenómenos, fueron los medios de comunicación social los que empezaron a polemizar sobre lo que vinieron denominando “*la multirreincidencia en los hurtos*”²⁷. En este sentido, recogen algunas noticias de prensa como: “*La ciudad de Barcelona tiene una media de 315 hurtos cada día (...) El deseo es que se produzcan cambios legislativos que permitan, por ejemplo, la acumulación casi automática de los antecedentes* (La Vanguardia, versión digital día 3 de octubre de 2009)”; “*El PPC critica la “hipertolerancia” hacia los delincuentes en Barcelona* (ABC, versión digital de 30 de diciembre de 2009)”; “*La oposición logra que BCN persiga la multirreincidencia; Unanimidad de todos los grupos para instar al Gobierno a cambiar las leyes penales y frenar la inseguridad ciudadana* (El Mundo, versión digital de 24 de diciembre de 2009)”; y, en especial, destacar esta última que se encuentra estrechamente relacionada con la intervención del Grupo Catalán en la tramitación parlamentaria, “*CIU y PP se alinean con Hereu en la lucha contra la multirreincidencia* (El Periódico de Catalunya, versión digital de 24 de diciembre de 2009)”²⁸.

Así, y a raíz de la llamada de atención de los medios sobre el fenómeno de la inseguridad ciudadana relacionada con los tipos penales de hurto, se introducen las modificaciones relativas al mismo en el período de enmiendas del debate en el Congreso de los Diputados²⁹.

En segundo lugar, afirmaba ZUGALDÍA que la sensación de inseguridad está sobrevalorada, produciéndose como consecuencia un endurecimiento punitivo en las reformas legislativas. Pues bien, de una parte, el Grupo Catalán, para fundamentar tal inseguridad, apor-

ta ciertos datos sobre detenciones por faltas de hurto y, otros datos empíricos en los que no se especifica la fuente. Y, debe destacarse que el endurecimiento punitivo, a lo sumo, debería poderse justificar en un aumento de la delincuencia en ese sector y no a partir de unos datos imprecisos aportados en la tramitación parlamentaria. De otra parte, es interesante constatar que este tipo de infracciones descendió, como se desprende del estudio elaborado por el Observatorio Andaluz de la Delincuencia (ODA) en el año 2008, ofreciendo datos que permiten observar la evolución de la delincuencia en España según las víctimas³⁰. Asimismo, BAUCELLS/PERES también recogen las cifras en descenso y, según el último informe elaborado por el Ministerio del Interior en 2009, el conjunto de las infracciones penales más importantes (delitos contra la vida, la integridad y la libertad de las personas y contra el patrimonio, junto a las faltas de lesiones y hurtos) “descendió y pasó de 35,1 de estas infracciones por cada mil habitantes en 2008 a 33,2 en 2009”³¹. Junto a estos datos, también recogen las estadísticas oficiales en relación a la sensación de inseguridad ciudadana y la preocupación de los ciudadanos por la delincuencia, que indican un importante descenso en ambos casos³².

Cabe afirmar entonces que, tanto la reforma de 2003 como esta última de 2010 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. Así, las reformas penales que endurecen la respuesta punitiva, para permitir, por ejemplo, acordar la prisión preventiva o, dado que la conducta habitual del hurto, puede transformarse en delito, acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente en España, por la vía del art. 89 CP, carecen de un fundamento empírico sólido.

27 BAUCELLS LLADÓS, J./PERES NETO, L.: “Medios de comunicación y populismo punitivo. Revisión teórica del concepto y análisis de la reforma penal en materia de hurto”, en *Revista Penal*, nº 27, enero 2011, p. 125.

28 BAUCELLS LLADÓS/PERES NETO: “Medios de comunicación y populismo punitivo...”, cit., p. 125.

29 BAUCELLS LLADÓS/PERES NETO (“Medios de comunicación y populismo punitivo...”, cit., p. 126) señalan que, una vez constatada la preeminencia de los medios en la selección de los temas de la agenda político-criminal, “los medios de comunicación social también han venido desarrollando un papel fundamental en lo que ha venido denominándose “*jerarquización de los temas de la agenda*”.

30 Díez RIPOLLÉS, J. L./GARCÍA ESPAÑA, E. (Dirs.): *Encuesta a víctimas en España*, Málaga, 2009, pp. 33 y ss.

31 BAUCELLS LLADÓS/PERES NETO: “Medios de comunicación y populismo punitivo...”, cit., p. 126.

32 BAUCELLS LLADÓS/PERES NETO (“Medios de comunicación y populismo punitivo...”, cit., p. 127) recogen los datos en relación a la sensación de inseguridad ciudadana como principal problema del país que, en los barómetros del CIS, ha descendido de los 22,0 puntos de la media de 2002-2003 a los 8,1 puntos de enero de 2010. Asimismo, por lo que se refiere a la percepción de la delincuencia como un problema del país, en el Eurobarómetro de 2009, se sitúa en 11,0 puntos, bastante por debajo de la media UE-27 que se sitúa en 19,0 puntos.

Además, el Gobierno recurre al populismo punitivo al utilizar la reforma penal de manera simbólica³³ “para lanzar mensajes a la sociedad de firmeza en la lucha contra el crimen”, cuando, en realidad, existen diversas propuestas más efectivas que cualquier reforma penal. Así, BAUCELLS/PERES proponen: desarrollar y mejorar la estrategia policial en las grandes ciudades; desarrollar estrategias de prevención situacional —al tratarse de un tipo de delincuencia acotada geográficamente en concretos puntos de la ciudad y especialmente sobre turistas—; y, por último, recurrir a instrumentos penales ya existentes como la expulsión en el caso de reincidentes extranjeros no residentes legalmente en España o decretar órdenes de alejamiento³⁴ de determinados lugares³⁵. Por su parte, GUIASOLA LERMA considera necesaria una política preventiva y social que fomente la reinserción, como por ejemplo, impulsar programas educativos o de integración de inmigrantes. Asimismo, señala que pueden ser eficaces las medidas alternativas a la pena de prisión, en los casos de delitos bagatela cometidos de forma reiterada, como los trabajos en beneficio de la comunidad³⁶. Y, por último, cabe destacar lo apuntado por AGUADO LÓPEZ, quien

también apuesta por las medidas de política social, educativa, formativa, etc., como se desprende de las Resoluciones Europeas que sugieren que, sin renunciar al cumplimiento de la pena, deben explorarse otras vías no punitivas para prevenir el delito³⁷. Ahora bien, interesa destacar que resulta más económico hacer frente a la pequeña delincuencia patrimonial a golpe de reforma penal, que supone un “coste cero” para el Estado que, llevar a cabo alguna de las propuestas apuntadas.

II. La reiteración delictiva en sus diversas manifestaciones

1. De la distorsión del concepto de multirreincidencia en la justificación de un supuesto de habitualidad criminal

La reincidencia o multirreincidencia y la habitualidad criminal tienen en común la repetición de un hecho, pero se diferencian en que lo que caracteriza a la habitualidad es que dicha repetición se haya incorporado al carácter del sujeto, creando una costumbre o hábito criminal —adquirido por la comisión reiterada de hechos delictivos— mientras que en la reincidencia y la multirreincidencia³⁸ la agravación depende de un

33 MESTRE DELGADO (“La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en derecho penal”, en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, enero 2004, pp. 14-15) señala, que la reforma operada por la LO 11/2003, al establecer el nuevo delito del art. 234 CP, ha iniciado un peligroso camino, puesto que, más pronto o más tarde, la sociedad experimentará la ineficacia de la norma penal ante los concretos problemas de delincuencia que la intranquilizan y, para reaccionar frente a esta situación el legislador introducirá una nueva reforma legislativa. En consecuencia, “la relación simbólica con la sociedad deviene en una espiral que sólo conduce al fracaso”. Vid. Asimismo, MAQUEDA ABREU, M. L.: “Crítica a la reforma penal anunciada”, en *Jueces para la Democracia*, nº 47, 2003, pp. 6-11.

34 Como señalan AGUILAR ROMO/NAVARRO BLASCO (“Valoración de la aplicación de los nuevos tipos delictivos desde el punto de vista procesal”, anexo nº 7.4, en Memoria del “Proyecto de recerca, estudi i anàlisi sobre seguretat a Catalunya”, bajo el Título “Vías de actuación contra la delincuencia menor masiva” (2009ISPC00022), financiado por el Institut de Seguretat Pública de Catalunya, p. 21), la aplicación de la pena de alejamiento, regulada en el art. 57 CP, está condicionada a la especial peligrosidad del autor y a la necesidad de proteger a la víctima. Estos requisitos, en principio, no aparecen ni en el delito de hurto “habitual” ni en la falta reiterada de hurto. No obstante, “la medida ya ha sido dispuesta en algunas resoluciones judiciales, si bien no consta fundamento jurídico específico ni su imposición ha sido impugnada ni cuestionada por la defensa de los condenados, por lo que no se cuenta con un cuerpo de doctrina sobre el que fundar argumentos para la imposición”.

35 BAUCELLS LLADÓS/PERES NETO: “Medios de comunicación y populismo punitivo...”, cit., pp. 129-130. Para MUÑOZ CONDE (“Delitos contra el patrimonio”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 378), en el caso de los extranjeros, la medida de la expulsión del territorio nacional, “constituye una reacción punitiva desproporcionada y una forma de “criminalización de la pobreza” que raya en los límites de la vieja Ley de Vagos y Maleantes y de la no tan vieja Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que fue derogada por el Código Penal de 1995 por su incompatibilidad con el Estado de Derecho”.

36 GUIASOLA LERMA: *Reincidencia y delincuencia habitual*, cit., pp. 145 y ss.

37 AGUADO LÓPEZ (*La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito*, cit., pp. 147 y ss) recoge parte del contenido de la Resolución Europea de 21-12-1998, sobre prevención de la delincuencia organizada, en la que se establece: “5. Reconoce que también resultará beneficioso para una política eficaz en el ámbito de la prevención de la delincuencia organizada disponer de unos sistemas eficaces y tan amplios como sea posible de seguridad social, educación y formación, junto con medidas de lucha contra el desempleo y la pobreza, así como una ordenación urbana y un urbanismo que sean creativos, humanos y respondan a criterios de prevención; 6. Apoya los esfuerzos para la integración social de los grupos marginados con el fin de reducir el posible riesgo de que personas vulnerables de dichos grupos puedan dedicarse a la delincuencia; 7. Insiste en la particular importancia que tienen, para la prevención de nuevos actos delictivos, las medidas de reinserción de delincuentes, las medidas que aparten del delito y el cumplimiento de las penas”.

38 El Anteproyecto de la LO 11/2003 establecía la aplicación de la agravante de multirreincidencia de faltas, aunque el legislador optó, posteriormente, por no incluirla. El art. 638 rezaba así: “Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la aplicación

dato formal, en la existencia de una o varias condenas anteriores, respectivamente, resultando indiferente el modo de ser del sujeto³⁹.

Lo que caracteriza a la habitualidad es que la reiteración en la comisión de un hecho delictivo hace surgir el efecto de un hábito criminal, que significa “facilidad de cometer delitos, adquirida por haberlos cometido con anterioridad”⁴⁰. El delincuente habitual presenta una inclinación a delinquir que se refleja en la repetición de conductas criminalizadas y ello permite realizar un pronóstico de peligrosidad, de que volverá a delinquir y, frente al sujeto peligroso debe reaccionarse con medidas de seguridad⁴¹. De modo que se ha propuesto que el delincuente habitual puede ser un sujeto imputable, responsable, del que cabe hacer un pronóstico de peligrosidad y frente al que se reacciona con una medida de seguridad dirigida a corregir el hábito delictivo adquirido, no al mero aseguramiento, cuya naturaleza y duración deben concretarse en función del delito cometido y del grado de peligrosidad del autor. ANDRÉS DOMÍNGUEZ considera que hubiera sido aconsejable introducir en nuestro Código Penal un concepto de delincuente habitual semejante al previsto en el Proyecto de Código Penal de 1980 que, asimismo, recogía la figura del delincuente pro-

fesional y, al previsto en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983⁴².

Sin embargo, frente a las anteriores propuestas doctrinales, nuestro Código Penal recoge una definición de “reo habitual”, pero limitada a los efectos de suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad. Así, el art. 94 CP reza así: “*se consideran reos habituales los que hubiesen cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello*”; de manera que recoge un concepto objetivo de reo habitual sin referirse a su inclinación a delinquir⁴³.

Tomando como punto de partida la reforma operada por la LO 11/2003, en su Exposición de Motivos se afirma que las medidas que introduce van dirigidas a castigar, de forma especial, la delincuencia profesionalizada: “*son numerosos los ejemplos de aquellos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada*”; el legislador afirma, entonces, que con la reforma “*se recogen medidas dirigidas a mejorar la aplicación de la respuesta penal a la habitualidad de la conducta cuando los hechos infractores del Código Penal cometidos con anterioridad no hubieran sido aún juzgados y condenados*”⁴⁴. De modo que con estas medidas se pretende

de la circunstancia agravante de reincidencia prevista en el artículo 66.1.5ª de este Código, con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiere sido condenado ejecutoriamente por tres faltas de la misma naturaleza de las previstas en los artículos 617 y 623.1 y 3 de este Código, en cuyo caso se aplicará la pena prevista por la Ley en el artículo 147.1 y 234 y 244.1, respectivamente, en su mitad inferior. En el supuesto de faltas contra el patrimonio se aplicará esta regla siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito. A estos efectos no se computarán los antecedentes cancelados o que hubieren debido cancelar”.

39 ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C.: “Habituales y reincidentes”, en *Revista de Derecho Penal*, Lex Nova, nº 22/2007, p. 82; AGUADO LÓPEZ: *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito*, cit., p. 36.

40 ANDRÉS DOMÍNGUEZ: “Habituales y reincidentes”, cit., pp. 82-83; CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código Penal (Tomo I)*, Barcelona, 1972, pp. 728-729.

41 ANDRÉS DOMÍNGUEZ: “Habituales y reincidentes”, cit., p. 83.

42 En el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, el art. 150: Delincuente habitual, rezaba así: “*A los efectos de este artículo se considera habitual al delincuente que hubiere sido condenado por tres o más delitos que, no habiendo sido cancelados regístralmente, hagan presumible su inclinación a delinquir, según declaración expresa del Tribunal*”, se establecía como complemento de la pena la imposición de una medida de internamiento en un centro de terapia educativa o de rehabilitación social. El art. 152, recogía la figura del delincuente profesional, “*A los efectos de este artículo se considera profesional al delincuente habitual que viva en todo o en parte de las ganancias del delito*”, también se establecía como complemento de la pena la medida de seguridad de internamiento en centro de rehabilitación social (art. 135.5ª). La Propuesta de Anteproyecto de CP de 1983 recogía a los delincuentes habituales en su art. 100, que rezaba así: “*3. A los efectos de este artículo, se considera habitual al delincuente que hubiese sido condenado por tres o más delitos que, no habiendo sido cancelados regístralmente, hagan presumible su inclinación a delinquir según declaración expresa del Tribunal...*”, se establecía, también, además de la pena, la medida de internamiento en un centro de terapia social. Vid. ANDRÉS DOMÍNGUEZ: “Habituales y reincidentes”, cit., p. 89.

43 MARÍN ESPINOSA CEBALLOS (*La reincidencia. Tratamiento dogmático y alternativas político-criminales*, Comares, Granada, 1999, p. 392) propone la supresión del precepto que regula la habitualidad, dando plena libertad al Juez “para determinar si el tiempo transcurrido entre los delitos permite suponer una habitualidad o, por el contrario, media tan largo tiempo entre los hechos cometidos que interrumpe aquella relación”.

44 La falta reiterada de hurto del art. 623.1 CP, introducida por la reforma 5/2010, recoge que la reiteración delictiva del sujeto se determina atendiendo al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas; por lo que respecto a las que ya fueron objeto de

dar respuesta a la habitualidad. Ahora bien, como señala AGUADO LÓPEZ, el artículo 234 párrafo segundo recogería únicamente un concepto de habitualidad objetivo, porque castiga la reiteración de varias acciones constitutivas de falta, exigiendo como normalmente sucede en la habitualidad tres acciones, con una cierta proximidad temporal (en el plazo de un año). No se recoge un concepto subjetivo de habitualidad, esto es, “la adquisición por parte del sujeto de un hábito o tendencia criminal”, al no exigirse en estos delitos, ni que sea un delincuente habitual, ni que sea profesional, es decir, “un delincuente habitual que vive de las ganancias del delito”. Por lo que, como señala esta autora, pese a que en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003 se afirmaba que estas medidas iban dirigidas a luchar contra la “*delincuencia profesionalizada*”, no sólo no se recoge un concepto subjetivo de habitualidad, sino que, además, el legislador, en vez de responder con medidas de seguridad, lo que hace es aumentar la pena⁴⁵.

Si partimos del concepto objetivo de habitualidad puede considerarse que este delito tiene una naturaleza similar a la del delito habitual impropio, porque cada conducta aislada es constitutiva de una infracción penal (una falta), y su repetición agrava la pena. Así, se reconoce que acciones de escasa significación como son las faltas, de ser reiteradas, no sólo se produce un aumento de la pena sino que hacen surgir un delito, transformando, entonces, su naturaleza⁴⁶. Aquí, el fundamento de la agravación de la pena, como hemos visto, se encuentra en la realización de tres acciones descritas como falta de hurto en el plazo de un año, no exigiéndose la adquisición del hábito; por lo que podría considerarse que, de una parte, se presume *iuris et de iure* la peligrosidad del sujeto —aunque la peligrosidad criminal no puede fundamentar una agravación de la pena sino la aplicación, en todo caso, de medidas de seguridad— Y,

de otra, se presumiría, también, la especialización o la adquisición del hábito⁴⁷.

Si, de otra parte, tomamos en consideración lo recogido en el Informe del Consejo General del Poder Judicial en relación al Anteproyecto de LO 11/2003 debe entenderse que “*la reiteración delictiva puede conducir a una pena superior a la que deriva de la suma de las penas correspondientes a los hechos individuales sólo cuando la reiteración suponga un mayor contenido de injusto y culpabilidad, un plus de desvalor para cuya sanción son insuficientes las reglas del concurso real de delitos*”⁴⁸; entonces, entiende el Consejo que la razón de ser del incremento de la pena en los tipos de habitualidad se encuentra en el mayor contenido del injusto del comportamiento ya observado en el pasado y no en la mayor peligrosidad del sujeto entendida como probabilidad de comportamientos futuros⁴⁹. Esto es, fundamenta el incremento de la pena en “la adquisición de un hábito de cometer delitos” y, para que ello se refleje en el tipo penal entiende que debería considerarse habitual el delito sólo en el caso de que se realizaran más de tres infracciones en un período de seis meses —en la ley se recoge un año— Así, la intensidad requerida por la realización repetida del tipo en un corto período de tiempo, revelaría una mayor voluntad criminal y ésta es la que puede justificar que la pluralidad de faltas sean castigadas con la pena del correspondiente delito⁵⁰.

De este modo, puede considerarse que hay habitualidad criminal cuando, “además de la repetición objetiva de hechos delictivos, se adquiere un hábito o tendencia criminal que demuestra una mayor peligrosidad del sujeto”. Es la adquisición del hábito criminal, junto con la peligrosidad que ello conlleva, lo que nos permite diferenciar la habitualidad criminal de la reincidencia y la multirreincidencia⁵¹.

previo enjuiciamiento, si se toman en consideración para la reiteración delictiva, pueden plantearnos problemas, de una parte, de “*non bis in idem*” y, de otra, esta nueva figura delictiva podría acercarse a la figura de la reincidencia.

45 AGUADO LÓPEZ: *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito*, cit., pp. 39 y ss. MIR PUIG (“La “habitualidad criminal” del art. 4º de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, 1974, Vol. 73, nº 2, pp. 131-132) señala que el Código Penal recoge la habitualidad en sentido objetivo, puesto que, en un sentido subjetivo equivaldría a castigar la peligrosidad.

46 AGUADO LÓPEZ: *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito*, cit., pp. 42-43.

47 AGUADO LÓPEZ: *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito*, cit., pp. 49-50; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 492.

48 Informe del CGPJ, cit.

49 Informe del CGPJ, cit.

50 Informe del CGPJ, cit. MUÑOZ CONDE (“Delitos contra el patrimonio”, cit., p. 378) recoge diversas situaciones en las que se puede plantear la comisión de este delito, que no necesariamente responden a la idea del “delincuente profesional”. Así, por ejemplo, pueden ser infracciones aisladas entre las que no existe ningún tipo de relación personal, temporal o espacial; o, pueden darse de forma ocasional, dependiendo del estado de necesidad en que se encuentre el sujeto que las realiza.

51 AGUADO LÓPEZ: *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito*, cit., p. 52.

Ahora bien, de esta forma se fundamenta una agravación de la pena presuponiendo que el legislador quería criminalizar esta conducta fundándola en la “adquisición de un hábito o tendencia criminal”, que demuestre una “mayor peligrosidad del sujeto”, lo que, en principio, puede llevar a infringir los principios de taxatividad de la norma penal y seguridad jurídica. Lo cierto es que quien comete de forma repetida conductas constitutivas de falta de hurto en un corto período de tiempo puede mostrar cierta peligrosidad. Sin embargo, ésta, como recoge SILVA SÁNCHEZ, “es tan leve que parecería razonable que el coste del riesgo de reiteración fuera entonces asumido por el conjunto de la sociedad y afrontado de otro modo”⁵².

Incluso, pensando que lo que motiva al legislador es castigar al delincuente profesional, puede afirmarse que el aumento de las penas no lo intimida tanto como al resto de los ciudadanos, “porque delinquir es precisamente su profesión, su forma de vida, y entrar en prisión, o que la pena de prisión sea más larga, suele ser una probabilidad que ya asume”⁵³.

Asimismo, si la finalidad del legislador fuera únicamente la prevención general, en su aspecto negativo, para intimidar a los ciudadanos aumentando las penas, como en su aspecto positivo, que el aumento de las penas sirva para tranquilizarlos frente a la situación de inseguridad que provoca la delincuencia profesionalizada, en relación con lo que se acaba de apuntar, al menos, por lo que hace a la prevención general negativa, ello, no se consigue. En este sentido se pronuncia SILVA SÁNCHEZ, puesto que al sujeto a quien se le aplique por primera vez el delito “habitual” de hurto, podrá suspendersele condicionalmente la pena que se le imponga, no ingresando en prisión; por esta razón,

la prevención general intimidatoria parece más que dudosa⁵⁴.

En cambio, desde la perspectiva de la prevención especial negativa, esto es, la pena no como fin de la reinserción social del delincuente (prevención especial positiva) sino como “el aseguramiento del mismo”, sí sería una medida idónea el “endurecer la respuesta penal para luchar contra el aumento de la delincuencia”⁵⁵.

En este sentido, a partir de la finalidad del “el aseguramiento del delincuente”⁵⁶, la doctrina especializada⁵⁷ señala la conveniencia de recoger en nuestro ordenamiento jurídico una definición de habitualidad criminal similar a la contemplada en el Código Penal Italiano que distingue entre el delincuente habitual (art. 102), la figura de la habitualidad en las faltas (art. 104) y, el delincuente profesional (art. 105), entendido como aquél que vive habitualmente de los ingresos del delito. Así, GUIASOLA entiende que el delincuente profesional “podría considerarse una subespecie del delincuente habitual, diferenciándose de éste porque los actos habituales suponen para el profesional su medio de vida, viviendo en todo o en parte de las ganancias del delito”. Asimismo, esta autora ya apunta la relación de la profesionalidad en el delito y el problema del crimen organizado⁵⁸, cuestión que plantearemos en las páginas siguientes a raíz de la introducción en el Código penal, en la última reforma 5/2010, de las figuras de la organización y grupo criminal (arts. 570 bis y ss. CP).

2. La problemática coexistencia entre el delito de hurto habitual y la continuidad delictiva

Otra de las cuestiones que debe destacarse a raíz de la reforma 11/2003, y que se mantiene con la reforma

52 SILVA SÁNCHEZ, J. M^a: “Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXV-2005, p. 358.

53 AGUADO LÓPEZ: *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito*, cit., p. 86. Vid. JAREÑO LEAL, A.: “La proporcionalidad penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las reformas penales de 2003”, en *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Valencia, 2005, p. 403.

54 SILVA SÁNCHEZ, “Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión”, cit., pp. 358-359.

55 AGUADO LÓPEZ: *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito*, cit., pp. 84 y ss. Por su parte, JAREÑO LEAL (“La proporcionalidad penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional...”, cit., p. 403) señala que también sería una medida idónea desde la perspectiva de la prevención general positiva, ya que “es evidente que, ante la preocupación social por el aumento de la delincuencia, una medida inmediata de endurecimiento de la reacción penal produce un efecto rápido de confianza del ciudadano en el Derecho”.

56 “La constatación de que en España hay miles de personas que son detenidas una y otra vez suscita el debate de qué hacer con quienes aparentemente han hecho de la delincuencia su forma de vida. Vid. El País, 23-07/06”, en GUIASOLA LERMA: *Reincidencia y delincuencia habitual*, cit., p. 142, nota 294.

57 ALONSO ÁLAMO, M.: “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, en Octavio de Toledo y Ubieta, E./Gurdiel Sierra, M./Cortés Bechiarelli, E. (coords.): *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 69; GUIASOLA LERMA: *Reincidencia y delincuencia habitual*, cit., pp. 141 y ss.

58 GUIASOLA LERMA: *Reincidencia y delincuencia habitual*, cit., pp. 142 y ss.

operada en 2010, es la coexistencia del nuevo tipo de acumulación de faltas de hurto —art. 234 p. II CP— con la figura del delito continuado del art. 74 CP. Este último permite, en relación a las infracciones de naturaleza patrimonial y, atendiendo al perjuicio total causado, que diversas sustracciones constitutivas de falta puedan convertirse en un solo delito de hurto cuando se supere el límite de 400 euros, en lugar de castigarse como falta continuada de hurto, siempre y cuando, la comisión de las diversas sustracciones respondan a un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión⁵⁹.

Con carácter previo al estudio de esta cuestión, resulta relevante recoger el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de Sala de 27 de marzo de 1998 que reza así: “*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 art. 74 del Código Penal, los cuales, perjudicando al reo deberán interpretarse restrictivamente*”. De modo que, de una parte, las diversas acciones deben llevarse a cabo en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión y, de otra, hay que valorar el perjuicio total causado, que es el que determina la pena a aplicar. De acuerdo con esto, GIMÉNEZ GARCÍA afirma que el párrafo segundo del art. 234 del CP impone una continuidad delictiva *ex lege* en caso de faltas que está en contra del criterio mantenido en el citado Acuerdo del Pleno y, que únicamente se fundamenta “en la consideración de estimar más efectiva una Ley cuanto más represiva sea”⁶⁰.

En cuanto a la reforma operada por la LO 11/2003, la Fiscalía General del Estado, en la Circular 2/2003⁶¹ señalaba que quizás la nueva redacción de los artículos 234 y 244.1 podría sugerir una interpretación de acuerdo con la cual se trataría de una derogación particular de la regla general del delito continuado. Sin embargo, continúa, no parece haber sido la intención del legislador el suplantar la posibilidad de apreciar un delito continuado de hurto en el que pueden integrarse conductas materialmente constitutivas de faltas, puesto que, “siempre que respondan a la ejecución de un plan preconcebido o el aprovechamiento de una ocasión idéntica, y concurren los restantes requisitos del delito continuado”, será este último el precepto aplicable, esto es, el art. 74 CP. Quiere esto decir que, si un sujeto ejecuta tres faltas de hurto en el plazo de un año, cuya cuantía global exceda de la establecida para el delito —400 euros—, seguirá siendo de aplicación las reglas del delito continuado si se dan sus requisitos y, sólo si no se dan será de aplicación el apartado segundo del art. 234 CP. Así pues, sólo, por ejemplo, cuando no concorra la continuidad delictiva o el requisito de un plan preconcebido o aprovechándose de una idéntica ocasión, es cuando acudiremos al nuevo tipo penal⁶². Por ello, JIMÉNEZ DÍAZ señala que no son preceptos incompatibles, los arts. 74 y 234 p. II CP, sino complementarios⁶³. Ahora bien, es difícilmente imaginable que en la nueva figura del hurto no concorra el requisito del aprovechamiento de una idéntica ocasión, o un plan previo de comisión del hecho o la continuidad delictiva, puesto que ésta es la idea que ha motivado al

59 GARCÍA ARÁN, M.: *El delito de hurto*, “Colección los delitos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 182. En sentido crítico, CHOCLÁN MONTALVO (“Tratamiento penal de la pluralidad delictiva y de los concursos de delitos una reforma necesaria”, en *Las últimas reformas penales II*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2006, p. 196) señala que, “una pluralidad de acciones constitutivas de falta, aunque realicen el mismo tipo y se conecten subjetivamente, no puede dar lugar a un delito continuado pues el tipo de delito no está pensado para sancionar comportamientos de escasa lesividad”.

60 GIMÉNEZ GARCÍA, J.: “El delito de hurto. Elementos comunes con el robo”, en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, 2004, pp. 76-77; SOTO NIETO, F.: “Faltas continuadas de hurto. Transformación en delito continuado”, en *La Ley*, D-157, 1998, pp. 1 a 5.

61 Circular 2/2003, de la Fiscalía General del Estado, de 18 de diciembre, sobre la aplicación práctica del nuevo delito consistente en la reiteración de cuatro faltas homogéneas.

62 La Circular 2/2003 de la FGE afirma que, en el supuesto de que unos mismos hechos pudieran subsumirse en la nueva figura delictiva del hurto (apartado II) y al mismo tiempo en la figura del delito continuado, la duda debería resolverse conforme a la regla de la alternatividad del art. 8 CP. Sin embargo, señala que la cuestión carece de interés práctico, ya que ambos preceptos —arts. 74 y 234 p. II CP— prevén la aplicación de la misma pena, la correspondiente al delito de hurto. Vid. Consulta 3/1999, de la FGE, de 17 de septiembre, sobre la pena que procede imponer a las infracciones penales continuadas de carácter patrimonial. En el mismo sentido, ROBLES PLANAS (“Delitos contra el patrimonio”, en Silva Sánchez, J. M^a (Dir): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 2006, pp. 190-191) que, asimismo, señala que el delito de hurto por acumulación de faltas convierte el “hecho” en un delito, “sin atender a los requisitos del delito continuado”. Por su parte, JAREÑO LEAL (“La proporcionalidad penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional...”, cit., p. 405) considera desproporcionado imponer la pena del delito, puesto que la suma de las penas de cada una de las faltas por separado nunca llegaría a la establecida para el delito del art. 234 p. II CP.

63 JIMÉNEZ DÍAZ: “Los nuevos tipos de “habitualidad” (...)”, cit., p. 540.

legislador a criminalizar esta conducta o, cuanto menos, en estos casos estaba pensando. En este sentido, si recogemos alguna de las noticias periodísticas previas a la reforma de 2003, en las que se señalaba la comisión reiterada de pequeños hurtos, aparecía la imagen del carterista de la Rambla de Barcelona que realiza, junto con otros, los pequeños hurtos. Así, uno vigilaba, otro sustraía y otro recogía los efectos de la sustracción. Aquí, ¿no hay plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión? Por todo ello, considero más acertada la posición de GARCÍA ARÁN que entiende, de una parte, que ambos preceptos —arts. 74 y 234 p. II CP— coinciden en objetivos (condenar hechos repetidos que se tratan jurídicamente como un solo delito) y, de otra parte, que la solución penológica prevista en el nuevo delito de hurto prevalece por ser especial⁶⁴. Por lo que cabe plantearse la necesidad del nuevo precepto, ya que, siendo la misma solución penológica, nos viene a reafirmar la idea de la utilización de la reforma penal de manera simbólica, lanzando mensajes a la sociedad de firmeza en la lucha contra la pequeña criminalidad en las infracciones contra el patrimonio.

No obstante, JIMÉNEZ DÍAZ señala que hasta la reforma de 2003 si se producía una repetición de faltas cuya cuantía global fuera mayor de 400 euros pero faltara la continuidad criminal, sólo cabía aplicar las reglas del concurso real (art. 73 CP). En cambio, a raíz de las reformas de 2003 y 2010, en estos casos procede sancionar con la pena del correspondiente delito, advirtiéndose que lo único que ha hecho la Ley es “propiciar un tratamiento más severo para la repetición de “faltas” que, sin ser continuadas, tengan una cierta envergadura cuantitativa”⁶⁵. En el supuesto de no alcanzarse ésta, la reforma operada en 2010 ha introducido una nueva figura delictiva consistente en la perpetración reiterada de la falta de hurto del art. 623.1 CP que, de un lado, se acompaña de la pena de localización permanente —suprimiendo, en estos casos, la pena de multa— y, de otro, el Juez puede disponer su cumplimiento en Centro Penitenciario. De modo que, se cubriría aquel espacio que no fue previsto por el legislador en 2003 y

que, por su escasa gravedad no quedaba tampoco recogido dentro de las posibilidades de aplicación del delito continuado; y, asimismo, como desarrollaremos a continuación, esta nueva figura de la falta reiterada cubrirá el vacío de punibilidad que ha originado el delito de hurto “habitual” dada su ineficacia práctica.

III. Las modificaciones introducidas por LO 5/2010

1. La inidoneidad de la reforma para la resolución de los problemas interpretativos en el delito de hurto “habitual”

Como ya hemos señalado en páginas anteriores, mediante la reforma operada en 2003 se introdujeron una serie de preceptos penales con el fin de ofrecer una respuesta eficaz al considerable aumento, según los medios sociales y políticos, de la pequeña delincuencia patrimonial, origen de la percepción de inseguridad que manifestaba la ciudadanía. La figura delictiva más destacable, por lo que aquí interesa, fue la del hurto habitual —art. 234 p. II CP—, que suponía imponer la misma pena que el delito de hurto (prisión de entre seis y dieciocho meses) al que en el período de un año, realizase cuatro veces la acción descrita en el apartado primero del art. 623 CP —falta de hurto—, siempre que el montante acumulado de las infracciones fuese superior a 400 euros —el mínimo del delito—.

No obstante, a pesar de los cambios introducidos, en la mayoría de los casos no resultaba aplicable. En realidad, desde 2003 hasta el momento, no se conoce pronunciamiento judicial alguno en el sentido de esta nueva figura penal. Así las cosas, con la reforma operada en 2010 se recogen una serie de medidas que pretenden ofrecer una mejor respuesta jurídica frente al problema de la pequeña criminalidad patrimonial.

De una parte, se mantiene el delito de hurto habitual del art. 234 p. II CP, en el que únicamente se rebaja a tres las acciones a realizar, por lo que continúan subsistiendo los mismos problemas interpretativos que existían tras su inclusión con la reforma de 2003, y que originaron las dificultades de orden práctico⁶⁶. Y,

64 GARCÍA ARÁN, M.: “De los hurtos”, en Córdoba Roda, J./García Arán, M. (coords.): *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 643.

65 JIMÉNEZ DÍAZ: “Los nuevos tipos de “habitualidad” (...)”, cit., p. 542. En este sentido, ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC (*Compendio de derecho penal. Parte general y parte especial*, Valencia, 2004, p. 545), que señalan que el nuevo párrafo del art. 234 CP “dejará sentir sus efectos cuando un mismo sujeto realice cuatro faltas (con la reforma de 2010 serán tres), absolutamente desconectadas entre sí”.

66 La rebaja en “una” de la acción descrita como falta del artículo 623.1 CP, pasando de cuatro a tres, para apreciar el delito de hurto del apartado segundo del art. 234 CP, se justificaba en la tramitación parlamentaria de la reforma en “dar mejor solución a los problemas de aplicación práctica del artículo” (Enmienda núm. 446, BOCG, núm. 52-9, de 18 de marzo de 2010).

de otra, se introduce la falta reiterada de hurto del art. 623.1 CP.

Así, en primer lugar, las acciones descritas en el artículo 623.1 CP que integran el *delito* de hurto habitual del art. 234 II CP, deben ser tres acciones homogéneas, esto es, la tercera acción da lugar a la imposición de la pena del delito de hurto cuando las tres acciones realizadas en un año encajen en el mismo tipo penal. Así, por ejemplo, dos acciones constitutivas de falta de hurto del art. 623.1 CP y dos acciones constitutivas de falta de hurto de uso de vehículo a motor del art. 623.3 CP se considerarán cuatro faltas y no un delito de hurto “habitual”.

En segundo lugar, como señala GARCÍA ARÁN, en el texto legal no se utiliza el término “falta” para referirse a las sustracciones porque de haberse utilizado, “sólo podría estimarse repetición de “faltas” cuando las sustracciones hubieran sido calificadas como tales en las correspondientes sentencias”. Por ello este delito se define refiriéndose a la “acción descrita” en el art. 623.1 CP⁶⁷. Tal como recoge la Circular 2/2003 de la FGE, si el tipo se hubiera construido mediante la acumulación de condenas previas, se podría estar vulnerando el principio “*non bis in idem*”, por lo que, y como se recoge en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, con este tipo se pretende dar respuesta penal a la habitualidad de la conducta “cuando los hechos cometidos con anterioridad no hubiesen sido aún juzgados y condenados”. Asimismo, la Circular 2/2003 de la FGE también señala que es suficiente con que se haya celebrado el juicio, aunque todavía no haya recaído sentencia, para que no se pueda tomar en consideración dicha falta, ya que, “una vez celebrado el juicio de faltas, ésta sólo puede terminar por sentencia sobre el fondo del asunto”. Ahora bien, como afirma GARCÍA ARÁN, distinta cuestión sería si los hechos todavía se encuentran pendientes de ser juzgados ya que en estos casos, puede solicitarse la paralización

del procedimiento por faltas para poder abrir un nuevo procedimiento por delito⁶⁸.

Por su parte, GUIASOLA LERMA considera desproporcionado imponer la pena del delito al autor de este delito de hurto habitual que se construye por la reiteración de tres acciones descritas como falta en el art. 623.1 CP, ninguna de las cuales ha sido juzgada. Entiende que, si la transformación en delito sólo se logra por la reiteración de acciones y la suma de cuantías manteniéndose intacto el injusto de la falta, es que entonces en este nuevo tipo se produce una desvaloración del autor por una conducción de vida⁶⁹. De hecho, como el legislador no determina que debe entenderse por “habitualidad criminal” o “delito habitual” considera preferible hablar en estos casos de “delitos de conducta reiterada o de conducta homogénea múltiple”⁷⁰.

En tercer lugar, este tipo penal se caracteriza por la nota de la habitualidad, utilizando un criterio tradicional, acogido por la Jurisprudencia, que consiste en fijar un número mínimo de actos a partir de los cuales se considera probada la misma. De modo que los actos que superen ese mínimo —tres—, no se califican de forma independiente como falta ni permitirían, en su caso, la apreciación de dos delitos habituales. Por otra parte, si el injusto del párrafo segundo del art. 234 viene constituido por la habitualidad de las acciones descritas como falta de hurto durante un año, no puede estimarse dos delitos habituales en un mismo período, cuando se cometan seis hechos constitutivos de falta, porque “la habitualidad es una única situación y no dos”⁷¹. En cambio, la FGE en la Circular 2/2003 se manifiesta partidaria de penar por separado todas las acciones —faltas— que excedan del número mínimo establecido en el delito, —tres— cometidas en un año. Así, si se excede de tres se procederá al enjuiciamiento de cada uno de los hechos como falta del art. 623.1 CP o, incluso puede dar lugar a la existencia de otro delito del apartado segundo del art. 234 CP⁷².

67 GARCÍA ARÁN: “De los hurtos”, cit., p. 642.

68 GARCÍA ARÁN: “De los hurtos”, cit., p. 642.

69 Vid. El apartado 2 de este trabajo.

70 GUIASOLA LERMA (*Reincidencia y delincuencia habitual*, cit., pp. 101 y ss.) considera que con ello se marcarán distancias con el “concepto auténtico de “habitualidad”, previsto en el art. 94 del CP, que exige como condición la previa condena del sujeto activo”; ALONSO ÁLAMO: “Delito de conducta reiterada (delito habitual) (...)”, cit., p. 66.

71 GARCÍA ARÁN: “De los hurtos”, cit., pp. 102 y 642. En el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS (“Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (II). El hurto”, en Cobo del Rosal, M. (coord.): *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 462), sin embargo, considera que “si se acredita la realización de las cuatro faltas —tras la reforma de 2010 serían tres— antes de que transcurra el plazo de un año, nada impide la aplicación del delito, comenzando a contar de nuevo desde el momento de la sentencia condenatoria tanto el plazo como el número de faltas que eventualmente podrían permitir la aplicación sucesiva de otro delito de hurto habitual”.

72 En este sentido, JIMÉNEZ DÍAZ (“Los nuevos tipos de “habitualidad” (...)”, cit., p. 548) quine considera más acertada la interpretación de la Fiscalía, al no estimar este delito como habitual.

Y, por último, el problema originado por los plazos de prescripción de las faltas. Es decir, ¿pueden tomarse en consideración los hechos constitutivos de falta, que integran el delito de hurto “habitual”, pero que han prescrito por haber transcurrido seis meses desde su comisión (art. 131.2 CP)? O, bien, dado que el plazo establecido por la Ley para la calificación como delito habitual de hurto es de un año, ¿podría pasar a determinar el plazo de prescripción del nuevo “hecho delictivo”?; para esto último, deberíamos partir de la consideración de que surge una acción penal distinta que nace de la repetición de tres hechos y que es diferente de la propia de cada acto aislado.

Así las cosas, JIMÉNEZ DÍAZ diferencia dos supuestos. De un lado, aquellos que consideran que este tipo se configura como una simple suma de faltas y, por lo tanto, transcurridos seis meses la falta habría prescrito y no pasaría a integrar el nuevo delito. En este sentido la Circular 2/2003 de la FGE recuerda que la prescripción opera “*ipso iure*” y que los jueces deben de apreciarla de oficio, “de tal manera que si respecto de alguna de las faltas hubiesen transcurrido más de seis meses sin ser perseguida judicialmente, será también procedente declarar su prescripción, y no será posible tomarla en consideración como conducta a efectos de colmar el tipo de los nuevos delitos de reiteración de faltas”⁷³. De otro lado, si se considera, como aquí se mantiene, que nos encontramos frente a un delito habitual de hurto, en el que la conducta típica se construye con la repetición de hechos definidos como falta de hurto durante un año, entonces, con dicha repetición nace una “acción penal diferenciable” que tendrá el plazo de un año de prescripción, que es el plazo de comisión del delito. De modo que, transcurridos más de seis meses desde la ejecución de la acción contra la propiedad, ésta no podrá ser castigada como falta (habría prescrito) pero ello no impedirá integrarla en el supuesto de hecho del apartado segundo del art. 234 CP (que no ha prescrito)⁷⁴.

Asimismo, algunos autores plantean como solución al problema de los plazos de prescripción de esta nueva figura delictiva estar a lo que dispone el art. 132.1, que establece los criterios para el cómputo de los términos de la prescripción y que tras la reforma por la LO 15/2003 recoge que: en las infracciones que exijan habitualidad los términos se computarán desde que cesó la conducta. Ahora bien, no parece ser que el legislador pensara en los supuestos de habitualidad del apartado segundo del art. 234 CP, sino más bien en los casos de violencia habitual. Puesto que, como señala JIMÉNEZ DÍAZ en el delito de hurto habitual no existe una conducta repetida que pueda cesar como en la violencia habitual del art. 173.2 CP, sino tres acciones que, por separado, constituyen faltas con una entidad independiente. Mejor solución hubiera sido establecer una regulación similar a la del delito continuado (art. 132 CP) que establece que el cómputo se iniciará desde el día en que se realizó la última infracción, esto es, la tercera acción descrita como falta de hurto⁷⁵.

2. Reincidencia encubierta, *bis in idem* y otros problemas en la nueva falta reiterada de hurto

Como se ha anunciado, otra novedad de la reforma de 2010 es la introducción de la *falta reiterada de hurto* en el art. 623.1 CP, que nace de la persistencia del Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió. Éste, frente a la práctica inaplicación del delito de hurto habitual del art. 234, II CP, insiste en que el fenómeno de la reincidencia es uno de los que en mayor medida influye ante la población en su percepción de la inseguridad ciudadana y, por ello, entiende que deben establecerse medidas que aseguren una respuesta jurídica más contundente. Así, para apreciar la reiteración, se atenderá, de una parte, al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas y, de otra, a la proximidad temporal de las mismas. La primera cuestión a destacar es la amplitud de la definición, pues no se establece el

73 JIMÉNEZ DÍAZ: “Los nuevos tipos de “habitualidad” (...)”, cit., pp. 546 y ss. Por el contrario, la Circular de la FGE (2/2003) entiende que, si el juicio de faltas hubiese sido archivado por un motivo distinto de la prescripción, de los que en el procedimiento por delito dan lugar a un auto de sobreseimiento provisional (v. gr. Por falta de autor conocido), cabría la posibilidad de reabrir el procedimiento y tomar en consideración la falta para integrar la nueva figura del delito.

74 GARCÍAARÁN: “De los hurtos”, cit., p. 643; JIMÉNEZ DÍAZ: “Los nuevos tipos de “habitualidad” (...)”, cit., p. 547. En el mismo sentido, CARBONELL MATEU/GUARDIOLA GARCÍA (“Consideraciones sobre la reforma penal de 2003”, en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 12, octubre 2004, p. 51), que interpretan, en relación al art. 147.1 párrafo segundo, que el “hecho delictivo” al que se refiere éste se encuentra constituido por la repetición de las acciones descritas en el art. 617. De modo que, de un lado, entre la primera acción y la última no puede mediar más de un año, como se desprende del precepto y, de otro, este período de un año pasará a determinar el plazo de prescripción del nuevo “hecho delictivo”; por tanto, las faltas que hayan prescrito por haber transcurrido seis meses podrán integrarse en el supuesto de hecho del delito que todavía no ha prescrito.

75 JIMÉNEZ DÍAZ: “Los nuevos tipos de “habitualidad” (...)”, cit., p. 546.

marco temporal que marca la proximidad entre ellas y, caben, para apreciar la reiteración, tanto las infracciones enjuiciadas como las que han de ser juzgadas⁷⁶. Lógicamente, estas dificultades de interpretación deberán resolverse judicialmente cuando se inicie la aplicación del nuevo precepto penal⁷⁷. Ahora bien, puede apuntarse ya que su redacción parece aproximarse a la idea de la reincidencia, puesto que, para apreciar la reiteración cabe tomar en consideración las infracciones ya juzgadas y condenadas. Y, por tanto, si se recuerda lo que afirma la Circular de la FGE 2/2003 al negar la acumulación de condenas previas en relación al delito de hurto habitual, podría estarse vulnerando vulnerarse el principio “*non bis in idem*”.

Para delimitar el campo aplicativo de la falta reiterada de hurto —sustracciones que no excedan de 400 euros— debe tomarse en consideración el delito habitual de hurto, ya que, en principio, la falta reiterada parece ser que aparecerá como un tipo subsidiario respecto de éste último, dada su práctica inaplicación⁷⁸. Así, una vez constatados los criterios de reiteración, podrá aplicarse:

- Cuando existan varias faltas de hurto (enjuiciadas o no) y el montante acumulado no supere los 400 euros.
- Cuando el montante de las diversas faltas acumuladas supere los 400 euros, pero alguna de ellas ya haya sido enjuiciada y el número de faltas no juzgadas no sean tres, ni superen los 400 euros⁷⁹.
- Cuando las diversas faltas se hubiesen cometido en un período superior a un año —espacio temporal máximo de comisión del delito de hurto “habi-

tual”⁸⁰— Aunque esta opción no parece demasiado viable, dado que la reiteración exige “proximidad temporal” entre las faltas, lo que puede ser difícil en periodos muy superiores a un año.

En cuanto a la cuestión penológica, el Código Penal, en su artículo 623, castiga las faltas de hurto con la pena de localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses. En muchos casos, ante la falta de domicilio permanente del autor de este tipo de infracción penal, la mayoría de las sentencias condenan al autor al pago de la multa. Frente a esta situación, el Grupo Parlamentario Catalán de Convergencia i Unió presentó una Proposición no de Ley⁸¹ instando, de una parte, a recuperar la pena de arresto menor —prevista antes de la reforma de 1995—, cuando propone sancionar la falta de hurto con una pena leve de privación de libertad por un corto espacio de tiempo (—de 15 días hasta tres meses—); y, de otra, insta a suprimir la sustitución obligatoria de la pena en los supuestos de reiteración. Así las cosas, parece que el legislador de 2010 ha tomado en consideración ambas propuestas, puesto que, de un lado, suprime la pena de multa y, de otro, mantiene la pena de localización permanente, aunque en estos casos “*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*”⁸². En definitiva, supone la reintroducción encubierta de la pena de arresto de fin de semana. De acuerdo con lo que establece el Informe del Pleno del CGPJ⁸³ la di-

76 TORRES ROSELL: “El delito de hurto”, cit., p. 198.

77 Aunque ya podemos adelantar, como se señala judicialmente, que “va a resultar difícil dar por cometida una infracción cuando ni ha sido enjuiciada ni parece que vaya a enjuiciarse tampoco en el procedimiento concreto, la proximidad temporal resulta asimismo indefinida y se entremezclan conductas juzgadas y sentenciadas con otras que ni tan siquiera se conoce si van a resultar enjuiciadas. ¿O acaso se está pensando en la posibilidad de tomar en consideración cualquier tipo de imputación indiciaria, como pudiera ser la simple denuncia o atestado policial para apreciar tal reiteración?”. Vid. AGUILAR ROMO/NAVARRO BLASCO. “Valoración de la aplicación de los nuevos tipos delictivos desde el punto de vista procesal”, cit., p. 12.

78 TORRES ROSELL: “El delito de hurto”, cit., p. 198.

79 GUARDIOLA LAGO, M. J.: “La reforma penal en el delito y falta de hurto”, en Álvarez García, F. J./González Cussac, J. L. (Dirs.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 266.

80 TORRES ROSELL: “El delito de hurto”, cit., pp. 198-199.

81 Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (CIU), sobre medidas a adoptar en relación a la habitualidad en la comisión de faltas por hurto, de 23 de marzo de 2010.

82 El art. 37.1 reza así: “La localización permanente tendrá una duración de hasta seis meses. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en un lugar determinado fijado por el Juez en sentencia o posteriormente en auto motivado.

No obstante, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado”. La pena de localización permanente como pena principal únicamente está prevista para la falta reiterada de hurto del art. 623.1 CP.

83 Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Reforma 15/2003, de 20 de marzo de 2003.

ferencia de la pena de localización permanente con el arresto de fin de semana, es que no se produce el ingreso del penado en el establecimiento penitenciario o depósito municipal de detenidos para su cumplimiento, sino en su propio domicilio o en lugar adecuado para ello determinado por el Juez. Y, asimismo, señala que, con ello se evitan los efectos nocivos de la pena corta de prisión que determina la reclusión del interno en un centro penitenciario. Esta última cuestión, queda en entredicho cuando, tras la reforma de 2010, se deja en manos del Juez el disponer que su cumplimiento se realice en un centro penitenciario o no. En tales casos, la función que cumple la pena de localización permanente, tal como se recoge en el art. 623.1 CP, “es la de obtener el titular de prensa de conseguir que determinadas personas entren en un centro penitenciario”⁸⁴. En todo caso, desde Instituciones Penitenciarias se señala que no se ha realizado ninguna estimación sobre el impacto que puede tener la medida en las prisiones españolas, así como, no se sabe si estas penas de localización se cumplirán en centros abiertos o no. Los responsables de prisiones no comparten las manifestaciones que se realizaron durante el debate parlamentario, en el sentido de que, para realizar el cumplimiento de esta pena no se producirían problemas de plazas, ya que “los carteristas” ocuparían las celdas de los presos que saliesen de permiso. Así, entienden que, “lo que se ha anunciado altera los principios del sistema penitenciario. Las cárceles no están para acabar implantando un sistema de “*camas calientes*”, ni tampoco son hoteles en los que los fines de semana se van unos clientes y entran otros”. Además, en estos casos, dudan del efecto disuasorio que pueda tener la pena de prisión⁸⁵.

Por último, cabe destacar la incapacidad del delito de asociación ilícita del art. 515.1º CP para responder adecuadamente frente a los supuestos de la comisión reiterada de faltas. En este caso, las dificultades de obtener, de una parte, material probatorio suficiente y, de otra, su interpretación restrictiva por parte de la jurisprudencia, ha llevado a que no existan condenas en

relación a la pequeña criminalidad, para la que parecía prevista la reforma⁸⁶. Frente a estas dificultades surgen las nuevas figuras delictivas del *grupo u organización criminal* de los arts. 570 bis y ss. CP⁸⁷. Ambas recogen tanto la finalidad de cometer delitos, como la de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas; aunque, en atención a su definición parece más próxima a los casos de realización reiterada de las faltas de hurto, la figura del grupo criminal. Así, en atención al tenor del art. 570 ter.1.c) CP, se entiende por grupo criminal la unión de dos o más personas que tengan por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas. El grupo criminal no debe reunir las características de la organización criminal que, según el art. 570 bis 1 CP, serían su carácter estable y por tiempo indefinido. De modo que parece que el legislador está pensando en aquellos supuestos de agrupación transitoria y puntual. Así, una de las finalidades político-criminales de la reforma ha sido el castigo de agrupaciones de delinquentes orientadas a la comisión reiterada de simples faltas⁸⁸. En estos casos se plantean varias cuestiones: en primer lugar, podría producirse un avance de la intervención punitiva, ya que el mediante el concepto de grupo se castigan, en realidad, actos preparatorios no previstos ni en el delito de hurto —art. 269 CP— ni, mucho menos, en la falta de hurto. En segundo lugar, surgen dudas sobre su delimitación, respecto de las formas de intervención o participación en la comisión de los hechos. Así, en el supuesto de tres carteristas que se coordinan para cometer los pequeños hurtos en el metro, su actuación se calificaría como coautoría (art. 28 CP) en la comisión de la falta reiterada del art. 623.1 CP; o, como parece que es la finalidad del legislador, pasará a constituir una relación concursal entre la figura del grupo criminal, que tiene por objeto la comisión concertada y reiterada de faltas —art. 570 ter.1.c) CP⁸⁹— y la falta reiterada de hurto del art. 623.1 CP. Asimismo, si, concurren dos coautores y un tercero calificable como cómplice a tenor del

84 AGUILAR ROMO/NAVARRO BLASCO, “Valoración de la aplicación de los nuevos tipos delictivos desde el punto de vista procesal”, cit., p. 18.

85 Vid. El País, sábado 1 mayo de 2010.

86 El tipo penal del art. 515.1º CP fue introducido por la LO 11/2003.

87 Mediante una Proposición de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán, en 2008, se añadió al Proyecto de CP el art. 385 bis, que ya recogía las organizaciones y grupos criminales.

88 GARCÍA RIVAS, N.: “Organizaciones y grupos criminales”, en Álvarez García, F. J./González Cussac, J. L. (Dirs.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 510 y ss.

89 Este precepto establece una pena de prisión de tres meses a un año, que en el caso de perpetración reiterada de las faltas se impondrá en su mitad inferior, “salvo que la finalidad del grupo fuera la perpetración reiterada de la falta prevista en el número 1 del art. 623, en cuyo caso podrá imponerse la pena en toda su extensión”.

29 CP, entonces, ¿éste también formará parte del grupo, agravándose, penológicamente, su participación?

A mayor abundamiento, con la reforma de 2010 se introduce una *nueva circunstancia agravatoria* en el apartado 5º del art. 235 CP, que tiene como finalidad sancionar con mayor dureza —pena de prisión de uno a tres años— a los sujetos que utilicen a “*menores de catorce años para la comisión del delito*”. Supuesto que en algunas ocasiones se produce a sabiendas de que esos niños son inimputables. En este sentido, GUARDIOLA LAGO señala que la voluntad del legislador, al utilizar el plural cuando se refiere a los menores de catorce años, parece dirigirse a sancionar los casos en los que se utilizan a varios menores de edad y, todos ellos realizan por separado acciones que serían constitutivas de falta de hurto del art. 623.1, pero el conjunto de todas las sustracciones realizadas por todos los menores cumpliría los requisitos del art. 234 p. II CP⁹⁰.

IV. La LO 5/2010: una reforma penal que desatiende la realidad procesal

Las dificultades aplicativas que acompañan al delito de hurto habitual del art. 234,II CP ya fueron apuntadas por el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de LO 11/2003. En éste se recogía que, tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2002 se prevé el enjuiciamiento inmediato de las faltas. Por lo tanto, la hipótesis normativa de que el sujeto realice tres veces el tipo de la falta de hurto en un año, en numerosas ocasiones ofrecerá dificultades procesales y prácticas⁹¹.

En la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁹², se recoge la idea de una notable preocupación social debido a los retrasos de los procesos penales que son aprovechados, en ocasiones, por los imputados para, no sólo ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial, sino y, sobre todo, para reiterar conductas delictivas; lo que genera una impresión de aparente impunidad e indefensión de la ciudadanía ante ciertas conductas delictivas. La inmediatez y aceleración de la Justicia penal ante la delincuencia es una pieza clave para evitar

estos fenómenos, por lo que es necesario comprender el enjuiciamiento inmediato de las faltas, cuya incidencia en la seguridad ciudadana es notablemente relevante. De este modo, se reforman los arts. 962 y ss. de la LE-Crim que comprenden el enjuiciamiento inmediato de las faltas. Por un lado, los arts. 962 y 963 LECrim se refieren, en el ámbito de los hurtos, exclusivamente a los flagrantes, “la práctica totalidad de los hechos por los que se llega a incoar procedimiento con autor conocido tiene tal naturaleza” y, por tanto, siguen el procedimiento inmediato para el juicio de faltas. En ese contexto, constituye un obstáculo a la acumulación de las faltas a que se refiere el apartado segundo del art. 234 CP, la existencia de una agenda informática de señalamiento a la que tiene acceso directo la policía judicial, que “hace que ni el propio juzgado ni la Fiscalía tengan conocimiento del hecho hasta la llegada del atestado, normalmente el mismo día en que ha de llevarse a cabo el juicio y con la totalidad de las partes, testigos y peritos ya citados ante el propio juzgado. Por otro lado, en cuanto a los hurtos que no son flagrantes, el art. 964 LECrim establece un procedimiento fundamentalmente idéntico, que únicamente se diferencia del anterior en cuanto a que las citaciones se llevan a cabo por el juzgado de guardia, lo que también sucederá cuando la denuncia de los hechos se produzca directamente ante éste. La previsión es que el juicio se celebre dentro del propio servicio de guardia o, cuando resulte imposible por cualquier causa y el juzgado resulte competente, deberá señalarse antes de siete días, que excepcionalmente pueden dilatarse por igual período de tiempo, como dispone el art. 968 LECrim. En suma, “los juicios habrán de celebrarse, por tanto, dentro de los 14 días siguientes, como muy tarde”; de modo que, se establecen límites temporales precisos a las posibilidades de acumulación⁹³.

De este modo, si las tres acciones cometidas en el plazo de un año deben permanecer sin enjuiciar, para poder aplicar el delito del art. 234 p. II, ello no parece fácil si funciona de forma correcta el procedimiento para el enjuiciamiento inmediato de las faltas. Por consiguien-

90 GUARDIOLA LAGO: “La reforma penal en el delito y falta de hurto”, cit., p. 265.

91 Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Reforma 11/2003, cit.

92 Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado. Vid. arts. 962 a 971, 973, 974 y 976 LECrim; LO 8/2002, de 24 de octubre, complementaria de la Ley de reforma parcial de la LECrim.

93 AGUILAR ROMO/NAVARRO BLASCO, “Valoración de los nuevos tipos delictivos desde el punto de vista procesal”, cit., p. 7. Vid. Circular 1/2003, de 7 de abril, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado.

te, será 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. JIMÉNEZ DÍAZ señala que si el procedimiento del Juicio rápido funciona bien, lo más probable es que el tipo del artículo 234 párrafo segundo se aplique poco⁹⁴. No obstante, si la reforma procesal no funciona o, no hay celeridad en la Administración de Justicia, las tres faltas serán enjuiciadas como delito; por el contrario, frente al mejor funcionamiento de la Administración de Justicia las tres faltas serán enjuiciadas de forma progresiva y por separado, lo que según esta autora puede afectar al principio de igualdad ante la Ley⁹⁵.

De modo que la persecución de la pequeña delincuencia desde el punto de vista procesal —rapidez e inmediatez—, no casa bien con la regulación de los tipos dirigidos a sancionar la pequeña criminalidad patrimonial.

Así las cosas, en el hipotético caso de poderse aplicar el tipo del art. 234, II CP, debería instruirse y enjuiciarse siguiendo los trámites para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos —art. 795 LECrim—. Sin embargo, como acabamos de señalar, existen algunas cuestiones que lo dificultan, que expresan con gran claridad AGUILAR y NAVARRO⁹⁶. En efecto, como mantienen estos autores, “aunque cuando la policía detectara que el autor de la falta puede serlo también de otras de la misma naturaleza, que no hubieran sido todavía enjuiciadas, en la medida en que habrá seguido para cada una de las anteriores el trámite del art. 962 LECrim no puede seguir los trámites del procedimiento por delito, debiéndose circunscribirse al art. 962 o 964 LECrim”. No obstante, se ha apuntado la posibilidad de que el Ministerio Fiscal, cuando tenga constancia de que contra el mismo denunciado hay dos o más juicios de faltas pendientes de celebración por hechos que pueden ser constitutivos del delito habitual de hurto del art. 234, II CP, inste la transformación de juicio inmediato de faltas en Diligencias previas. Esto es, el Ministerio Fiscal podría solicitar la suspensión del juicio, concluyendo anticipadamente el juicio de faltas e incoando

procedimiento por delito. Aún cuando el art. 969 LECrim no lo contempla expresamente, no hay inconveniente al respecto. Así, en la práctica judicial y del Ministerio Fiscal se viene admitiendo el planteamiento de cuestiones previas del art. 786 de la LECrim, con apoyo en el carácter antiformalista del juicio de faltas. De modo que se cuestionaría la competencia del órgano judicial, siendo que, ante la reiteración de faltas, el Juzgado de Instrucción carecería de competencia para el enjuiciamiento de unos hechos que serían constitutivos del delito de hurto habitual. En todo caso, el proceso por delito que se incoara seguiría los trámites del procedimiento abreviado y no el procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, habida cuenta de que el inicio del procedimiento no sería el previsto en el art. 795 LECrim.

En consecuencia, y dada la dificultad de encauzar las infracciones que integran el apartado segundo del art. 234 CP en el procedimiento por delito, la consecuencia es la inviabilidad práctica de adoptar medidas cautelares propias del delito como la detención o la prisión provisional, lo que contraviene otra de las intenciones que tenía el legislador cuando creó esta figura delictiva: conseguir “apartar” de las calles de forma inmediata al infractor.

Es más, en los pocos casos en los que pudiera seguirse, desde el inicio, un procedimiento por delito, la adopción de la medida cautelar de prisión provisional se reduciría a los escasos y excepcionales supuestos del art. 503.2 párrafo tercero de la LECrim, habida cuenta de que la pena prevista para el delito de hurto no alcanza los dos años de prisión, siendo su límite máximo el de dieciocho meses. Así, sólo podrá acordarse, con el fin de evitar la comisión de nuevos hechos delictivos, “cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, puede racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad”⁹⁷. En relación a lo que se

94 No se conoce, hasta el momento, ninguna sentencia que recoja esta figura delictiva.

95 JIMÉNEZ DÍAZ: “Los nuevos tipos de “habitualidad” (...)”, cit., p. 544.

96 AGUILAR ROMO/NAVARRO BLASCO, “Valoración de la aplicación de los nuevos tipos delictivos desde el punto de vista procesal”, cit., pp. 9 y ss.

97 AGUILAR ROMO/NAVARRO BLASCO, “Valoración de la aplicación de los nuevos tipos delictivos desde el punto de vista procesal”, cit., p. 9. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ (“Delincuencia patrimonial leve...”, cit., p. 359) entiende que resulta difícil admitir que quepa acordar la prisión provisional en los casos de reiteración de infracciones patrimoniales leves. Y ello porque, “el propio art. 503.2 LECrim requiere que se tengan en cuenta las circunstancias del hecho, así como “la gravedad de los delitos que se pudieran cometer”. Lo que a su juicio, “debería ser suficiente para excluir su aplicación en los casos en que el riesgo es de reiteración de faltas de hurto”.

acaba de señalar y, en atención a los tipos referentes a los grupos y organizaciones criminales introducidos por la reforma de 2010 en los tipos 570 bis y ter del CP, cabe añadir que en el supuesto de la perpetración reiterada de faltas, el art. 570 ter c) prevé imponer la pena máxima de prisión de un año. De modo que, nuevamente se sitúa la medida cautelar de prisión provisional en el ámbito del art. 503.2 LECrim.

Por contra, debe destacarse que el enjuiciamiento inmediato de las faltas facilita la aplicación del apartado primero del art. 621 CP, así como, la de la falta reiterada de hurto, puesto que para apreciar la reiteración caben tanto las infracciones enjuiciadas como las que no lo hayan sido.

En último lugar, cabe destacar la cuestión relativa al registro de faltas. Y ello, porque el Grupo Parlamentario Catalán (CIU) señaló, en la Proposición no de Ley de 23 de marzo de 2010, que “la inexistencia de un registro de faltas dificulta el conocimiento por parte de los órganos judiciales de la reincidencia en la infracción por hurto”⁹⁸. Por un lado, sí que existía, desde 2009, la previsión de creación de un registro de apoyo a la Administración de Justicia, en el que deberían inscribirse las resoluciones firmes o no firmes por la comisión de una falta —aunque en este extremo no se ha desarrollado—. Esto es, “los juzgados no inscriben las sentencias condenatorias de faltas a pesar de la previsión reglamentaria”⁹⁹. Y, por otro, los órganos judiciales, a partir de este registro sí pueden conocer el carácter reincidente del sujeto en la realización de la falta de hurto, pero ello no le facilita, tampoco, la aplicación del delito de hurto habitual que era el existente en ese momento, ya que en él no caben hechos ya

condenados. De manera que, este registro aporta a la Policía Judicial y al Juez de Instrucción información a sensu contrario, indicándole que hechos no puede tomar en consideración a efectos de la imputación del delito de hurto del apartado segundo del art. 234 CP. Por otra parte, sí puede ser útil, si se desarrolla lo previsto en este Real Decreto respecto a las faltas, para apreciar la reiteración delictiva del art. 623.1 CP¹⁰⁰.

La Disposición Adicional Segunda de la LO 5/2010 prevé la creación en el plazo de un año de un sistema electrónico de registro de faltas que debería estar destinado a recoger otro tipo de datos relativos a las faltas que, o complementen la información que proporciona el Registro de apoyo a la Administración de Justicia o lo sustituya. En todo caso, sólo será útil si recoge la información acerca de la trayectoria delictiva del sujeto, esto es, “si aporta información de los juicios señalados pendientes para cada persona, fecha y naturaleza de los hechos, pues ello permitirá la acumulación y, en su caso, transformación de los diferentes procedimientos de falta en juicio por delito”¹⁰¹. Para ello, el nuevo registro, que no especifica cual será su contenido exacto, debería recoger las faltas denunciadas y no las condenadas, como apunta algún autor¹⁰², porque para éstas ya disponemos del Real Decreto de 2009. No obstante, la creación de dicho registro debe acompañarse de una partida presupuestaria para hacerlo realmente eficaz. Porque al margen de introducir los datos del sujeto, deben crearse e instalarse programas que permitan al Juez poder saber cuando pueden acumularse las faltas para constituir el delito o, si éstas se encuentran o no enjuiciadas, para también así facilitar la aplicación de la nueva falta reiterada.

98 Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (CIU), sobre medidas a adoptar en relación a la habitualidad en la comisión de faltas por hurto, de 23 de marzo de 2010.

99 AGUILAR ROMO/NAVARRO BLASCO, “Valoración de la aplicación de los nuevos tipos delictivos desde el punto de vista procesal”, cit., p. 8. Vid., asimismo, los arts. 5 y 6 del RD 95/2009, de 6 de febrero, que regulan el acceso a tales datos, no sólo de los órganos judiciales, sino también de la Fiscalía y de la Policía Judicial.

100 Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.

101 AGUILAR ROMO/NAVARRO BLASCO, “Valoración de la aplicación de los nuevos tipos delictivos desde el punto de vista procesal”, cit., p. 8.

102 MANJÓN-CABEZA OLMEDA: “Disposiciones adicionales y transitorias”, cit., p. 396.