

REFLEXIONES Y PROPUESTAS SOBRE EL TRATAMIENTO PENAL Y PROCESAL DE LA PEQUEÑA DELINCUENCIA PATRIMONIAL

R. Rebollo Vargas

Prof. Titular de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: A pesar de las constantes reformas, el tratamiento que dispensa el legislador español a la pequeña delincuencia patrimonial es una nueva muestra de Derecho penal simbólico ya que, en particular, la inclusión del párrafo segundo del art. 234.1 del Código penal y, con ello, la conversión en delito por reiteración de faltas es inoperante. La razón fundamental es que se trata de infracciones que individualmente consideradas son simples faltas contra la propiedad que, en virtud de la L.38/2002, de 24 de octubre, enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y del procedimiento abreviado, deben ser juzgadas en el plazo máximo de catorce días. Aún así, en el texto punitivo existen otros mecanismos idóneos sin dejar de considerar que la respuesta a tales ilícitos no ha de ser estrictamente penal.

Palabras clave: Derecho penal de la peligrosidad; 2) Reincidencia; 3) Multirreincidencia; 4) reiteración delictiva; 5) conversión de faltas en delito

Recibido: julio 2011. Aceptado: octubre 2011

Abstract: The Spanish legislator handles the small offenses against property as mere “symbolic” Criminal Law and continuous reforms have not changed that. Recently, article 234.1 of the Penal Code has been changed and now the reiteration of lacks becomes a crime; but this provision does not work. The reason for this lack of effectiveness is that this kind of offenses (small thefts) must be considered as mere lacks and according to Law 38/2002 of 24th October they must be judged immediately (fourteen days maximum). Even so, in the Criminal Code there are another suitable mechanisms and must be also considered that the appropriate solution to these offenses is not necessarily a criminal answer.

Keywords: Criminal law of dangerousness; 2) Recidivism; 3) Multi-recidivism; 4) Reiteration of offenses; 5) Transformation of lacks into crimes.

Sumario: 1. Viejas soluciones para antiguos problemas. 2. Una breve aproximación del tránsito del garantismo al Derecho penal de la peligrosidad. 3. Reincidencia, multirreincidencia, reiteración delictiva y conversión de las faltas en delito. 4. La inidoneidad del art. 234.2 como respuesta para el tratamiento de la delincuencia menor masiva. 5. Opciones penales alternativas a la conversión en delito de hurto por la reiteración de faltas.

1. Viejas soluciones para antiguos problemas

El tratamiento de profesionalidad delictiva en el ámbito de la delincuencia patrimonial leve no es un fenómeno nuevo. Al contrario, como pone de relieve JORGE BARREIRO¹, ya a finales del S. XIX se genera una importante desconfianza hacia la pena retributiva, entendida entonces como el único medio de lucha contra el delito ya, que, al ser las penas proporcionadas a la gravedad del delito y dado que existía un buen número de delinquentes reincidentes que cometían infracciones de poca entidad

1 JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid, 1976, pág. 30. Igualmente, vid., CASABÓ RUIZ, J.R., “El fundamento de las medidas de seguridad”, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La LPRS de 4 de agosto de 1970)*. Valencia, 1974, págs. 37 y ss.

pero muy repetidas, había tenido lugar un aumento cuantitativo de la delincuencia, sin olvidar también otro relevante grupo criminógeno, como era el de la delincuencia juvenil; además de lo anterior, ya entonces preocupaban sobremedida los delitos atribuidos a los enfermos mentales, en quienes no concurría el presupuesto de la culpabilidad para la imposición de una pena y que, por lo tanto, no recibían el tratamiento adecuado por parte del sistema. Circunstancias que, entre otras, posibilitan un cambio de orientación en las funciones de la pena y con ello una tendencia de marcado carácter preventivo, que en nuestro país se ubica con los inicios del correccionalismo en un momento anterior al de la *gran crisis* de las teorías retributivas de finales del referido S. XIX, para ser motivo de un enconado debate entre las denominadas teoría de la pena-fin de VON LISZT y las aportaciones de la escuela positiva italiana desde los postulados del positivismo criminológico.

En este sentido, una de las mayores contribuciones de la escuela positiva italiana fue la de evidenciar las insuficiencias del sistema clásico para proponer nuevos medios destinados a la lucha contra el delincuente y su peligrosidad. Como decía LOMBROSO: “no hay delitos, sino delincuentes”, lo cual le lleva a prescindir de la culpabilidad y a fundamentar la responsabilidad del delincuente en su peligrosidad desde un punto de vista esencialmente determinista biológico, por lo que dada la absoluta ineficacia de las penas propone que, éstas, sean sustituidas por medidas dirigidas a la resocialización o, en su caso, encaminadas a su aislamiento (de los delincuentes) como mecanismo de defensa de la sociedad frente a aquéllos. Por su parte FERRI, desde una perspectiva social, sostiene que la finalidad de la pena es la defensa y la conservación de lo que denomina “el organismo social”, para ello entiende que se debe abandonar la pena para recurrir a los substitutivos penales de carácter preventivo que, en realidad, vienen a sustituirla; ante la ineficacia de la pena propone que se implanten medidas de carácter asegurativo o, en su caso, de índole readaptador que, en realidad, vienen a vaciar de sentido a la

pena tradicional. Propuesta que, como señala SANZ MORÁN², dará lugar a un *sistema monista* de medidas de corrección o de seguridad que tiene como uno de sus máximos exponentes el Proyecto de Código penal italiano de 1921.

En un contexto temporal coetáneo al anterior y también a partir una perspectiva crítica en relación con las teorías penales absolutas, VON LISZT desde sus postulados de la pena-fin, a diferencia de los positivistas italianos con su propuesta de sustitución de la pena por las medidas, se muestra firme partidario de la pena orientada preventivamente; es decir, la pena tiene como objeto la protección de los bienes jurídicos, pero sólo será justa cuando sea necesaria para la protección de esos intereses, cuando se adecue a una finalidad determinada. Como tantas veces se ha dicho, para VON LISZT³, la pena justa es la pena necesaria, la orientada preferentemente a la prevención especial, por lo que ésta llega a desplegar diversas funciones en atención al tipo de individuos a quienes se aplica, ya sea con un contenido intimidatorio frente a los delincuentes ocasionales no necesitados de corrección, ya fuere con una función correctiva ante los delincuentes de estado que precisan de corrección pero que son recuperables o, incluso, con una abierta función incouizadora ante los delincuentes habituales o incorregibles para los que se prevé el aislamiento a perpetuidad o su inocuización; en suma, la pena —sin necesidad de recurrir a otras vías o mecanismos distintos— puede cumplir una función preventiva individual, por lo que en contraposición al positivismo criminológico italiano que proponía la sustitución de la pena por la medida de seguridad, se muestra partidario de la pena como instrumento de carácter preventivo. En definitiva, la fórmula de VON LISZT es monista, de consecuencia

2 SANZ MORÁN, A., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Valladolid, 2003, pág. 24. Igualmente, vid., LANDECHO VELASCO C.M., en *Comentarios al Código penal*, (COBO DEL ROSAL, M. Director), T. IV. Madrid, 2000, pág. 35

3 VON LISZT, F. *La Idea del fin en el Derecho penal* (Traducción de AIMONE GIBSON, E. con revisión de RIVACOBIA RIVACOBIA. M.), Valparaíso, 1984, págs. 111-126, en especial pág. 115.

jurídica única en la que se concibe a la pena como mecanismo preventivo.

Es en ese empeño por la búsqueda de una mayor eficacia contra el delito, Carlos STOOS elabora el Anteproyecto de Código penal suizo de 1893 en el que introduce, junto a las penas, un sistema orgánico y coordinado de medidas de seguridad. En contraposición a los modelos anteriores propone un *sistema dualista*, también denominado binario o de doble vía, que acoge ambos mecanismos y a los que otorga una función distinta. Así, mientras que concibe a la pena desde una óptica retributiva que atiende a la culpabilidad del autor por el ilícito cometido y que orienta hacia fines preventivos (prevención general y prevención especial), la medida de seguridad —subordinada a la pena— la prevé como un mecanismo para aquéllos supuestos en los que la pena es insuficiente —es el caso de los reincidentes, art. 40 del Anteproyecto⁴—, o de imposible aplicación —inimputables—, por los que la medida de seguridad se prevé atendiendo al grado de peligrosidad del sujeto; esto es, se concibe como un mecanismo de privación de bienes jurídicos por razón de la peligrosidad del autor que tiene, también, esencia preventiva y que se orienta hacia la prevención especial⁵.

A diferencia de los sistemas anteriores, el previsto por STOOS, pretende luchar contra el delito a través de una doble vía: penas y medidas de seguridad; de una pena que en lo esencial se ajustaba a criterios de índole retributivos y de una medida de seguridad que se articulaba desde un punto de vista preventivo en función de la peligrosidad del sujeto, por lo que su duración no estaba determinada por la ley en sentido estricto ya que ésta dependería del cese de la situación de peligrosidad de aquél aunque, a la vez, se podían establecer unos límites en la duración de

4 Al respecto, vid., ampliamente, JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, ob. cit., pág. 38-40, nota a pie de página nº 111.

5 GARCÍA PABLOS, A., *Introducción al Derecho penal*, 3ª edición. Madrid, 2005, pág. 137

la medida en atención a determinados criterios de experiencia por los que el tratamiento no debía de sobrepasar cierta duración, era el caso de los internamientos en casa de trabajo cuando el delito “tiene lugar a causa de la perversidad o vagancia del delincuente y la pena a imponer no pasa de un año”, en ese caso el Tribunal, accesoriamente a la pena o en su lugar, podía declarar el internamiento por una duración de uno a tres años⁶.

En síntesis, el sistema de propuesto por STOSS se concreta en las siguientes características⁷: a) está sometido al principio de legalidad; b) su carácter jurisdiccional: son medidas adoptadas por un juez; c) se trata de medidas relativamente indeterminadas ya que su duración depende del mantenimiento o del cese de la situación de peligrosidad del sujeto aunque, a la vez, existen límites temporales con respecto a su duración que se encuentran fijados por la ley; d) el objeto de las medidas es el de complementar la pena y atender a las funciones preventivas que ésta no siempre puede cumplir. En suma, la medida de seguridad se articula como un complemento de la pena dentro de un sistema flexible de ejecución, lo que no significa la acumulación de ambas puesto que puede llegar a sustituirla —la medida a la pena— cuando las necesidades político criminales lo recomienden.

La propuesta inicial de STOSS permitía la sustitución —recíproca— de penas y medidas de seguridad, aunque también es verdad que la positivización de su propuesta supuso que algunas legislaciones —hasta épocas relativamente recientes— acumularan las dos clases de sanciones: la pena y la medida de seguridad, con lo que el resultado no era otro que un efecto doblemente afflictivo. Creo que nadie puede discutir el carácter materialmente sancionador de la medida de seguridad, además de que su cumplimiento no siempre se diferencia del régimen de ejecución penal, de manera que la ejecución de la medida de

6 JORGE BARREIRO, A., *ibídem*, nota a pie de página nº 114.

7 JORGE BARREIRO, A., “Crisis actual del dualismo en el estado social y democrático de derecho”, en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid, 2001, págs. 146-147.

seguridad acumulada a la pena suponía una indiscutible (e injustificada) doble sanción por unos mismos hechos; acumulación de pena y de medida de seguridad que motivó desde su inicio el rechazo de un importante sector doctrinal además de que fuera calificada en su momento por KOHLRAUSCH, con unos términos que han alcanzado especial fortuna en el ámbito de las medidas de seguridad, como: “fraude de etiquetas”⁸.

El *sistema vicarial* supone una cierta solución de compromiso entre las dos opciones anteriores. Así, en el momento de decidir la imposición de una pena o de una medida de seguridad, el juez tiene en cuenta distintos factores que hasta entonces se consideraban irrelevantes para optar por la imposición de una u otra; esto es, pondera la situación personal, social, ambiental o cualquiera que considere de interés para confrontarla con lo que serían las necesidades de defensa social, hasta el punto de que puede llegar a decidir la sustitución de la pena por una medida de seguridad. En cierto modo, se trata de una opción mixta, que considera elementos de índole dualista ya que es factible imponer una pena en atención a la culpabilidad del sujeto como, por otro lado, también puede inclinarse por la aplicación de una medida de seguridad. Además de lo anterior, de la sustitución de la pena por la medida, es perfectamente viable una opción distinta cual es la de aplicar en primer término la medida de seguridad para computarla en el momento de ejecución de la pena, teniendo el juez en ese caso la opción de ordenar el cumplimiento del tiempo restante de la pena o, bien, suspenderla de forma definitiva acordando la remisión provisional; decisión que —obviamente— es aplicable cuando las medidas de seguridad adoptadas son privativas de libertad para evitar los efectos negativos de la acumulación de la pena y de la medida de seguridad. Es cierto que, tanto una opción como otra, ya sea la de sustitución o la de computar el tiempo de cumplimiento de la medida para imputarlo al de la pena, son una solución menos defensista que la de priorizar la privación

8 SANZ MORÁN, A., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, ob. cit, pág. 32, nota a pie de página nº 26.

de libertad en sentido estricto para acumularle posteriormente la medida de seguridad, por lo que puede ser una respuesta más efectiva para determinados sujetos que no encuentran un tratamiento adecuado en un sistema dualista rígido. Sin embargo, se reprocha a este sistema —a mi juicio con fundamento—, que genera una incerteza indiscutible además de quebrar el principio de seguridad jurídica ya que el juez dispone de un margen de discrecionalidad verdaderamente amplio para decidir sobre cualquiera de las opciones para las que está facultado⁹.

La breve reseña histórica anterior, además de situar una parte de las diferentes propuestas de la lucha contra el delito, me parece particularmente de interés dado que el origen de todas ellas responde al mismo problema: la necesidad de hacer frente a la habitualidad/reincidencia con unas propuestas que no se diferencian en demasía de las que se proponen en la actualidad en nuestro país, a otras que se aplican en la actualidad en algunos de los países de nuestro entorno y que responden a un mismo punto de partida, que no es otro que la fórmula de “más penas” o “más sanciones”, llámeseles como sea, penas en sentido estricto o incluso medidas de seguridad aplicables a sujetos plenamente imputables pero a los que se considera individuos peligrosos; parece, pues, que la fórmula del mayor rigor punitivo es la única vía por la que se apuesta, ya sea por parte de los legisladores del S. XIX o por los actuales; en todo caso, de ser así —y sin que ello suponga avanzar conclusiones— a mi juicio, de adoptarse exclusivamente esa opción del mayor castigo, está abocada de nuevo al más estrepitoso de los fracasos.

Una muestra de ese mayor rigor punitivo es la cada vez más viva discusión en nuestro país acerca de la libertad vigilada y su alcance, postulándose, en muchos casos su acumulación a la pena¹⁰. La libertad vigilada, con esa u otra denominación no

9 JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, ob. cit., págs. 165, 183, 184.

10 Entre los más recientes, BÓLDOVA PASAMAR, M.A., “Consideraciones político- criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, en *Revista*

es una institución novedosa en los países de nuestro entorno¹¹, ya que, de distintas formas y con mayor o menor fortuna, existe una tendencia cada vez más extendida a que se adopten fórmulas que, atendiendo al omnipresente discurso de la seguridad, horadan los principios de un Derecho penal garantista, enfatizándose en la defensa de un Derecho penal de la peligrosidad que, incluso, algunos defienden con el argumento de que nuestro país no podía ser una excepción en la necesidad de dar una respuesta adecuada a la comisión de determinados delitos que, en todo caso, debe ir más allá de la imposición y del cumplimiento de una pena proporcional a la gravedad del delito cometido. En la línea de lo acabado de mencionar, aunque, con un rigor atenuado, tenemos la incorporación de la libertad vigilada en la última reforma del Código penal español a través de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, mediante la cual se prevé la imposición de medidas de seguridad a sujetos plenamente responsables que hayan sido condenados previamente por delitos contra la libertad sexual o por terrorismo. Ahora bien, al menos de momento, esa es la previsión actual aunque nada impide que, en un futuro, el legislador acuerde que esa misma posibilidad puede hacerse extensiva a los autores de otros delitos o, incluso, acordarse a los reos reincidentes y habituales tras el cumplimiento de la condena, tal y como, por otro lado, se preveía en el Proyecto de Código penal de 2007. Así, de forma sintética, vamos a ver cuáles han sido los antecedentes legislativos previstos en el Código penal español para hacer frente a la denominada habitualidad y reincidencia¹².

del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la Universidad de Valencia, 2009, págs. 290 y ss; . ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 1, 2009, págs. 199 y ss.

- 11 Vid., arts. 4 y 5 de la Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo de 27 de Noviembre de 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (DOUE, de 16 de diciembre de 2008)
- 12 Por todos, vid., AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político*

En directa relación con la preocupación que ya desde el S. XIX ha existido por la reincidencia, ésta se encuentra ya prevista en el Código penal de 1822; es más, en el Código penal de 1870 aparece por vez primera la conversión de faltas en delito, convirtiéndose la falta de hurto en delito cuando el reo haya sido condenado anteriormente por ello o, en su caso, dos veces por falta de hurto. Tendencia que se reafirma en el Código penal de 1928 en el que, además, se prevé la multirreincidencia con carácter general, ya que en su art. 70 se estipula la posibilidad de elevar la pena en grado para los delincuentes habituales; sin olvidar que en sus arts. 90.7, 103 y 157 se establece la que se denomina medida de retención en establecimientos especiales para los delincuentes habituales o incorregibles. Opción que se atenúa en el Código penal de 1932 ya que no se recoge la multirreincidencia en sentido estricto, aunque sí contempla la posibilidad de elevar la pena en un grado cuando concurra la agravante de reincidencia, art. 66.7. En esa misma línea, la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, prevé en su art. 3 la figura del delincuente habitual como categoría de estado peligroso.

Como no podía ser de otra forma, el Código penal de 1944, en su art. 61.6 contempla la elevación preceptiva de la pena en uno o dos grados a partir de la segunda reincidencia. Más tarde, la Ley 81/1978, de 28 de diciembre, sustituye la fórmula de “doble reincidencia”, por la de “multirreincidencia”, con la particularidad de que la elevación preceptiva de la pena en uno o dos grados, deviene ahora en facultativa y la circunscribe a la elevación en un grado¹³.

La regulación acabada de referir experimenta un giro copernicano mediante la L.O. 8/1983, de 25 de junio, que deroga la conversión de las faltas en delito (prevista para el hurto —art. 515.4—, así como para la estafa —art.528.4—) y suprime los

criminales, Madrid, 2008, págs. 17 y ss; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “La reincidencia en el Código penal de 1995, ADPCP, 1997, págs. 170 y ss.

13 GUIASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, Valencia, 2008, págs, 20 y ss.

efectos agravatorios de la multirreincidencia para fundir en una sola circunstancia la reincidencia y la reiteración delictiva. Es más, expresa en su Exposición de Motivos las múltiples razones que llevan al legislador a adoptar tal decisión: “la exasperación del castigo del delito futuro, de por sí contraria al principio *non bis in idem*”, la cual —añade— se ha mostrado como una solución poco eficaz en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva; a otras razones, como la “*intolerabilidad de mantener una regla que permita llevar la pena más allá del límite legal de castigo previsto para la concreta figura del delito*”, lo cual, puntualiza, pugna con el principio de legalidad en un Estado de Derecho¹⁴.

Con independencia de lo acabado de referir, me parece también digno de mención que en los Proyectos de Código penal anteriores al actualmente vigente, incluso desde el de 1980 se previenen formulas punitivas agravatorias para el delincuente habitual (incluso para el autor de los delitos culposos cometidos con vehículo a motor), para el que se contemplaba una medida de internamiento en un centro de terapia educativa o rehabilitación social que podía ser de hasta diez años, mientras que para el delincuente profesional ese internamiento adicional podía ser de hasta quince años. Igualmente, la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983¹⁵, suprime la reincidencia del catálogo de circunstancias agravantes, para distinguir entre el delincuente habitual y el habitual de delitos imprudentes o de riesgo cometidos con vehículos a motor, a quienes les sería de aplicación un internamiento acumulativo a la pena de hasta cinco años.

14 DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “La reincidencia en el Código penal de 1995. ob. cit., págs. 171-172. Igualmente, vid., QUINTERO OLIVARES, G-MUÑOZ CONDE, F., *La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, págs. 90 y ss.

15 Vid., CERESO MIR, J., “Observaciones a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1983, nº 6, pág. 244, quien considera la supresión de la agravante un error por implicar una mayor culpabilidad, dado que el reincidente actúa con un mayor conocimiento de la conducta antijurídica.

La situación anterior se mantiene inalterada hasta la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, Ley de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración de los extranjeros, en cuya Exposición de Motivos se alude al Plan de lucha contra la delincuencia presentado por el Gobierno en septiembre de 2002, en donde se pone un énfasis especial en fortalecer la seguridad ciudadana, combatir la violencia doméstica y favorecer la integración social de los extranjeros. Se alude a la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, *“o lo que es lo mismo, la delincuencia profesionalizada”*; por lo tanto, añade, se establecen una serie de *“medidas dirigidas a dar una respuesta adecuada a aquellos supuestos en que los autores ya han sido condenados por la realización de actividades delictivas, a través de aplicación de la agravante de reincidencia, en este caso cualificada por el número de delitos cometidos, siguiendo un criterio ya establecido en nuestra doctrina y en nuestros textos legales”*. En efecto, se introduce la reincidencia cualificada (o multirreincidencia), y con ello la posibilidad de aplicar la pena superior en grado; además de otra medida que no nos es desconocida: la conversión de cuatro faltas en delito y, por lo que aquí interesa, de las faltas de hurto en delito. Otra cosa distinta pero que no puedo dejar de mencionar es que el párrafo segundo del art. 234.1 *“desapareció”* como consecuencia de la nueva reforma del Código penal introducida mediante la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, lo cual no impidió que, haciendo uso de una creativa técnica legislativa, se volviera a reintroducir en el texto punitivo mediante una corrección de errores el día 16 de marzo de 2004¹⁶.

Llegados a este punto quisiera llamar la atención sobre un hecho que, a mi juicio, invita a la más profunda reflexión acerca de la forma que tiene el legislador español de abordar esta situación: y es que la reforma introducida mediante la L.O. 11/2003, de 29

16 Por todos, Vid., ALVAREZ GARCIA, F. J. - ANDRÉS DOMINGUEZ, A. C- GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A., *“Corrección de errores en fraude de ley. (El caso de la «corrección de errores» que «resucitó» los derogados párrafos segundos de los artículos 234.1 y 244.1 del Código Penal)”*, Diario *La Ley*, nº 6392, 7 de junio de 2005.

de septiembre, nos retrotrae a la misma situación anterior a la L.O. 8/1983, de 25 de junio; en otras palabras, se retrocede veinte años en el tratamiento punitivo del mismo problema al volver a la conversión de la reiteración de faltas en delito, así como a la posibilidad de aplicar la pena superior en la reincidencia cualificada. Creo que no es difícil convenir que el retorno a las viejas soluciones para resolver antiguos problemas, sobre los que ya se decía en la Exposición de Motivos de la L.O. 8/1983, de 25 de junio, que, era una vía “*poco eficaz*”, supone una contribución desafortunada para tratar la pequeña delincuencia patrimonial masiva; sin que, por otro lado, deje de preguntarme cómo se han disipado las dudas que tenía el legislador de 1983 sobre la constitucionalidad de las previsiones que derogaba expresamente, al entender que pugnaban con el principio de legalidad en un Estado de Derecho, además de afirmar que suponían una exasperación punitiva, “*de por sí contraria al principio non bis in idem puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una ocasión*”.

Pero como todo se puede empeorar, siguiendo la misma tendencia exclusivamente criminalizadora, la L.O. 5/2010, de 22 de junio vuelve sobre lo anterior para, en ese caso, modificar el apartado segundo del art. 234 y rebajar la reiteración de las faltas para su conversión en delito: ya no serán cuatro –como hasta entonces– sino tres, esto es, la comisión de tres faltas de hurto en el plazo de un año, las convierte en delito; dicho de otra manera, a pesar de que resulta a todas luces ineficaz para hacer frente a la delincuencia patrimonial leve o de pequeña intensidad la conversión de cuatro faltas de hurto en delito, como *nueva* medida para “limpiar las calles de delincuentes” (esa era la expresión que utilizaba el Ministro del Interior del Gobierno de entonces para justificar la reforma de 2003), ahora sólo serán precisas tres faltas de hurto. No creo aventurado anticipar que se trata de una decisión que no contribuirá en lo más mínimo a mejorar la situación¹⁷.

17 Vid., SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión”, en *Estudios penales y criminológicos*, nº 25, 2005, págs. 333 y ss, en especial, págs. 347 y ss., donde reflexiona acerca

2. Una breve aproximación al tránsito del garantismo al Derecho penal de la peligrosidad.

Los discursos relativos al reforzamiento de la seguridad en detrimento de los derechos individuales del individuo (y más si éste es alguien a quien cabe calificar como “*delincuente*”), responden a una tendencia cada vez más consolidada que entiende el reforzamiento de las penas como uno de los instrumentos más eficaces, cuando no el único, para luchar contra la criminalidad y, en particular, contra la peligrosidad del autor cuando la pena ajustada a la culpabilidad resulta insuficiente¹⁸. Así, en nuestra doctrina hay autores que suscriben la idea del interés social preponderante, esto es, el que las medidas de seguridad y de corrección estarán legitimadas siempre y cuando las necesidades públicas de seguridad frente a la peligrosidad criminal del delincuente sean más importantes que sus derechos individuales¹⁹, a otros que yendo más lejos, para determinados supuestos excepcionales –aluden-, en los que la peligrosidad actual de una persona supusiera una “*amenaza inminente, grave y suficientemente concreta y probable (no siendo bastante la mera posibilidad)*”, entienden que la intervención coactiva estaría amparada por el “*estado de necesidad (defensivo)*”, para conjurar con ello el peligro inherente de esas personas lo que, obviamente, podría legitimar su privación de libertad preventiva²⁰. Esa revitalización del derecho de la peligrosidad genera, como pone de relieve DIEZ RIPOLLES²¹, dos

del “*merecimiento*” de pena para la delincuencia patrimonial leve, además de traer a colación la evolución doctrinal y discusión en Alemania sobre esta cuestión.

- 18 ALONSO RIMO, A., “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 29, 2009, pág. 130.
- 19 SANZ MORÁN, A. “Sobre la justificación de las medidas de corrección y de seguridad”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid, 2005, pág. 973
- 20 ROBLES, R., “Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, *InDret*, 4/2007, pág. 20.
- 21 DIEZ RIPOLLES, J.L. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”, *RECPCr*, 07-01, 2005, págs. 27-28.

consecuencias. La primera de ellas es la de poner en tela de juicio la restricción en nuestro ordenamiento a la imposición de medidas de seguridad —hasta ahora— a inimputables y semiimputables; y, por otro lado, el respeto al principio de proporcionalidad en la imposición de las medidas de seguridad.

Con respecto a lo primero, se afirma que nuestro país no puede ser un istmo frente a la desprotección ante determinados delincuentes peligrosos, a lo que se añade que no existe ningún mecanismo que nos permita “*neutralizar o minimizar una peligrosidad criminal grave*”, cuando ésta subsiste una vez se ha cumplido la pena de prisión²², o, en términos más pragmáticos, algún autor sostiene que la constatación de la peligrosidad subsistente tras la condena debería dar lugar a un “*aseguramiento cognitivo adicional*”, para evitar con ello que aparecieran en nuestro país defensores de fórmulas más radicales presididas por criterios de oportunidad y bajo el impacto emocional de algún caso con consecuencias dramáticas²³. Sin embargo, de acuerdo con ALONSO RIMO²⁴, los argumentos que aluden a la existencia de una demanda social en esa dirección o a que con la admisión de alguna fórmula atenuada sería factible neutralizar reacciones más radicales que podrían suponer una mayor vulneración de garantías, no me parecen convincentes por sí mismos sino, simplemente, manifestaciones posibilistas que en realidad vienen a admitir —por vía indirecta si se quiere— la imposición de

-
- 22 GARCÍA ALBERO, R., “Ejecución de penas en el proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto: ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo”, en *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la unión europea* (ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., Director), Valencia, 2009, págs. 135.
- 23 SILVA SÁNCHEZ, J.M. “El retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos en Derecho comparado”, en *Delincuencia sexual y sociedad*, (REDONDO, S., Coordinador), Barcelona, 2002, págs. 157-158.
- 24 ALONSO RIMO, A., “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)”, ob. cit., pág. 128.

medidas de seguridad predelictuales a los delincuentes habituales peligrosos; sin que ello, a la vez, suponga descartar que esa denominada “*demanda social*”, a la que parece que se le otorga una cierta primacía, pueda en el futuro reclamar cualquier cosa que, con esos mismos argumentos, debería ser también aceptada; no obstante, lo que creo más discutible aún es el que se hagan constantes referencias al derecho comparado como un argumento adicional para legitimar una opción que, a mi juicio, socava algunas de las garantías del Estado de Derecho. En este sentido, no es infrecuente que al estudiar las distintas opciones que se encuentran en el derecho comparado, algunos de los autores que postulan la necesidad de introducir mecanismos de defensa ante los delincuentes habituales peligrosos, hagan referencia —con esa u otra denominación o con más o menos matices²⁵— a la detención o custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) del Derecho penal alemán²⁶, como uno de las opciones sugerentes que podrían considerarse por el legislador español²⁷.

Por otro lado, la reafirmación defensiva en los países anglosajones es más que evidente. Una muestra de ello es la

25 En todo caso, contemplando la posibilidad de aplicar medidas de seguridad para sujetos imputables complementarias y acumulativas a la pena tras el cumplimiento de ésta.

26 CANO PAÑOS, M.A., “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) en el Derecho penal alemán”, *Cuadernos de Política Criminal*, n° 91, 2007, pág. 209.

27 Entre otros, ALONSO ALAMO, M. “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón*, Valencia, 2004, págs. 68-70; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C. “Habituales y reincidentes”, en *Revista de Derecho Penal*, n° 22, 2007, pág. 83 y ss; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español III. Teoría Jurídica de Delito*, Madrid, 2004, pág. 171; JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho”, en *Homenaje al Pfr. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, ob. cit., págs. 585-586; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Granada, 1999, pág. 383; SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de seguridad y corrección en Derecho penal*, ob. cit., pág. 218;

proliferación legislativa en una buena parte de estados norteamericanos de internamientos por tiempo indeterminado en delitos contra la libertad sexual; aunque, no sólo en ellos, ya que las leyes relativas a los “*three strikes*” (“*three strikes and you’re out*”), incluso ante la criminalidad menor, son frecuentes como medida de tolerancia cero ante el delito, con el conocido efecto del apartamiento del delincuente de la sociedad; por otro lado, no puede pasar desapercibido la creciente difusión de las teorías de la inocuización selectiva, cuyo objeto es la individualización de un número pequeño de delincuentes a quienes se identifica como los responsables de la mayor parte de los delitos, de modo que su inocuización tendrá como efecto inmediato una disminución considerable de hechos delictivos. Aunque, como decía al inicio, la muestra más palpable del denominado “*retorno a la inocuización*”²⁸, es el tratamiento que reciben los delincuentes sexuales en Estados Unidos, de la que es pionera el Estado de Washington con su “*Sexual Violent Predator Act*”, de 1990, mediante la cual el delincuente que es considerado peligroso, una vez que ya ha cumplido la pena se le impone una medida de seguridad posterior —en realidad, se trata de un internamiento civil—, para lo cual sólo se precisa la comisión de un delito sexual violento (no es necesaria la habitualidad ni el que haya cometido otro delito sexual en el pasado), que haya afectado —al menos— a dos víctimas y que exista un pronóstico de reincidencia en el futuro. Si concurren esos requisitos el internamiento —de duración indeterminada— se ejecuta con posterioridad a la pena privativa de libertad, por lo que el sujeto permanecerá internado hasta que deje de ser un peligro para la comunidad. Legislación que lejos de ser puntual se ha ido extendiendo por la mayoría de los estados norteamericanos en términos semejantes.

Quisiera insistir en que lo acabado de referir no es, únicamente, una opción asumida por los países de influencia

28 Vid., SILVA SÁNCHEZ, J.M., “El retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes violentos en derecho comparado en *Delincuencia sexual y sociedad*, (REDONDO, S., Coordinador), ob. cit., págs. 144-147, en especial, notas a pie de página n° 4 y 5.

anglosajona sino que, en efecto, abundan los ejemplos de los países de nuestro entorno en los que además de internamientos civiles indeterminados, una vez cumplida la pena de prisión, existen medidas de control del condenado por la comisión de determinados delitos, en general, de índole sexual²⁹, lo cual es una muestra inequívoca del renovado impulso de un tipo de respuesta particularmente asegurativa.

Una de las piedras angulares de esos sistemas gravita sobre el discutible diagnóstico de “*propensión*” o de “*tendencia*” a la peligrosidad de un individuo que se emite por sujetos —en ocasiones— mediatizados por unos “pánicos morales”³⁰, que, ante el riesgo de un diagnóstico incierto, no dudarán en inclinarse por certificar la peligrosidad del sujeto. Como afirma BRAUM, el principio de *in dubio pro reo* es sustituido por el *in dubio pro securitate*³¹. Otra cosa distinta, señala DIEZ RIPOLLÉS, es que pueda demostrarse la efectividad y la eficacia que estos modelos de seguridad afirman que aportan. Es posible como pone de manifiesto el citado autor que, aún, sea injusto identificar estas propuestas con enfoque totalitarios, aunque, personalmente, no me cabe duda que están presididas por un planteamiento que supone la exclusión de colectivos que, precisamente, no son los más favorecidos. En ese mismo sentido, me parecen particularmente desafortunadas las conclusiones que desprenden de la criminalidad común, a la que convierten en uno de los factores esenciales de desestabilización política y social y a los que, por otro lado, focalizan como uno de sus objetos básicos de intervención penal³². Un ejemplo patente de lo anterior es, sin ir más

29 Al respecto, vid, el Informe del CGPJ al Anteproyecto de 2008, págs. 31 y ss. Asimismo, REQUEJO RODRÍGUEZ, P., “Peligrosidad criminal y Constitución”, *Indret*, 2008, págs. 8 y ss.

30 Vid., SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, Madrid, 2001, págs. 42 y ss.

31 Citado por CANO PAÑOS, M. A., en “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung) en el Derecho penal alemán, ob. cit., pág. 240

32 DIEZ RIPOLLES, J.L. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”, ob. cit., pág. 29

lejos, las reformas de los delitos patrimoniales dirigidas, según se dispone en la Exposición de Motivos de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, “*a mejorar la aplicación de la respuesta a la habitualidad de la conducta cuando los hechos infractores del Código penal cometidos con anterioridad no hubieran sido aún juzgados y condenados*”.

3. Reincidencia, multirreincidencia, reiteración delictiva y conversión de las faltas en delito.

Hemos visto con anterioridad (supra 1), que la L.O. 8/1983, de 25 de junio, suprime los efectos agravatorios de la multirreincidencia (art. 61.6, CP 1973) para fundir en una sola circunstancia la reincidencia y la reiteración delictiva (art. 10.15, CP 1973), lo cual se motivaba por el legislador aludiendo a las serias dudas de constitucionalidad que le generaba tal previsión además de otros argumentos relacionados con su discutible eficacia para el tratamiento de la habitualidad delictiva; a pesar de lo anterior, el legislador la vuelve a introducir en el Código penal mediante la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, afirmando en su Exposición de Motivos que: “*se introduce una nueva agravante de reincidencia cuando se dé la cualificación de haber sido el imputado condenado ejecutoriamente por tres delitos, permitiéndose, en este caso, elevar la pena en grado*”.

Sin embargo, más que una circunstancia agravante la multirreincidencia, o reincidencia cualificada del art. 66.1.5, es una regla para la individualización de la pena que permite aplicar la superior en grado, a diferencia de la regulación del Código penal de 1973 donde la aplicación de la pena superior en uno o dos grados era preceptiva (art. 61.6). Criterio que de forma expresa cuestiona el TS en su Sentencia de 6 de abril de 1990, cuando se manifiesta sobre las razones que le asisten para no plantear la cuestión de inconstitucionalidad con respecto a la agravante del entonces art. 10.15, ya que afirma la compatibilidad de la circunstancia con los principios constitucionales siempre que no se supere la gravedad del hecho, lo cual le lleva a rechazar el automatismo

en la aplicación del art. 10.15, señalando que los Tribunales sólo deberán agravar la pena por razón de la reincidencia hasta un límite que no supere la gravedad de la culpabilidad además de no atender al art. 61.2 cuando la pena determinada por la reincidencia supere dicho límite.

Interpretación, acerca de la constitucionalidad del art. 10.15, que posteriormente es confirmada por la STC 150/1991, de 4 de julio, donde el Alto Tribunal se pronuncia acerca de que la agravante de reincidencia no vulneraba el principio de *non bis in idem*, ni el principio de culpabilidad penal; sin embargo, en el Fundamento Jurídico 4 b) —donde analiza la proporcionalidad de la pena y concluye que su previsión es una competencia del legislador—, añade que la apreciación de la agravante de reincidencia únicamente debe ser tenida en cuenta por los Tribunales dentro de unos límites fijados para cada tipo penal concreto y su respectiva sanción: “...es decir, para determinar el grado de imposición de la pena, y dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena”, lo cual, como sostiene GARCÍA ARÁN³³, no se compadece con la actual regla quinta del art. 66.1, ya que en ella se prevé la posibilidad de imponer la pena superior en grado de modo que no sería extemporáneo un nuevo planteamiento sobre la constitucionalidad de esta norma.

En todo caso, la facultad de la que dispone el juzgador, para aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley, ha de venir precedida de la comisión de un nuevo delito y porque el sujeto previamente hubiere sido condenado al menos por la comisión de tres delitos de la misma naturaleza entre los comprendidos en el mismo Título. No obstante, conviene insistir en que la agravación es facultativa para lo cual habrá que considerar

33 GARCÍA ARÁN, M., en *Comentarios al Código penal. Parte General*, (CÓRDOBA RODA, J-GARCÍA ARÁN, M, Directores), Madrid, 2011, págs. 622-624. Vid., igualmente, AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político criminales*, ob. cit., pág. 21, donde pone de manifiesto que el Anteproyecto preveía la aplicación automática de la circunstancia.

también la gravedad del nuevo delito cometido³⁴; requisitos de los que se desprende la inviabilidad de aplicar la reincidencia cualificada a las faltas dado que como veremos en el siguiente epígrafe, la conversión del delito de hurto por reiteración de faltas exige que el sujeto no haya sido previamente enjuiciado por ellas. Además de lo anterior, hay que tener presente que en el Proyecto de ley se eliminó la posibilidad de aplicar la regla quinta del art. 66.1 a las faltas, con lo cual se trata de una hipótesis inviable³⁵.

En definitiva, la diferencia entre la vigente agravante de reincidencia del art. 22.8 del Código penal y la reincidencia cualificada reside únicamente en el número de condenas previas que, en este caso, se limita a una condena anterior por un delito de la misma naturaleza de los comprendidos en el mismo Título. En otras palabras, para la apreciación de la agravante de reincidencia es necesario que el delincuente, en el momento de ser juzgado, hubiera sido previamente condenado por sentencia firme. Es necesario, además, que la condena lo haya sido por un delito de los comprendidos en el mismo Título además de que ambos tengan la misma naturaleza; y, finalmente, que los antecedentes penales no estén cancelados o hubieran podido serlo³⁶.

Multirreincidencia o reincidencia cualificada que es necesario distinguir de la habitualidad criminal. Como es sabido, la habitualidad criminal es un concepto criminológico que requiere no sólo la repetición de hechos sino que precisa de un hábito a la comisión delictiva, es decir, no se trata de una objetiva reiteración delictiva sino que la habitualidad criminal se caracteriza por una inequívoca tendencia a delinquir que, se afirma, debería tratarse mediante medidas de seguridad dada la potencial peligrosidad

34 Vid., GUIASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, ob. cit., págs. 60 y ss., donde analiza los distintos argumentos que se proponen como fundamento de la agravante de reincidencia.

35 AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político criminales*, ob. cit., pág. 38

36 ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., “Reincidentes y habituales”, ob. cit., pág. 80.

del sujeto³⁷. Concepto criminológico de habitualidad criminal que el legislador español no contempla en el Código penal, dado que el elemento subjetivo de la habitualidad criminal, es decir, la tendencia a delinquir del sujeto no encuentra acomodo en el texto. Es cierto, no obstante, que en el art. 94 del Código penal se proporciona un concepto de lo que debe entenderse por “*reos habituales*”, considerando como tales a los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo en un plazo no superior a cinco años y que hubieren sido condenados por ello. No obstante, se trata de un concepto puramente objetivo que el mismo precepto circunscribe a la suspensión de la ejecución y a la sustitución de las penas privativas de libertad. Otra cosa distinta es el delito habitual entendido como un delito de conducta múltiple integrado por acciones en sí mismas irrelevantes penalmente que pueden ser realizadas durante un plazo de tiempo indeterminado, como es el caso del delito de receptación habitual de faltas contra la propiedad (art. 299.1) o el de impago de prestaciones (art. 227). Esto es, se trata de una repetición de acciones que consideradas de manera individual serían atípicas por su escasa relevancia, mientras que el juicio de desvalor recae sobre la pluralidad de conductas que lo integran³⁸.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los delitos contruidos a partir de la reiteración de hechos que aisladamente considerados constituyen simples faltas, como es el caso del art. 234. 2 (técnica utilizada por el legislador español en los ilícitos patrimoniales ya desde el Código penal de 1870), es muy similar a los denominados por la doctrina delitos habituales impropios, esto es, se trata de delitos que requieren de la reiteración de varios actos para su configuración aunque, en este caso, cada uno de esos actos aislados es constitutivo de falta. Técnica que se incorpora al Código penal mediante la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre para, en lo que

37 ALONSO ÁLAMO, M., “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, ob. cit., págs. 60, 68.

38 ALONSO ÁLAMO, M., “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, ob. cit., págs. 58 y ss.

aquí nos interesa, convertir en delito la reiteración de cuatro faltas realizadas en el plazo de un año siempre que el montante total de las infracciones sea superior a 400 euros y que, posteriormente, tras la reforma introducida por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, se reduce a tres faltas de hurto. Reforma que, por sí misma y como veremos inmediatamente, resulta absolutamente ineficaz para dar respuesta a la pequeña delincuencia patrimonial.

4. La inidoneidad del art. 234.2 como respuesta para el tratamiento de la delincuencia menor masiva.

Con independencia del “*incidente de la desaparición*” en la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre (con entrada en vigor el día 1 de Octubre de 2004), de los párrafos segundos de los artículos 234 y 244 del Código Penal —incorporados al Código penal mediante la reforma introducida por L.O. 11/2003, de 29 de septiembre—, hay dos circunstancias previas a la misma Ley Orgánica de modificación del Código penal que hacen inexplicable que el legislador adoptara una decisión de política criminal puramente simbólica que, por un lado, se puso inmediatamente en evidencia y que, por otro lado, imposibilitaba su aplicación desde el principio. Así, una consulta a las bases de datos de jurisprudencia es completamente desalentadora ya que, salvo error por mi parte, a día de hoy no hay ni una sola sentencia que haya acogido la previsión del segundo párrafo del art. 234 para, en ese caso, convertir las cuatro faltas (ahora tres) de hurto en delito, cuando el valor de lo sustraído sea superior a 400 euros. Veamos cuales son las razones de ello:

En primer lugar, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2003, de 18 de diciembre, sobre la aplicación práctica del nuevo delito consistente en la realización de cuatro faltas homogéneas”, desde el principio pone de manifiesto los problemas interpretativos que suscita la introducción del delito de hurto como consecuencia de acumulación de varias faltas.

Por un lado, se cuestiona si esas faltas pueden haber sido previamente enjuiciadas y objeto de condena o si, por el

contrario, no debería ser así. Es cierto que el precepto no hace ninguna alusión a ese respecto ya que se limita a describir el comportamiento de forma genérica: “*al que en el plazo de un año realice tres veces la acción descrita en el apartado 1 del artículo 623*”, lo cual puede dar lugar a una u otra interpretación; no obstante la Exposición de Motivos de la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, sí se pronuncia expresamente ya que al referirse a la respuesta penal para la habitualidad de la conducta, afirma que “*cuando los hechos infractores del Código penal cometidos con anterioridad no hubieran sido aún juzgados y condenados*”, ya que construir el tipo a partir de faltas enjuiciadas y condenadas supondría una clara vulneración del principio non bis in idem. Cabe añadir a lo anterior otro argumento adicional, como es el que en el texto del Anteproyecto se preveía una agravante de multirreincidencia para las faltas, de forma análoga a la dispuesta en el art. 66.5 que finalmente no se incorporó al texto de la ley, por lo que únicamente se pueden tener en cuenta las conductas no enjuiciadas ni condenadas³⁹; es más, yendo más lejos, la propia Fiscalía señala que sería suficiente que alguna de esas conductas hubiera sido enjuiciada para que la conversión de las faltas en delito fuera inviable dado que una vez que se hubiere celebrado el juicio de faltas, sólo estaría pendiente de la sentencia sobre el fondo del asunto.

Finalmente, lo anterior se corrobora con otro argumento de carácter sistemático. El art. 623, resultante de la reforma de 22 de junio de 2010, dispone la aplicación preceptiva de la pena de localización permanente a quienes cometan reiteradamente la falta de hurto, para lo que: “*se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas, y a la proximidad temporal de las mismas*”. En definitiva, se trata de una previsión similar a la dispuesta en el art. 173.3 en la que el precepto permite

39 AGUILAR ROMO, M-NAVARRO BLASCO, E., “Valoración de la aplicación de los nuevos tipos delictivos desde el punto de vista procesal”, en *Objetivos y carencias de la política criminal contra la pequeña delincuencia*, (CUGAT MAURI, Coord), <http://hdl.handle.net/2072/152094>, pág. 122.

que se tengan en cuenta las conductas ya enjuiciadas en procesos anteriores para apreciar la habitualidad en ese delito, por lo que no cabe más que concluir que cuando el texto punitivo permite que se tengan en cuenta las conductas anteriores ya enjuiciadas lo hace expresamente. Circunstancia que no se recoge en el art. 234.2.

Por otro lado, un factor que añade más incertidumbre a la posibilidad de la construcción de un nuevo delito a partir de la reiteración de tres faltas homogéneas es la prescripción. En este sentido, no se puede olvidar que las faltas prescriben a los seis meses (art. 131.2) y que el periodo temporal en el que es factible la acumulación de faltas para su conversión en delito es de un año; razón por la que, necesariamente, éstas deberían de ser juzgadas en un plazo que no excediera de la prescripción de la falta, ya que de lo contrario sería inviable que ésta se considerara a efectos de cómputo.

Sin embargo, el verdadero obstáculo para la eficacia práctica de la construcción del delito de hurto por la reiteración de tres faltas es de índole procesal.

En efecto, 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, en los arts. 962 y ss, establece dos procedimientos para el juicio sobre las faltas: los juicios de faltas inmediatos⁴⁰. El primero, es el previsto en el art. 962.1 de la LECrim que comprende únicamente las faltas tipificadas en los arts. 617 y 620 del Código penal, en relación éste último con el art. 173.2 del Código penal; y, por otro lado, las faltas flagrantes de hurto, que pueden llegar a ser enjuiciadas inmediatamente si el asunto le corresponde al Juzgado de Guardia

40 GIMENO SENDRA, V-LÓPEZ COIG, J.C., *Los nuevos juicios rápidos y de faltas*, 2ª edición, Madrid, 2004, págs. 271y ss; TÉLLEZ AGUILERA, A., *Los juicios rápidos e inmediatos. Comentarios a la reforma de la ley de enjuiciamiento criminal sobre juicios rápidos e inmediatos y del procedimiento abreviado*, Madrid, 2002, págs. 105 y ss; VEGA TORRES, J., *El procedimiento para el enjuiciamiento rápido*, Madrid, 2003, págs. 49 y ss.

en virtud de las normas de reparto y competencia, en cuyo caso la Policía Judicial procederá a citar de forma inmediata ante el Juzgado de Guardia a todas las partes, con la advertencia de que podrá celebrarse el juicio incluso aunque no comparecieren.

La segunda modalidad de juicios de faltas inmediatos se prevé, según lo dispuesto en el art. 964 de la LECrim, para cualquier infracción constitutiva de falta; la cual, puede enjuiciarse durante el servicio de guardia si se cumplen los requisitos señalados en el referido precepto, por lo que aquí interesa, serían faltas contra el patrimonio no flagrantes. Se trata de un procedimiento similar al anterior con la única diferencia de que las citaciones se realizarán desde el Juzgado de Guardia. En todo caso, un dato esencial es la previsión en la Ley de que en el supuesto en el que no sea posible la celebración del juicio durante el servicio de guardia se señalará para ello el día hábil más próximo: “*en un plazo no superior a siete días*” (art. 965.1 LECrim), que, excepcionalmente podrá ser ampliarse por otros siete (art. 968 LECrim). A lo que debe añadirse que el Juez dictará sentencia en el acto de finalizar el juicio, y de no ser posible dentro de los tres días siguientes. El resultado de lo anterior es que desde que el Juzgado de Guardia tiene conocimiento de los hechos, debe dictarse sentencia en un plazo máximo de diecisiete días. Es cierto que los señalamientos se retrasan por la acumulación de procedimientos, pero también es verdad que los plazos no se dilatan de una forma excesiva⁴¹.

En todo caso, como señalan AGUILAR ROMO y NAVARRO BLASCO, la ausencia de registros unificados para conocer los juicios de faltas que se incoan hace absolutamente imposible la incoación de procedimientos por delitos de hurto como consecuencia de la reiteración de faltas⁴². Sin embargo, lejos de

41 Al respecto, vid., AGUILAR ROMO, M-NAVARRO BLASCO, E., “Valoración de la aplicación de los nuevos tipos delictivos desde el punto de vista procesal”, en *Objetivos y carencias de la política criminal contra la pequeña delincuencia*, ob. cit., pág. 124.

42 AGUILAR ROMO, M-NAVARRO BLASCO, E., “Valoración de la aplicación de los nuevos tipos delictivos desde el punto de vista procesal”, ob. cit. pág. 125.

adoptarse medidas a tal efecto, el Gobierno toma decisiones que no contribuyen a solucionar el problema. Así, el RD 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, en su art. 2.3 a) prevé la creación del Registro Central de Penados, que tiene como objeto “*la inscripción de las resoluciones firmes por la comisión de un delito o falta que impongan penas o medidas de seguridad, dictadas por los Juzgados o Tribunales del orden jurisdiccional penal*”. En otras palabras, se trata de una previsión útil en otro sentido pero que no aporta ninguna información sobre los juicios de faltas señalados que se encuentren pendientes de enjuiciar.

Obviamente, lo acabado de referir desvirtúa el alcance del segundo párrafo del art. 234. Si en la LECrim se dispone un procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido e inmediato de las faltas, no se acaba de entender cómo se prevé, a la vez, que la reiteración de tres faltas en un año puede, ahora, dar lugar a la conversión de éstas en delito cuando las mismas han de ser juzgadas “*en todo caso*” en un plazo no superior a siete días desde el momento de su comisión que, excepcionalmente, puede prolongarse a otros siete. Evidentemente esta es la razón fundamental por la que la previsión del art. 234 resulta absolutamente inoperante. Una vez más, el legislador acude al Derecho penal simbólico para “*limpiar las calles de delincuentes*” cuando conoce, o debería saber, que la modificación del Código penal en ese sentido es absolutamente inútil sino se adoptan a la vez otras medidas complementarias. Permítaseme añadir a lo anterior otro dato que no es intrascendente y que corrobora que el legislador del año 2003, como el actual, al modificar el Código penal para introducir la conversión de las faltas en delito actúa —como poco— de forma incoherente, y es que la Disposición Final Tercera de la L. 38/2002, de 24 de Octubre previene su entrada en vigor a partir de los seis meses de su publicación en el BOE, por lo que al publicarse el día 28 de octubre su entrada en vigor era a finales de abril de 2003, en consecuencia: la tan anunciada reforma del Código penal de 29 de septiembre de 2003 para con ella hacer frente a la delincuencia, al menos en lo que se refiere

a la de índole patrimonial, es inoperante desde el mismo día de su entrada en vigor⁴³.

5. Opciones penales alternativas a la conversión en delito de hurto por la reiteración de faltas.

A mi juicio existen otras vías penales previstas en el Código penal vigente que, al menos en algún caso, podrían dar una respuesta satisfactoria al problema de la delincuencia menor masiva. Me refiero, a lo previsto en el art. 74.2, delito continuado⁴⁴, así como lo dispuesto en el art. 515.1, delito de asociación ilícita y en el art. 570 bis, organizaciones criminales.

Con respecto al delito de asociación ilícita del art. 515.1º del Código penal, como se recordará, fue también objeto de la reforma mediante la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, introduciéndose un nuevo apartado en ese párrafo 1º para considerar que eran asociaciones ilícitas las que tenían “*por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada*”. Se presentaba, además, como una de las reformas complementarias al art. 234.2, así como del art. 66.5 para con ello, se decía, hacer frente a la delincuencia. Sea como fuere, con independencia de la mayor o menor fortuna del legislador y/o de las dudas suscitadas en la doctrina, lo cierto es que el precepto contempla como una modalidad de asociación ilícita aquellas

43 Vid., el Prólogo del Sr. Ángel ACEBES PANIAGUA, en aquél momento Ministro de Justicia, al libro de GIMENO SENDRA, V-LÓPEZ COIG, J.C., *Los nuevos juicios rápidos y de faltas*, donde se congratula de la reforma por tratarse de “...uno de los instrumentos que van a resultar fundamentales en la lucha contra la delincuencia. Y en especial contra ciertas formas de delincuencia, como los delitos y faltas contra la propiedad o los malos tratos, que tanta preocupación social generan. Sobre todo cuando se producen de manera reiterada, con múltiples detenciones de una misma persona y ninguna condena...”.

44 SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión”, en *Estudios penales y criminológicos*, ob. cit., pág. 360, quien considera la viabilidad del delito continuado siempre, claro está, que concurren los requisitos que se establecen en el precepto.

que tienen por objeto la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.

En una línea similar a la anterior, la actual reforma operada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, incorpora un nuevo Capítulo VI en el Título XXII, *“De las organizaciones y grupos criminales”*, donde el segundo párrafo del art. 570 bis realiza una interpretación auténtica de lo que debe entenderse por organización criminal: la que *“de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”*.

Como se puede observar, los problemas interpretativos que se suscitan entre un tipo y otro para diferenciar ambos ilícitos no son sencillos; probablemente por ello, el segundo párrafo del art. 570.2 quáter apunta una línea para resolver el conflicto al disponer que cuando las conductas previstas en los artículos anteriores estuviesen también comprendidas en otro precepto del Código, *“serán de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8”*, esto es, resuelve el concurso de leyes atendiendo al principio de alternatividad y, por lo tanto, al precepto que tenga prevista la pena más grave, que es la de los nuevos delitos de este art 570 bis que, en ese caso, oscilan entre la pena de prisión de tres a seis años para quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren la organización criminal cuando ésta no tuviere por finalidad la comisión de delitos graves, y de prisión de uno a tres años para quienes participen o formen parte de la organización criminal.

Es evidente que la reciente incorporación al Código penal de este delito no nos permite extraer conclusiones hasta el momento, aunque sí existen resoluciones judiciales que han contemplado el delito de asociación ilícita con un objeto patrimonial. En el momento de redactar estas páginas se ha hecho público que los Mossos d'Esquadra han desarticulado en Barcelona a una banda formada por un clan familiar que presuntamente utilizaba amenazas y coacciones para obligar a menores de entre 9 y 18 años y a mujeres jóvenes captadas en Bosnia a cometer hurtos en zonas

turísticas de la capital catalana, París y otras capitales europeas; no dispongo de más información a este respecto, pero según fuentes periodísticas la policía les atribuye, entre otros, los delitos de asociación ilícita. Opción que, en principio, es técnicamente viable siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el precepto.

Un mecanismo complementario al anterior y, desde luego, no excluyente, es la vía del delito continuado patrimonial, previsto en el art. 74.2 que, como es sabido, tiene en cuenta el perjuicio total causado (que en el caso de las faltas contra el patrimonio no será extraño que sobrepasen los 400 euros) y que permite que se imponga la pena superior en uno o dos grados en la extensión que el Juez o Tribunal estime conveniente, si el hecho revistiere especial gravedad y hubiere perjudicado a una pluralidad de personas; requisitos a los que cabe añadir las exigencias propias del delito continuado, como son la existencia de un plan preconcebido y la realización de una pluralidad de acciones (Vid. FGE, Consulta 3/1999, de 17 de septiembre, sobre la pena que procede imponer a las infracciones penales continuadas de carácter patrimonial).

Para concluir, creo que no es aventurado afirmar que existen previsiones punitivas idóneas para responder penalmente a la delincuencia menor masiva que no son las dispuestas en el inaplicable art. 234.2 del Código penal, sino que coexisten en el Código otros mecanismos, como es el previsto en el art. 515.1, así como en el novedoso 570 bis y ss, que se deben poner en relación con la regulación del delito continuado patrimonial. Es necesario añadir a lo anterior que la existencia de mecanismos penales idóneos no garantiza, ni mucho menos, que éstos sean la clave para aminorar el problema; no se olvide que el legislador español, salvo el paréntesis introducido por la L.O. 8/1983, de 25 de junio, ha mantenido un criterio que no se ha caracterizado precisamente por una respuesta tenue frente a la pequeña delincuencia patrimonial sino, que, ha venido presidido por el exasperación punitiva, de la que se han obtenido unos resultados claramente insatisfactorios. Con independencia de lo anterior, de que se dispongan de mecanismos idóneos para dar respuesta a ese tipo de delincuencia, creo

que la vía no es únicamente la opción estrictamente penal y que, más allá de reflexiones bien intencionadas, el tratamiento de los autores de este tipo de ilícitos ha de pasar necesariamente por una variable que no sea estrictamente retributiva y, sin ninguna duda, de índole preventivo y de política social⁴⁵. En todo caso, estoy firmemente convencido de que el fracaso del sistema no puede ser imputado única y exclusivamente al delincuente, de la misma forma que la eficacia de la pena no se aumenta con “más” pena⁴⁶, dicho de otra manera: una reacción penal adecuada no puede consistir siempre en el endurecimiento de la respuesta punitiva⁴⁷.

45 AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político criminales*, ob. cit., págs. 147 y ss, donde trae a colación la Resolución del Parlamento europeo de 17 de diciembre de 1998, sobre condiciones carcelarias y penas de sustitución, así como la Resolución del Consejo de 21 de diciembre de 1998, sobre prevención de la delincuencia organizada.

46 Vid., SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión”, en *Estudios penales y criminológicos*, ob. cit., pág. 360, quien aboga por la suspensión de la pena cuando se repare el daño causado.

47 LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. “¿Qué les corten la cabeza?”, *Revista Claves de la Razón Práctica*, n° 145, 2004, págs. 11 y ss.; POLAINO NAVARRETE, M., “La controvertida legitimación del derecho penal en las sociedades modernas. ¿Más Derecho penal?”, en *Estudios penales en homenaje al Pfr. COBO DEL ROSAL*, Madrid, 2005, pág. 745