

EL TRATAMIENTO DE LAS DEFRAUDACIONES DE FLUIDO ELÉCTRICO EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL

THE TREATMENT OF ELECTRICAL FLUID DEFRAUDATION IN THE SPANISH CRIMINAL CODE

Marta Pardo Miranda^{1,a} 

¹ Profesora Asociada Laboral de Derecho Penal. Facultad de Derecho. Universidad de Almería, Edificio Departamental de Ciencias Jurídicas (Edif. D), Ctra. Sacramento s/n, La Cañada de San Urbano, CP 04120, Almería., España

 amartapardo@ual.es

Resumen

El aumento del fraude eléctrico en España ha llevado a las empresas suministradoras a reclamar más medidas disuasorias y el endurecimiento de las penas como mecanismo de prevención general. En este trabajo analizamos la respuesta penal vigente a través del análisis sistemático de las figuras delictivas contempladas en el Capítulo VI, del Título XIII, del Libro II del Código Penal, que lleva como rúbrica “de las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, así como la efectividad de estas en aras a resolver un problema que no es aislado. Solo la crítica del *statu quo* de nuestra regulación nos permitirá mejorar y conseguir el fin del fenómeno delictivo o, al menos, la reducción de la defraudación en el sector eléctrico.

Palabras clave: Defraudación de fluido eléctrico; bien jurídico; análisis sistemático delito; sector eléctrico; fraude eléctrico.

Abstract

The increase in electricity fraud in Spain has led utility companies to demand more dissuasive measures and tougher penalties as a general prevention mechanism. In this paper we analyze the current criminal response through the systematic analysis of the criminal figures contemplated in Chapter VI, Title XIII of Book II of the Penal Code, which bears the rubric "of fraud of electric fluid and similar", as well as their effectiveness in order to solve a problem that is not isolated. Only the critique of the status quo of our regulation will allow us to improve and achieve the end of the criminal phenomenon, or at least the reduction of fraud in the electricity sector.

Keywords: Fraud of electricity; legal right protected; systematic analysis of crime; electricity sector; electricity fraud.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El fraude eléctrico es una manipulación o alteración de la instalación eléctrica o del contador, ajena a la empresa distribuidora, realizada por o con conocimiento del consumidor, que permite consumir energía eléctrica sin su correspondiente medida, facturación y pago. Es un recurso ilegal que utilizan algunos consumidores para abaratar su factura eléctrica repercutiendo en la del resto. Un fraude que ha aumentado en los últimos tiempos en España, siendo varias las causas que pueden explicarlo —ausencia de riesgo económico, dificultad a la hora de detectarlo y encarecimiento de la energía, principalmente—².

El sistema eléctrico sufre pérdidas de energía que hay que identificar y contabilizar correctamente para evitar costes adicionales para los clientes finales. Estas pérdidas se dividen normalmente en dos tipos: pérdidas técnicas, ocasionadas en las instalaciones de la red por el propio funcionamiento del sistema, y pérdidas no técnicas, debidas fundamentalmente a fraudes³. Son muchos los mecanismos diseñados para conseguir el fraude, desde puentes, dobles acometidas o enganches directos, pero también aquellas trampas más elaboradas en las que se utilizan circuitos electrónicos insertados en los propios contadores. Esta conducta ha requerido la atención del legislador y se tradujo en la configuración de una figura delictiva que data de 1944, poniendo fin, para algunos, a la polémica doctrinal sobre la subsunción en las conductas de apoderamiento.⁴

Sin embargo, no ha sido solo una cuestión limitada al ámbito penal, la repercusión sobre el mercado energético ha llevado a la actuación de este sector y se han desarrollado diversos informes. El 16 de julio de 2015, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) elaboró el informe ([PDN/DE/001/2015](#)) titulado “Informe sobre alternativas de regulación en materia de reducción de pérdidas y tratamiento del fraude en el suministro eléctrico”⁵, que incluía un texto articulado completo con una propuesta de Real Decreto para prevenir el fraude en la energía eléctrica. La CNMC consideró que las conductas de fraude eléctrico afectan al interés general y por ello deben desincentivarse y penalizarse. Sobre estas premisas, propuso regular un procedimiento en el que la inspección y el establecimiento de la penalización correrían a cargo de las empresas distribuidoras y solo si el ciudadano recurría administrativamente, la penalización podría ser revisada por la Administración⁶. Esta propuesta fue rechazada de plano por el Defensor del Pueblo sobre la base de que la inspección de los fraudes de energía eléctrica y la imposición de las correspondientes penalizaciones económicas no deben atribuirse a empresas privadas, puesto que en ellas no

² CASA MARÍN, J., ALBA RÍOS J.J., GARCÍA MADRUGA M.: “El fraude en el mercado eléctrico español”, *Cuadernos de Energía*, n.º 50, 2016, pp. 68 y ss.

³ 'START-UP CHALLENGE': Pérdidas no técnicas del sistema eléctrico. Disponible en: [Iberdrola.com](#) [Fecha de consulta: 23 de febrero de 2023].

⁴ Véase PEDREIRA GONZÁLEZ, F.: “Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, en Álvarez García F.J. (Dir.): *Derecho Penal Español Parte Especial (II)*, Vol.2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 332.

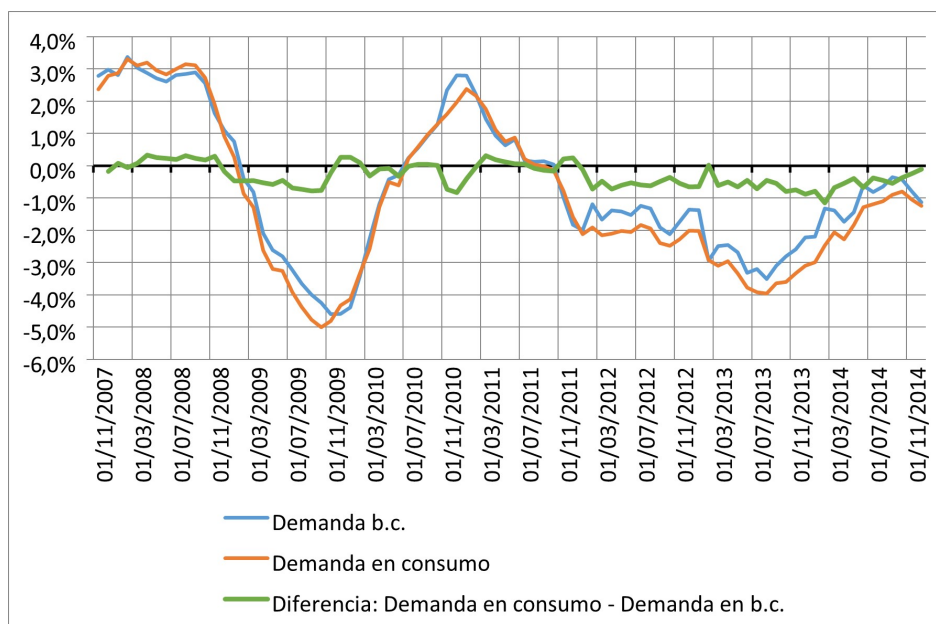
⁵ CNMC, Informe sobre alternativas de regulación en materia de reducción de pérdidas y tratamiento del fraude en el suministro eléctrico, de 16 de julio de 2015. Disponible en: <https://www.cnmc.es/expedientes/pdnde00115>

⁶ PDN/DE/001/15 - Propuesta de R.D. que regula las actuaciones contra el fraude en el suministro eléctrico. Informe del Consejo de 16 de julio de 2015. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/1491076_8.pdf [Fecha de consulta: 24 febrero 2023].

concorre la necesaria condición de independencia esencial para salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos⁷.

La CNMC puso de manifiesto en tal documento el incremento que se ha detectado en los últimos años en la diferencia entre la energía generada en barras de central⁸ y la energía demandada por los consumidores⁹ (véase figura 1), lo que se traduce, según el informe, en un deterioro progresivo de las pérdidas del sistema, el cual se debe en gran medida al incremento del fraude en diferentes modalidades.

Figura 1.



Fuente: REE (Serie estadísticas del sistema eléctrico español. Abril 2015) y CNMC (SINCRO, liquidación 2 de 2015)

Este incremento también ha quedado constatado en las sentencias condenatorias, que han experimentado un aumento a nivel nacional, con diferente velocidad según la comunidad autónoma analizada, siendo destacable el caso de Andalucía y el periodo 2020-2021 donde se aprecia un repunte tras observarse cierto descenso en los años de Pandemia.

En lo que respecta a la regulación de esta figura delictiva, no ha habido grandes cambios legislativos, es una categoría delictiva que se ha mantenido inalterada desde su creación. Pero no es ni debe ser una cuestión baladí debido precisamente al auge que ha experimentado en los últimos tiempos. Y es que la transición energética y la transformación tecnológica, unidas a las diversas crisis que han azotado a la economía y a la población españolas, han producido un fenómeno denominado “pobreza energética” que incide directamente en el fenómeno

⁷ Defensor del Pueblo, Recomendación Secretaría de Estado de Energía. Ministerio de Industria, Energía y Turismo “Garantías de independencia en los procesos de penalización por fraude eléctrico”. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/establecer-garantias-de-independencia-en-los-procesos-de-penalizacion-por-fraude-electrico/> [Fecha de consulta: 23 de febrero de 2023].

⁸ Energía inyectada en la red procedente de las centrales de generación y de las importaciones, y deducidos los consumos en bombeo y las exportaciones.

⁹ Energía adquirida por los consumidores, medida en los puntos de consumo utilizando los correspondientes equipos de medida.

criminal, sobre todo si tenemos en cuenta que la evolución de la delincuencia es indicador de la situación general de una sociedad.

El panorama actual está configurado por un fenómeno que va en aumento, el consumo de energía a través de medios fraudulentos, como lo son las alteraciones maliciosas de las indicaciones o aparatos contadores, o la utilización de otros mecanismos en la instalación de electricidad, como los puentes o enganches. Y no solo se observa el incremento de estas conductas delictivas sino, en general, de todos aquellos delitos que están más íntimamente vinculados a situaciones de necesidad vital como la carencia de techo (“Okupas”) o de suministros básicos como la electricidad. Hechos a veces protagonizados por quienes no pueden asumir el coste por la especial situación de vulnerabilidad, pero en otras, por quienes actúan movidos por un simple *animus* doloso, es el caso, por ejemplo, de los enganches en las plantaciones ilegales de cannabis¹⁰. Es en este último, en el que el Derecho penal debe intervenir, siempre y cuando no haya otros mecanismos extrapenales que eviten el recurso al instrumento punitivo. De hecho, las compañías eléctricas ya tratan de evitarlos mediante la inversión en gestión del fraude como una inversión más de las mismas, a través de técnicas de modelización de la probabilidad de detectar el mal llamado hurto de energía, mediante modelos que se apoyan en la caracterización del punto de suministro mediante variables que identifican los factores subyacentes del fraude, tales como las características físicas del contador o información comercial y sociodemográfica del cliente y su histórico de consumo¹¹.

II. RESPUESTA ADMINISTRATIVA AL FRAUDE ELÉCTRICO

Antes de centrarnos en el ámbito puramente penal, debemos detenernos en la existencia de instrumentos extrapenales que abordan el fraude eléctrico, es el caso del Real Decreto 1955/2000 por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica¹², que establece como medidas coercitivas frente al defraudador la posible suspensión del suministro y la rescisión del contrato, si lo hubiere, cuando el fraude se detecte. En concreto, el art. 87 prevé cuatro causas de suspensión del suministro: a) Cuando se haya realizado un enganche directo sin previo contrato; b) Cuando se establezcan derivaciones para suministrar energía a una instalación no prevista en el contrato; c) Cuando se manipule el equipo de medida o control o se evite su correcto funcionamiento; y d) En caso de instalaciones peligrosas. La descripción de la conducta típica difiere de la prevista en el Código Penal, siendo este último un tipo más abierto por cuanto se refiere el inciso 3º del apartado 1 del artículo 255 CP al empleo de cualesquiera otros medios clandestinos, con la incertidumbre a la que puede dar lugar, como más adelante veremos, el término “clandestino”.

Según el Real Decreto la interrupción del suministro se llevará a cabo por la empresa distribuidora y se comunicará a la Administración competente, haciéndolo por escrito o por cualquier otro medio aceptado entre las partes. Continúa el precepto indicando que “de no existir criterio objetivo para girar la facturación en estos supuestos, la empresa distribuidora la girará facturando un importe correspondiente al producto de la potencia contratada, o que

¹⁰ Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 2022, pág. 1065. Insiste en la relación existente entre este delito y el cultivo de sustancias estupefacientes, pues se produce el enganche ilegal a la red eléctrica como medio para conseguir luz y ventilación de las plantaciones ilegales.

¹¹ Puede consultarse a este respecto la publicación “Gestión del fraude en la industria energética”, ManagementSolutions, pág. 7. Disponible en: <https://www.managementsolutions.com/sites/default/files/publicaciones/esp/fraude-en-el-sector-energetico.pdf> [Fecha de consulta: 25 de febrero de 2023].

se hubiese debido contratar, por seis horas de utilización diarias durante un año, sin perjuicio de las acciones penales o civiles que se puedan interponer". De este apartado se deduce que el distribuidor podrá recuperar las cantidades defraudadas, pero no incluye ninguna penalización económica adicional para el defraudador. Esto genera un incentivo para obrar de mala fe, ya que el defraudador sabe que, en el peor de los casos, sólo se verá obligado a pagar la energía que consumió efectivamente. La regulación se completa con la posibilidad de resolución del contrato prevista en el artículo 90, cláusula que resultará irrelevante en los casos de fraude eléctrico sin previo contrato de suministro.

Por su parte, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico y la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria prevén el fraude eléctrico como infracción administrativa, contemplando importantes sanciones a los defraudadores (Título X Capítulo II). Cuando se aprobó la Ley 24/2013 según su Preámbulo se pretendía una reformulación del régimen sancionador para adaptarlo a la evolución del sector desde el inicio del proceso de liberalización, así como un reforzamiento de los mecanismos de control del sistema por parte de las autoridades públicas en materia de inspección, registro de actividades y control del fraude. Sin embargo, la realidad es que las Administraciones competentes en muy raras ocasiones han tramitado expedientes sancionadores a personas físicas o jurídicas que han cometido fraude.

Estando así las cosas, es obligación de la doctrina revisar y analizar la efectividad de la norma en aras a proponer su mejora, así como indagar en el fenómeno del fraude eléctrico, su regulación y el impacto que la norma está teniendo y ha tenido en la prevención y erradicación del mismo.

III. RESPUESTA PENAL AL FRAUDE ELÉCTRICO

1. Ubicación sistemática del delito de defraudación de fluido eléctrico

La Sección tercera del Capítulo VI, del Título XIII, del Libro II del Código Penal, lleva como rúbrica "de las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas", abarcando una serie de conductas fraudulentas, que tienen por objeto material elementos incorpóreos que difícilmente tienen cabida ni entre los delitos de apoderamiento, ni entre los delitos de estafa, administración desleal o apropiación indebida. Su incorporación al Código Penal tiene su origen en el Código Penal de 1944, entre las defraudaciones. Hasta la Ley de 1941 no quedaba claro entre la doctrina si esta conducta pertenecía a la esfera de la estafa o del hurto. Se consideró un hurto o sustracción y posteriormente una defraudación, y ello con base en que esta conducta no recae sobre bienes muebles, sino sobre bienes incorpóreos que requieren la intervención de suministradores que por lo general no son particulares¹³. No es una figura delictiva novedosa, pero si se ha ido adaptando de algún modo a los avances de las tecnologías.

¹³ Véase entre otros MESTRE DELGADO, E.: "Tema. 13. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico", en Lamarca Pérez, C. (Coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, 2.ª edición, Editorial Colex, Madrid, 2004, pp. 290-291; BAJO FERNÁNDEZ, M.: "Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas" (actualizado por Pablo Guérez Tricarico), en Molina Fernández, F. (Coord.): *Memento Penal 2015*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2014, pp. 1148; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: "Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas", en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo VI, Barcelona, 1954, p. 366; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Tomo III. Infracciones patrimoniales de apoderamiento, 2.ª edición puesta al día por Carlos García Valdés, tomo III, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1977, pp. 1029 y ss.

Actualmente, se regula con un contenido similar al que tenía en el Código anterior, añadiendo entre los objetos de la defraudación las telecomunicaciones.

En el art. 255 CP encontramos el tipo básico referido a aquellas conductas en que el sujeto activo es el consumidor, prescindiendo de la conducta de defraudación realizada por el suministrador, que podrá sancionarse conforme al art. 283 CP, como delito relativo a los consumidores. El art. 255 CP castiga en su apartado 1 con la pena de multa de tres a doce meses al que “cometiere defraudación utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes: 1.º Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación; 2.º Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores; 3.º Empleando cualesquiera otros medios clandestinos”. El apartado 2, introducido con la reforma de 2015, castiga con pena de multa de uno a tres meses, ahora como delito leve, los hechos cuando la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros (antigua falta del artículo 623.4 CP).

2. Bien jurídico protegido

Como hemos señalado *supra*, el artículo 255 CP recoge una serie de conductas que tienen en común el objeto material sobre el que recaen. Se han considerado elementos patrimoniales que no pueden considerarse cosa mueble a efectos del delito de hurto, en tanto que no pueden individualizarse¹⁴. Por su parte, las modalidades comisivas las ubican mejor entre las defraudaciones. El bien jurídico, no obstante, sigue siendo el patrimonio ajeno¹⁵. Según la jurisprudencia sería bien jurídico protegido “La propiedad o el valor de la cantidad defraudada a tenor del uso indebido de que se tipifica”¹⁶. Por tanto, lo que se está protegiendo es el patrimonio económico en su faceta de uso, como facultad de la propiedad. Es decir, la propiedad del elemento ajeno obtenido a través del uso indebido. Es una infracción de naturaleza estrictamente patrimonial que protege los intereses económicos¹⁷.

¿Pero quién es el titular de este bien jurídico? Parece que el tipo se está refiriendo, y nos centramos ahora en el caso de defraudación de fluido eléctrico, a la empresa suministradora, como propietario de ese bien ajeno y como sujeto pasivo perjudicado. De hecho, parte de la doctrina ha afirmado que el art. 255 CP solo sanciona el uso en beneficio propio y en perjuicio del suministrador¹⁸. No obstante, una simple mirada a la realidad nos va a situar ante un mayor número de intereses afectados, los de todos los consumidores. Es fácil comprobar que son más los intereses en juego, en concreto, los intereses indirectos del conjunto de consumidores de no ver incrementado el precio de la electricidad por el aumento de las pérdidas técnicas y no técnicas derivadas del fraude¹⁹. Lo que nos lleva a

¹⁴ BENÍTEZ ORTUZAR, I.F., Capítulo 24. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI), en Morillas Cueva, L. (Dir.): *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*. Madrid. Dykinson. 2021. p. 617.

¹⁵ MORILLAS CUEVA, L.: “Artículo 255”, en Cobo del Rosal, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, Tomo VIII, Edersa, 2005, pp. 511-548.

¹⁶ Véase SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 352/2017, de 27 de septiembre. BENÍTEZ ORTUZAR, I.F., Capítulo 24. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI), en Morillas Cueva, L. (Dir.): *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*. Madrid. Dykinson. 2021. pp. 616 y ss.

¹⁷ Véase SAP de Tarragona (Sección 2ª) núm. 437/2019 de 30 de octubre (FJ 2º).

¹⁸ CREMADES GARCÍA, J.: “El fraude en los servicios financieros “on-line””, *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, II-2003. AA.VV. Ministerio de Justicia, 2004, p. 269. MORILLAS CUEVA, L., “ARTÍCULO 255”, en *Comentarios al Código Penal* (Dir.) Cobo del Rosal, M., Tomo VIII, Edersa, 2005, pp. 524-525.

considerar la posibilidad de un delito pluriofensivo, en la medida de que principalmente va a salvaguardarse, con su configuración delictiva el patrimonio de la “empresa” de suministro, pero también, e indirectamente, el interés general de los consumidores ante los efectos adversos de este tipo de defraudación concretados en la repercusión del fraude en la factura (de luz, agua, gas...) de cada uno de ellos.

Por tanto, por su ubicación sistemática entre los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, este precepto tutela el patrimonio individual, sea de otros usuarios, sea del suministrador²⁰. Incluso se ha afirmado que protege el mercado y la libre competencia²¹ o, aludiendo al capitalismo financiero, se llega a afirmar que está constituido por los intereses financieros y los beneficios económicos de los monopolios y oligopolios que controlan la producción, distribución y suministro de las energías y fluidos²². En línea con estas consideraciones, creemos que no puede limitarse el bien jurídico a la tutela del patrimonio del suministrador, porque son más los intereses afectados y que deben protegerse. Poca atención se ha prestado al bien jurídico interés del conjunto de los consumidores, descuidándose el art. 51.1 de la Constitución Española, que impone a los poderes públicos la protección y defensa de los derechos de los consumidores y usuarios mediante la adopción de mecanismos eficaces para proteger la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. El cumplimiento de este principio rector de la política social y económica se canaliza a través de diversas normas especiales como, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias. Si bien, no estamos ante la protección del consumidor como venimos entendiéndola, es decir, la protección del individuo no empresario frente a la libertad de empresa²³. Nos referimos a otro concepto: “el resto de los consumidores”, que en sí mismo señala a otro consumidor como responsable de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Ello nos permite dejar fuera de los delitos contra los derechos de los consumidores y usuarios el delito de defraudación de fluido eléctrico, pero al mismo tiempo reafirma que serán dos las partes perjudicadas, el suministrador y el resto de los consumidores. Si bien es cierto, el perjuicio será principalmente patrimonial, a través de la subida generalizada del precio y los daños ocasionados por la fluctuación en la tensión.

¹⁹ BERENQUER PASCUAL, S.: “La lucha frente al fraude eléctrico: Deficiencias y mejoras en el Código Penal”, *Revista General de Derecho Penal*, 37, 2022, p. 18.

²⁰ FARALDO CABANA, P.: “Capítulo 16. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, en Camacho Vizcaíno A. (Dir.): *Tratado de Derecho Penal Económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 754.

²¹ CORCOY BIDASOLO, M.: “Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos particular referencia a la participación criminal y al ámbito espacio temporal de comisión de los hechos”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 21, 2007, pp. 7-32.

²² *Como instrumentalización de la intimidación penal para reforzar en los consumidores de tales energías la decisión de hacer un uso sumiso y obediente de las mismas mediante el pago del precio, con lo que el derecho penal se pone al servicio de aquellos que hacen negocio con sectores estratégicos*, Vid. MIRA BENAVENT, J.: “El delito de defraudación de fluido eléctrico y análogas (con especial referencia crítica a su bien jurídico protegido y al objeto del delito)”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 26, 2016, p. 9.

²³ La economía de mercado gira alrededor de dos polos que son, por un lado, la defensa de la competencia, es decir, la garantía de unas reglas de juego a las cuales deben someterse los competidores en el mercado y, por otro, la defensa de los consumidores que deriva del respeto y cumplimiento de esas reglas establecidas por el legislador, Vid. CUADRADO RUÍZ, M.A.: “¿Protege el derecho penal a los consumidores?”, *Actualidad penal*, núm.1, 1999, pp. 379 y ss.

3. Análisis sistemático del delito de defraudación de fluido eléctrico y análogos (art. 255 CP)

3.1. Tipicidad

3.1.1. Sujetos

Por lo que al sujeto activo se refiere, estamos ante un delito común, pudiendo ser autor del delito cualquier persona, con la excepción del titular de la fuente de energía de cuyo suministro se va a surtir el sujeto activo de forma fraudulenta. Sujeto activo es quien utiliza fraudulenta y conscientemente la energía o los fluidos ajenos aun cuando no haya sido esta persona la autora material de la instalación de los mecanismos empleados. Por su parte, el sujeto pasivo será precisamente el titular de la fuente de energía de cuyo suministro se va a surtir el defraudador; en unos casos será la compañía suministradora, mientras que en otros casos el sujeto pasivo será la persona física o jurídica individual titular de la instalación desde la que se produce la toma de energía ilegítima²⁴.

Será, por tanto, sujeto pasivo aquél que va a resultar perjudicado por ser quien suministra la energía que se defrauda o el titular de la instalación en la que se produce la utilización ilegítima. Se va a incluir aquí a la propia Administración —a través de la toma de luz del alumbrado público— u otros particulares —comunidades de vecinos o propietarios individuales de cuyos inmuebles extrae la energía eléctrica otra persona²⁵.

Estos sujetos no plantean dudas, pero como ya adelantábamos al tratar el bien jurídico protegido por el delito de defraudación de fluido eléctrico, este hecho delictivo no solo perjudica al titular del objeto material del delito (energías y fluidos ajenos), sino que existe un perjuicio generalizado en el resto de los consumidores de energía por la repercusión que estas pérdidas tendrán en la factura de la luz. Si el bien jurídico es el patrimonio ajeno, ¿no es patrimonio ajeno aquél que se ve reducido por esa repercusión en la factura de la luz? Esto nos lleva a diferenciar entre sujeto pasivo de la acción y sujeto pasivo del delito. Mientras que el primero será el titular del aparato contador sobre el que se realiza la conducta delictiva (empresa energética, Administración e incluso particular); el segundo, es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, el patrimonio y el orden socioeconómico, dónde si tienen cabida el resto de los consumidores.

La respuesta que encontramos a esta cuestión es que el patrimonio directamente afectado es el de la compañía suministradora y que el derecho penal no puede ni debe intervenir en la repercusión que *a posteriori* realiza la compañía sobre el resto de los consumidores y, por tanto, no serán sujetos pasivos de este delito el resto de los consumidores en su calidad de perjudicados indirectos. Otra cuestión, bien distinta, son las medidas que desde las instituciones se puedan o deban adoptar para que esto no ocurra.

²⁴ Véase MIRA BENAVENT, J.: “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico: defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, en Boix Reig F.J. (Coord.): *Derecho penal: parte especial*, vol.2, Madrid, 2012, pp. 294-320; MESTRE DELGADO, E.: “delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en Lamarca Pérez, C. (Coord.): *Delitos. La parte especial del derecho penal*, 4ª edición, Dykinson, Madrid, 2019.

²⁵ GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Lección 22. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (VI). Apropiación indebida. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, en Cobo del Rosal, M. (Coord.): *Derecho Penal Español: Parte Especial*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2005, p. 540.

3.1.2. Objeto material

Todas las conductas recogidas en el artículo 255 CP tienen en común el objeto material sobre el que recaen. En principio, se ha afirmado que son elementos patrimoniales que no pueden considerarse cosa mueble a efectos del delito de hurto en tanto que no pueden individualizarse. El artículo 255 CP señala expresamente la “energía eléctrica”, el “gas”, el “agua”, concluyendo con una cláusula abierta en la que se incluye cualquier “otro elemento, energía o fluido ajenos”. Se han considerado dentro de este objeto material solo los fluidos o energías que se suministran mediante redes o instalaciones distribuidoras o prestadoras de servicio y que se tarifican mediante aparatos contadores, excluyéndose del tipo las energías o fluidos incluidos en recipientes aprehensibles, como pueden ser bombonas o baterías²⁶. La especial naturaleza del objeto material se traduce según SALINERO ALONSO en varias consecuencias, por un lado, en la imposibilidad de apropiación que hace inaplicables los delitos contra la propiedad, como el hurto o el robo, y la imposibilidad de ser encuadrado satisfactoriamente en las estafas, ya que no se produce un acto de disposición como consecuencia del error²⁷. La segunda consecuencia, en palabras de HAVA GARCÍA, es la dificultad de determinar el concreto valor defraudado por la diversidad de criterios que pueden tenerse en cuenta, tales como los precios de la tarifa en cada población, cuotas por armonización o gastos de mantenimiento de las instalaciones²⁸. No obstante, coincidimos con MIRA BENAVENT en que estamos ante objetos que si bien carecen de corporeidad o materialidad y son inaprehensibles, sin embargo, sí son susceptibles de ser canalizados a través de distintas vías de conducción. Es el caso del agua y el gas a través de tuberías, la electricidad a través de cables y las telecomunicaciones a través del espacio radioeléctrico o de la fibra óptica²⁹. El beneficio patrimonial no se obtiene mediante un apoderamiento material directo, pero precisamente las redes e instalaciones de suministro son las que las convierten en cosas susceptibles de apoderamiento, aunque sea indirecto.

3.1.3. Conducta típica

La acción consiste en “cometer defraudación utilizando” energía, pero no cualquiera, sino empleando los medios descritos en la ley: instalando mecanismos o valiéndose de ellos para la utilización de la energía eléctrica, alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores, o empleando cualesquiera otros medios clandestinos. La conducta típica no consiste simplemente en utilizar las energías y fluidos, sino en utilizarlas de forma fraudulenta; y, además, únicamente a través de las tres formas recogidas en tipo penal.

La primera dificultad que observamos es el empleo en la descripción típica de dos verbos y un sustantivo: “Cometer”, “defraudación” y “utilizar”.

²⁶ PEDREIRA GONZÁLEZ, F.: “Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, en Manjón-Cabeza Olmeda A., Ventura Püschel A. (Coord.): *Derecho penal español*, Vol. 2, Parte especial (II), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 331-349.

²⁷ SALINERO ALONSO, C.: “Defraudaciones: estafa, apropiación indebida, defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, en Terradillos Basoco J.M. (Coord.): *Derecho penal. Tomo III, Derecho penal, parte especial*, Iustel, 2016, p. 430.

²⁸ Repara en esta cuestión HAVA GARCÍA, E.: “Defraudaciones”, en Terradillos Basoco, J.M. (Coord.): *Memento práctico penal de empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, 2003, p. 443.

²⁹ MIRA BENAVENT, J.: “El delito de defraudación...”, ob. cit., p. 5.

En primer lugar, “cometer” según la RAE es “caer o incurrir en una culpa, yerro, falta, etc. realizar, hacer, incurrir, perpetrar, ejecutar, consumir”. Lo que supone que el sujeto activo debe realizar el segundo término: “defraudación”, que viene referido al carácter defraudatorio, del latín *defraudatio* como acción y efecto de engañar para sacar provecho, lo que supone que la utilización de la energía o fluido debe ir acompañada de todos los elementos que integran la conducta fraudulenta (engaño, error, acto de disposición y perjuicio económico)³⁰. Por último, el término “utilizando” indica la forma en que se realiza la defraudación. Supone que no serán subsumible supuestos en que alguien manipula los contadores de otros para, por ejemplo, perjudicar a la compañía suministradora³¹.

Vemos que cobra especial relevancia el término “utilizar”; se está refiriendo a “usar”, aprovecharla en beneficio propio. Esto supone, que la conducta realizada con el único fin de perjudicar, sin que reporte ningún beneficio al autor, solo podría reconducirse a un delito de daños del artículo 263 CP. Tampoco sería subsumible la conducta del consumidor que factura cantidades superiores a las consumidas, caso que debería reconducirse al artículo 283 CP. A lo que hay que añadir que, según una pacífica y constante interpretación de los tribunales, no se exige que quien defrauda haya instalado él mismo el mecanismo del que se vale para hacerlo, por lo que quien durante un tiempo, más o menos largo, disfruta de dicho suministro sabiendo que la vía por la que accede es la fraudulenta tipificada por el precepto legal, comete este ilícito, siquiera de forma leve, a tenor del párrafo segundo del mismo artículo³². Lo que sí se ha exigido en algunos pronunciamientos, como veremos en culpabilidad, es el conocimiento de esa manipulación³³.

Para poder comprender la modalidad delictiva, es conveniente analizar los que no dejan de ser los medios comisivos a través de los que se efectúa la defraudación por separado.

La instalación de mecanismos para realizar la defraudación sería la primera forma de cometer defraudación y consiste en valerse de mecanismos instalados para llevarla a cabo, tales como tomas clandestinas, puentes o enganches no autorizados³⁴. Son diversos los supuestos que pueden darse desde que se incorporó esta figura delictiva y que han ido evolucionando, desde la utilización en las ya desaparecidas cabinas telefónicas de instrumentos que imitaban las tarjetas prepago³⁵, a los métodos más novedosos como no tener contrato en vigor teniendo engancho ilegal a la red eléctrica, o tener contrato en vigor, pero del mismo modo encontrarse directamente enganchadas provocando de este modo en el contador un consumo irreal³⁶. El precepto se refiere a “valerse de mecanismos instalados para realizar la defraudación”, esto es “servirse de algo o de alguien, utilizándolo para algún fin”, lo

³⁰ MIRA BENAVENT, J.: “El delito de defraudación...”, ob. cit., p. 17.

³¹ ROCA DE AGAPITO, L.: “Defraudaciones del fluido eléctrico y análogas”, en Majón-Cabeza Olmeda A. (Coord.) y AAVV (Dir.): *Esquemas de la parte especial de derecho penal (I)*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 324.

³² Véase en este sentido SAP de Tarragona núm. 9/2021 de 15 de enero (FJ 3º). SAP de Córdoba núm. 150/2016 de 30 de marzo (FJ 2º).

³³ SAP de Ávila núm. 9/2017, de 19 de enero (FJ 1º).

³⁴ Véase a modo de ejemplo, SAP de Soria núm. 60/2019 de 19 de junio.

³⁵ Se refiere a este método GALLEGU SOLER, J.I.: “Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas (art. 255)”, en Vera Sánchez J.S. (Coord.) y Corcoy Bidasolo M. (Dir.): *Manual de derecho penal. Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*. Tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 531.

³⁶ SAP de Granada núm. 525/2021 de 28 de diciembre.

que deja claro que no es necesaria la participación del sujeto activo en la ejecución de dicha instalación.

En segundo lugar, la alteración maliciosa de las indicaciones o aparatos contadores. En ocasiones, la jurisprudencia ha considerado que constituye comportamiento típico el manipular los contadores de energía eléctrica alterando las indicaciones en beneficio propio y en perjuicio de la entidad suministradora de la energía. Por ejemplo, establecer un sistema de doble acometida, que permite la conexión directa a la red de suministro eléctrico sin pasar por el contador como una forma de alterar maliciosamente el aparato medidor o contador del consumo eléctrico, así como sus indicaciones, consiguiendo por tal medio, que tal aparato no marque el consumo que en realidad se produce, obteniendo así un beneficio y la consiguiente producción del correspondiente perjuicio a la sociedad vendedora³⁷.

En último lugar, el empleo de cualesquiera otros medios clandestinos, lo que supone permitir castigar cualquier tipo de actuación encaminada al impago de un suministro, sin que el medio utilizado sea ninguno de los anteriores. Parece que con esta última cláusula el legislador ha querido dejar un espacio abierto a los más variados casos de defraudación que pueden darse, en cierta manera vulnerando el mandato de taxatividad³⁸. Sin embargo, son destacables algunos casos en que no se ha apreciado la concurrencia del tipo. Es el caso, por ejemplo, de la Audiencia Provincial de Tarragona en una Sentencia de 2019, en la que consideró que:

La conducta de hallarse conectados al suministro eléctrico proporcionado por la entidad ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA mediante acometida fraudulenta en la fachada, accediendo a la misma a través de la ventana de dicha vivienda no es constitutiva del delito del art. 255 CP. Se les responsabiliza del empleo de una acometida, y según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es la instalación por la que se deriva hacia un edificio u otro lugar parte del fluido que circula por la conducción principal, acometida en la fachada a la que se accede desde una ventana y que se califica como fraudulenta sin describir el mecanismo del referido fraude. Continuaba fundamentando que como puede apreciarse en el factum no se describe ninguna de las tres conductas que prevé el art. 255 CP, ni tampoco se hace referencia a la existencia de defraudación o cuantía de lo defraudado. Simplemente se dice que la acometida es "fraudulenta". Se configura como un ilícito penal de resultado que es la producción del perjuicio al sujeto pasivo. Por tanto, por un lado, es necesaria la alteración de los aparatos contadores o el empleo de cualquier otro medio secreto u oculto. Por otro lado, ha de acreditarse el perjuicio. Y, según el Tribunal, la derivación irregular de energía no es conducta típica por sí sola si no va acompañada de defraudación económica mediante la manipulación o elusión de los medios técnicos puestos por las compañías suministradoras para la cuantificación económica del servicio. Debe destacarse al respecto el hecho de que se beneficie del consumo de electricidad no abonado no implica por sí solo la comisión del tipo penal³⁹.

Viene a concretar la jurisprudencia que será necesario probar la forma en que se produce ese fraude, el mecanismo utilizado para obtener el suministro. El legislador ha optado por una fórmula amplia y abierta, tanto por los medios de comisión como por el objeto sobre el que recae, en la que la casuística es muy variada. Se trata en definitiva de actuaciones materiales con las que se pretende engañar al suministrador por cualesquiera medios, mecanismo o artilugios con los que obtener un lucro propio en perjuicio del titular de las energías o fluidos⁴⁰. No obstante, la redacción típica dificulta la comprensión de cuál ha

³⁷ SAP de Girona núm. 491/2018 de 31 de octubre (FJ H).

³⁸ ROCA DE AGAPITO, L.: "Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas", en Majón-Cabeza Olmeda A. (Coord.) y AAVV (Dir.): *Esquemas de la parte especial de derecho penal (I)*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 324.

³⁹ SAP de Tarragona núm. 437/2019 de 30 de octubre (FJ 2º).

⁴⁰ SAP de Almería núm. 353/2021 de 10 de noviembre.

sido la pretensión del legislador, quizás lo adecuado hubiera sido prescindir de la expresión “cometer defraudación” y haberse limitado, como sí hace en las defraudaciones de terminal de telecomunicaciones, a castigar “la utilización” de energía, a través de los medios comisivos expresados.

A su vez, y como ya señalábamos al abordar el bien jurídico protegido, se pueden diferenciar dos comportamientos sancionados: por un lado, los comportamientos de los consumidores consistentes en defraudar a la compañía suministradora y, por otro, los casos de defraudación en los que la víctima no es el suministrador, sino un particular (otro consumidor), esta situación se daría cuando un sujeto se apropia del suministro de otro consumidor siéndole imputable el gasto a este⁴¹. Por su parte, las defraudaciones al consumidor por parte de quien suministre el servicio no entran en el ámbito típico de este precepto, debiendo tratarse como delito de estafa⁴². A todo ello hay que añadir aquéllos supuestos de disposiciones de energía o fluido eléctrico o análogos llevadas a cabo, por ejemplo, sin contrato, abono o autorización alguna, siempre que fuera realizada con la intención de defraudar. La propia amplitud de los objetos materiales (energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos) ha hecho pensar a algunos que aquí se podría incluir la defraudación de toda clase de energías, incluso de la genésica animal (como utilizar sin consentimiento de su dueño un caballo o un toro de raza para la reproducción), lo que ahora con la redacción del número 3º es perfectamente posible⁴³.

Igualmente es relevante, por ser elemento objetivo del tipo, el requisito de que la cuantía defraudada sea superior a 400 euros. Se puede observar en la jurisprudencia que se alega como fundamento de los diversos recursos y con objeto de obtener la absolución el hecho de que no hay prueba de cargo que permita declarar probado el valor del fraude en esa cantidad superior a 400 euros, porque no hay prueba tampoco de que la situación ilícita, el enganche directo a la red de suministro procediera de un año atrás o más. La tesis que se sostiene en algunos recursos es que el consumo ilícito habría sido a lo sumo de unas pocas horas y no de un año, que es el tiempo en que se basan los correspondientes informes periciales para hacer el cálculo estimativo de lo defraudado. Se ha abordado esta cuestión no pocas veces, proclamando la utilidad y perfecta aplicabilidad para el cálculo de la cuantía del fraude como elemento objetivo del delito diferenciador de los tipos básico y atenuado del precepto penal (determinante además de la responsabilidad civil), de los criterios estimativos que establece el art. 87 del Real Decreto 1995/2000 de 1 de diciembre que aprueba el Reglamento regulador de las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, para hacer una estimación anual del consumo fraudulento imposible de medir por no existir contador o estar inoperativo por los medios clandestinos utilizados por el autor para captar la energía ajena. Pero también se ha dicho por la jurisprudencia que lo que no se puede aceptar es que se identifique en un año el periodo en que se disfrutó fraudulentamente del consumo, ni que por tanto sea válido ese elemento temporal para el cálculo de lo defraudado, porque habrá que estar a lo que

⁴¹ PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I.: “Delitos contra el patrimonio (II)”, en Silva Sánchez J.M. (Dir.) y Ragués i Vallès R. (Coord.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* 7ª edición adaptada a la Ley Orgánica 8/2021, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 284-285.

⁴² NÚÑEZ CASTAÑO, E.: “Delitos patrimoniales de enriquecimiento cometidos mediante defraudación: (II) administración desleal, apropiación indebida, defraudación fluido eléctrico y análogas”, en Gómez Rivero M.C. (Dir.): *Nociones fundamentales de derecho penal parte especial* 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 135-168.

⁴³ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal: Parte Especial*, 25ª edición, revisada y puesta al día, con la colaboración de Carmen López Peregrín, 2023, p. 477.

efectivamente se pruebe en el proceso penal. La natural dificultad para probar este dato tan importante determinante en primer lugar, no lo olvidemos, de la tipicidad penal del hecho y su encuadre en una u otra de las dos figuras penales que contempla el art. 255 CP, por supuesto que debido a las circunstancias inherentes a una acción fraudulenta, no dispensa a las partes acusadoras de la carga de la prueba que a ellas incumbe en el proceso penal donde rigen principios como la presunción de inocencia del acusado y, dentro del mismo, el *in dubio pro reo* que gozan de una férrea protección constitucional⁴⁴.

En último lugar, cabe preguntarse qué papel puede tener el consentimiento en esta modalidad delictiva. Pues bien, frente a la especial relevancia como causa de atipicidad que le ha otorgado el legislador en el art. 256 CP, al referirse como elemento positivo que la acción delictiva se realice con el consentimiento del titular, que debe ser expreso o tácito acreditado con datos objetivos⁴⁵, no encontramos, en cambio, referencia expresa al consentimiento en el artículo 255 CP, pero difícilmente puede imaginarse un supuesto de defraudación de fluido eléctrico en que concurra consentimiento si atendemos al carácter subrepticio de los medios comisivos.

3.2. Antijuridicidad

Si se dan los mismos requisitos que en el resto de los delitos contra el patrimonio le serán de aplicación al igual que a estos todas las causas de justificación previstas en el art. 20 CP, y además la exención personal de pena establecida en el art. 268 para quienes cometan el delito contra cualquiera de las personas de su entorno familiar allí enumeradas. Exención que no suele aplicarse ya que en la mayoría de los casos son las empresas suministradoras las defraudadas.

El estado de necesidad ha sido considerado en alguna ocasión por los Tribunales pero siempre con unas prevenciones: 1º) La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno; 2º) El mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es, con la proporción precisa, el que se causa; 3º) Subjetivamente la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la eximente; 4º) En la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente. En definitiva, la jurisprudencia declara que el estado de necesidad se caracteriza por la objetividad y por la inmediatez, es decir, por la gravedad e inminencia del mal, requiriendo además para su viabilidad en denominados casos de precariedad o indigencia, que se pruebe que se han agotado todos los recursos que la esfera personal, profesional y familiar, que se podrían utilizar y, finalmente, que no haya otra solución que la de proceder de modo antijurídico⁴⁶. Es destacable, que la mayoría de las sentencias analizadas inadmiten el estado de necesidad por falta de acreditación de la situación de penuria económica fundamental, en ocasiones, en la falta del recurso a los servicios sociales previa a la comisión del ilícito penal⁴⁷.

⁴⁴ SAP de Granada núm. 368/2021 de 5 de octubre (FJ 2º).

⁴⁵ MESTRE DELGADO, E.: "Tema 13. Delitos contra (...)", *op. cit.*, pp. 441-442.

⁴⁶ Entre otras, SAP de Madrid núm. 476/2018 de 22 de junio (FJ 5º). SAP de Jaén (Sección 3ª) núm. 329/2022 de 23 de noviembre (FJ 5º).

3.3. Culpabilidad

Es momento de analizar el factor determinante de la conducta realizada, en cuanto delimita su contenido coadyuvando de esta forma a destacar los contornos de la tipicidad⁴⁸. La aplicación del tipo exige la existencia del dolo específico consistente en la intención de obtener un aprovechamiento patrimonial ilícito, lo que excluye la comisión culposa.

El delito de defraudación de fluido eléctrico es un delito doloso porque el beneficio patrimonial se obtiene mediante el uso de artilugios o procedimientos para manipular los aparatos de medición del consumo para no pagar o pagar menos de lo que corresponde. Siendo un delito de resultado, que exige que el sujeto activo se apropie del fluido eléctrico causando un perjuicio a la empresa suministradora⁴⁹.

Es doloso porque exige al menos el conocimiento. La jurisprudencia ha llegado a decir que la manipulación de los aparatos contadores tiene que ser realizada por el propio acusado, o que éste hubiera ordenado realizar la manipulación a persona cualificada, para lucrarse por la realización de esa manipulación, para que los contadores marquen menos del consumo real⁵⁰. Pero basta la utilización de la energía para que concurra el tipo, no teniendo que ser el autor que lleve a cabo la manipulación, entendemos que lo que pretendía la Audiencia es dejar claro que el autor ha de conocer el acceso ilícito o no autorizado.

Además, como en todos los delitos contra el patrimonio, debe exigirse en el sujeto activo, la concurrencia de ánimo de lucro, revelador de la finalidad o trascendencia económica de la acción⁵¹. La exigencia de tal ánimo malicioso excluirá las defraudaciones que sean debidas al mal funcionamiento y los supuestos de dolo eventual⁵². Deberán valorarse los medios probatorios que determinen el dolo, habiendo admitido los tribunales sólidos indicios cuya ilación desde la lógica de lo razonable permite asentar con suficiente certeza la declaración de autoría⁵³.

Es un delito de resultado, se precisa la causación de un perjuicio económico al titular de la energía o fluido. Para la consumación se requiere la producción de un perjuicio, que si no llega a los 400 euros se castiga con la pena de multa de uno a tres meses (art. 255.2). Caben, por tanto, las formas imperfectas de ejecución cuando no se llega a producir el perjuicio. Es indiferente que los actos sean realizados por el beneficiario o por un tercero.

⁴⁷ SAP de Jaén núm. 287/2019 de 1 de octubre (FJ 2º).

⁴⁸ MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema de Derecho penal. Parte general*, 1ª edición actualizada, Dykinson, Madrid, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 453.

⁴⁹ SAP de Soria núm. 60/2019 de 19 de junio (FJ 1º). Existen, en el caso de autos, suficientes indicios para determinar la conducta dolosa. No ya por lo especificado en los razonamientos anteriores, sino por el hecho de que, efectivamente, en la vivienda en cuestión se disfrutaba de energía eléctrica sin tener contrato de suministro y, lógicamente, sin abonar cantidad alguna por dicho concepto. Siendo el morador de la vivienda, es obvio que, desde un punto de vista lógico y de comprensibilidad, existe una intencionalidad de disfrutar de dicho servicio sin pagar nada por él, lo que determina que, efectivamente, la conducta que tuvo lugar tiene carácter doloso.

⁵⁰ SAP de Ávila (Sección 1ª) núm. 9/2017 de 19 de enero. Según su FJ 1º No queda acreditado que el acusado hubiera podido tener conocimiento de la manipulación. En Derecho Penal no puede condenarse por presunciones, y aun existiendo indicios, es preciso que éstos sean varios, que sean incriminatorios, y que de la investigación realizada se puedan imputar al que resultara ser autor, por abarcar su autor el dominio del hecho.

⁵¹ MESTRE DELGADO, E.: "Tema 13. Delitos contra (...)", op. cit., p. 441.

⁵² GONZÁLEZ RUS, J.J.: "Lección 22. Delitos contra el patrimonio (...)", op. cit., p. 541.

⁵³ SAP de Tarragona núm. 575/2016 de 13 de diciembre (FJ 2º).

Al ser un delito de resultado, la tentativa ha sido admitida en aquellos casos de instalación de aparatos que resultan ineficaces para las pretensiones del sujeto⁵⁴. Además, es un delito de ejecución permanente, residiendo la dificultad en concretar el momento inicial y final de la defraudación. En este sentido, el art. 132 del CP determina que cuando se trata de un delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, los términos de prescripción se computarán respectivamente desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta delictiva.

3.4. Autoría y participación

No hay problema en cuanto a la aplicación de las previsiones legales de los arts. 28 y 29 del Código Penal. Aun habiendo intervenido una sola persona habrá que comprobar que esa persona ha realizado el tipo objetiva y subjetivamente, pues solo así será posible subsumir su conducta en el tipo, única manera legal de afirmar la autoría⁵⁵. Para imputar la autoría la jurisprudencia ha venido a analizar el dominio del hecho, por ejemplo, en supuestos en los que se entienda que hipotéticamente no habrían llevado a cabo el enganche o los mecanismos para la conexión con la red eléctrica general (piénsese en el morador que no realiza el enganche), diciendo que tendrá el dominio funcional del hecho si ha resultado beneficiado del suministro de energía, sin pagar nada por ello, lo que determinará un supuesto de coautoría⁵⁶. La norma no exige que quien defrauda haya instalado él mismo, u otra persona a su requerimiento, el mecanismo del que se vale para hacerlo, ya que quien durante un periodo prolongado disfruta de dicho suministro, sabiendo que la vía por la que accede al mismo es la fraudulenta —entre otras cosas, porque disfruta de energía y no paga por ello— es autor de dicho delito. Creemos que lo relevante aquí no es tanto el dominio del hecho, que es obvio que lo tiene, sino dejar claro el por qué, esto es, por el hecho de utilizar y beneficiarse del fluido con conocimiento de la manipulación de la red de suministro, lo que no requiere su participación en tal acción.

Diferente es aquel caso en que los hechos se producen en el ámbito organizativo o empresarial, piénsese ahora en un hotel en lugar de un inmueble ¿será autor el administrador de la persona jurídica? Al respecto la jurisprudencia se ha pronunciado en los siguientes términos:

Si bien es cierto que no es preciso acreditar la autoría material de la conexión ilícita y que se considera autor al beneficiario, este argumento es válido cuando se trata de defraudaciones cometidas en inmuebles en que aparece un único titular persona física (o varios), más cuando se trata de personas jurídicas y no se discute la responsabilidad penal de las mismas el art. 31 del Código Penal, que contempla la responsabilidad penal

⁵⁴ SAMANIEGO MANZANARES, J. L.: “De las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, Comentarios al Código Penal, edición n.º 1, La Ley, Madrid, 2016 [Recurso electrónico].

⁵⁵ QUINTERO OLIVARES, G.: “Autoría, coautoría y dominio del hecho, ventajas y medias verdades”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXXXI, 2018, p. 76.

⁵⁶ SAP de Soria núm. 60/2019 de 19 de junio (FJ 1º). En el mismo sentido la SAP de Granada núm. 309/2020 de 14 de octubre en su FJ 3º indica que incluso en la hipótesis probable de que no hubiera sido la que realizara por sí misma los trabajos necesarios para conectar la instalación de su vivienda directamente a la red de suministro, por haberlo hecho un tercero, autor es quien utiliza la energía ajena aprovechando o “valiéndose”, en terminología legal, de los medios clandestinos que, estén instalados por él o no, sean idóneos para cometer el fraude, condición que desde luego concurre en la acusada por disponer del dominio funcional del hecho ilícito determinante de su responsabilidad penal por autoría directa, de la que no queda exenta por haber otros posibles coautores que manipularan la instalación.

de los administradores en tales casos, exige la "actuación" por cuenta o en beneficio de la persona jurídica. Y ese actuar exige acreditar la realización de una acción u omisión y el conocimiento de su trascendencia. Esto es, no puede exigirse la acreditación de la autoría del acto material que posibilita la realización de la defraudación, pues no se trata de un delito de propia mano, más sí que es preciso acreditarlo cuanto menos, argumentar la atribución normativa del hecho a quien figura como administrador y para exigir responsabilidad penal al administrador de la persona jurídica de que se trate, no basta con que el mismo ostente un cargo, sino que además habrá de desarrollar una acción u omisión contributiva a la realización del tipo por el que se le haya condenado, o dicho de otro modo, debería realizar algún acto de ejecución material que contribuya al resultado típico⁵⁷.

Creemos que en este caso para determinar la autoría deberá tenerse en cuenta el dominio de la organización empresarial y sobre quién repercute el beneficio. Calificando el legislador de autoría tanto la acción individual como la acción conjunta, en la que son autores cada uno de los concertados para ejecutar el delito que colaboran con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto⁵⁸.

Por otro lado, si atendemos a que el delito consiste en la utilización de energía defraudada mediante las modalidades comisivas previstas, puede plantearse la responsabilidad del técnico (electricista, fontanero, técnico del gas) que realiza la manipulación de los contadores o instala los medios clandestinos para que otro utilice la energía. Parece claro, que el que realiza el encargo, que posteriormente la utilizará, es el autor, pudiéndose apreciar una cooperación necesaria en el técnico⁵⁹. Si bien, la jurisprudencia en ocasiones ha castigado como coautores tanto al que utiliza la energía como al electricista que realizó la instalación⁶⁰.

3.5. Penalidad

La pena viene delimitada por el importe del perjuicio económico, si este es superior a 400€ se castiga con multa de 3 a 12 meses (art. 255.1 CP), si es inferior a 400€ es un delito leve y se castiga con pena de multa de 1 a 3 meses (art. 255.2 CP). En ambos casos la pena de multa irá acompañada con el pago de la responsabilidad civil derivada del delito consistente en la reparación del daño causado, tanto de lo defraudado como de los elementos manipulados.

Son dos las cuestiones que en torno a la pena en este delito resultan polémicas, por un lado, la determinación de la pena y la responsabilidad civil derivada del delito y, por otro, la proporcionalidad de pena. Respecto a la primera cuestión, conviene recordar que tras el artículo 255 del CP, en su redacción tras la reforma de 1/2015, de 30 de marzo, señala que será castigado con penas de multa de 3 a 12 meses, quien cometiera defraudación utilizando energía eléctrica en todo caso. Tras la reforma, se asigna una pena de multa, aun cuando la defraudación fuera superior a 400 euros, en la vía del artículo 255.1 del CP, si bien, si la cuantía es inferior a 400 euros, ser aplicaría la penalidad propia del artículo 255.2 del CP. De

⁵⁷ SAP de Madrid núm. 82/2019 de 18 de febrero (FJ 2º).

⁵⁸ La SAP de Girona núm. 491/2018 de 31 de octubre, estima que siendo que todos los integrantes del clan despliegan conductas de dicha condición, responden a título de autor de la conducta delictiva del clan, siendo determinada su responsabilidad partiendo de la pluralidad de conexiones fraudulentas a la red eléctrica.

⁵⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: "Capítulo 24. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI)", en Morillas Cueva, L. (Dir.): *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*. Madrid. Dykinson. 2021, p. 618.

⁶⁰ SAP de Murcia núm. 386/2019 de 26 noviembre.

tal manera que siendo la pena de multa de hasta 3 meses, pena leve, la multa de más de 3 meses, es pena menos grave, conforme el artículo 33. Lo que determina que, por su extensión, la penalidad de 3 a 12 meses, cuando la duración de la pena permitiría integrarse como pena propia de delito leve y menos grave, ha de considerarse en todo caso, como pena propia de delito leve. Lo que determina que aun cuando la cantidad defraudada sea superior a 400 euros, se lleve a cabo el enjuiciamiento del delito como delito leve. Ahora bien, nos dice la jurisprudencia que siendo esto así, no significa que siguiéndose el procedimiento por delito leve, haya de fijarse la responsabilidad civil, entendiéndose que la cantidad de defraudación de energía eléctrica ha de ser inferior a 400 euros, en el límite máximo de dicha cantidad, puesto que sea cual sea la cifra de cantidad defraudada, siempre habrá de juzgarse como constitutiva de delito leve, y el procedimiento lo será por delito leve, lo que no significa que la cantidad defraudada haya de limitarse a 400 euros, pudiendo ser más⁶¹.

Ligada a la primera cuestión está la segunda, la relativa a la proporcionalidad de la pena. Algunos autores han manifestado que existe un desequilibrio entre los hechos cometidos y sus consecuencias jurídicas, referidos a aquellos cometidos por grandes consumidores y negocios⁶². Pues bien, esta no es una cuestión nueva, ya en los años ochenta MORILLAS CUEVA⁶³ defendía la desaparición de la sección relativa a las defraudaciones de fluido eléctrico y la consecutiva creación, dentro de los delitos patrimoniales, de un artículo que equipare expresamente la energía eléctrica con las cosas muebles. Ello permitiría tipificar estos hechos como un hurto cuando la conducta sea de apoderamiento o sustracción, o como estafa cuando se trate de alteraciones maliciosas o en las indicaciones o aparatos contadores o cualquier otro fraude, siempre con el sistema de penas establecido para ambas figuras.

Ciertamente, no es lo mismo llevar a cabo un fraude, por ejemplo, a través de un enganche en una situación de ocupación de un inmueble por necesidad de suministro eléctrico básico para vivir, lo que sería un simple apoderamiento; que el caso de una gran industria que comete fraude eléctrico por cuantías muy superiores con ánimo defraudatorio. Ambas conductas colmarían los requisitos del tipo del art. 255 CP, pero no cabe duda de que en el segundo caso hay una actitud anímica que jurídicamente merece mayor reproche.

Las empresas suministradoras reclaman un aumento punitivo como medida disuasoria. Algunos países de nuestro entorno, como Alemania, Francia e Italia imponen penas privativas de libertad al fraude eléctrico. Las penas de multa hacen que el coste de cometer el delito sea bajo, lo mismo que ha venido ocurriendo con el delito de hurto inferior a 400 euros hasta que con la reforma del Código Penal que entró en vigor el 28 de agosto de 2022 los autores reincidentes de hurtos leves, inferiores a 400 euros, podrán ser sancionados con penas de prisión de entre 6 y 18 meses, en vez de una multa como hasta ahora. Según el preámbulo de la LO 9/2022, de 28 de julio, por la que se establecen normas que faciliten el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales, “de esta forma, se consigue dar a los casos de multirreincidencia una respuesta penal más disuasoria y ajustada a la gravedad de la conducta, sin incurrir en un incremento desproporcionado de la pena”.

⁶¹ SAP de Soria núm. 60/2019 de 19 de junio (FJ 1º).

⁶² BERENGUER PASCUAL, S.: “La lucha frente al fraude eléctrico: Deficiencias y mejoras en el Código Penal”, *Revista General de Derecho Penal*, 37, 2022, p. 20.

⁶³ MORILLAS CUEVA, L.: “Defraudaciones de fluido eléctrico”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 251, 1981, pp. 579-580.

IV. EL FRAUDE ELÉCTRICO EN LOS CULTIVOS DE CANNABIS.

La red de distribución eléctrica se encuentra sometida en algunos lugares de España a una sobrecarga excesiva de potencia derivada del fraude masivo debido al cultivo de marihuana. Una de las modalidades de fraude eléctrico es la llevada a cabo a través de los enganches ilegales a la acometida con la finalidad de abastecer de energía los instrumentos utilizados—ventiladores, focos de luz, transformadores eléctricos, aire acondicionado, entre otros—en las plantaciones ilegales de cannabis. Se suelen identificar en el momento en que se practican las diligencias de entrada y registro en las que la comisión judicial va acompañada de la correspondiente compañía eléctrica, quienes comprueban la existencia de manipulaciones de los aparatos contadores con derivaciones no previstas en el contrato de suministro, conocida como doble acometida, que permiten no computar ni facturar la energía eléctrica suministrada a través de esa doble línea⁶⁴. En otras ocasiones, la conexión es directa a la acometida sin derivaciones.

El artículo 255 CP hace referencia a la alteración maliciosa de las indicaciones o aparatos contadores. Constituyendo como comportamiento típico “cometer defraudación utilizando” energía a través de varios medios, entre ellos manipular los contadores de energía eléctrica alterando mediante esta manipulación los indicadores en beneficio propio y en perjuicio de la entidad suministradora de la energía. No cabe duda de que establecer un sistema de doble acometida, que permite la conexión directa a la red de suministro eléctrico sin pasar por el contador es una forma de alterar maliciosamente el aparato medidor o contador del consumo eléctrico así como sus indicaciones, consiguiendo por tal medio que tal aparato no marque el consumo que en realidad se produce, obteniendo así un beneficio y la consiguiente producción del correspondiente perjuicio a la sociedad vendedora. El siguiente elemento que debe quedar probado es que la manipulación sea hecha con ánimo de obtener un beneficio que el autor sabe ilícito y que efectivamente lo obtenga, lo que permitirá acreditar la existencia en el mismo de un ánimo de lucro a costa del perjuicio ajeno, que constituye el núcleo anímico de la defraudación castigada (elemento subjetivo del injusto)⁶⁵.

En estos casos el mayor problema radica en la determinación de la cuantía defraudada. Tal delito ha de calificarse en grado de leve en la medida en que forma parte de los elementos del tipo acreditar que la cuantía defraudada ha superado el límite de los 400 euros. Y en muchos casos nada consta al respecto más allá de una valoración estimativa de la empresa perjudicada, sin pericial alguna que permita objetivar el consumo producido ni el importe de la defraudación⁶⁶.

La empresa suministradora estima la cuantía defraudada partiendo de los criterios de cuantificación incorporados en el artículo 87 del Real Decreto 1955/2000 por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica. Dispone el inciso final del referido artículo que "(...) De no existir criterio objetivo para girar la facturación en estos supuestos, la empresa distribuidora la girará facturando un importe correspondiente al producto de la potencia contratada, o que se hubiese debido contratar, por seis horas de utilización diarias durante un año, sin perjuicio de las acciones penales o civiles que se puedan interponer". En ocasiones, la empresa suministradora en las estimaciones de energía

⁶⁴ Véase STSJ de Cataluña núm. 107/2019 de 19 de septiembre.

⁶⁵ SAP de Girona núm. 491/2018 de 31 de octubre.

⁶⁶ SAP de Madrid núm. 68/2022 de 28 de enero.

defraudada acompañadas con su escrito de denuncia parte de los criterios establecidos por el referido Real Decreto, si bien triplica las horas de utilización diaria de la energía eléctrica, computando 18 horas diarias, cuando la citada norma solo permite el cómputo de seis horas diarias, habiendo considerado la jurisprudencia que si bien ese cálculo tiene relevancia jurídica para determinar la cuantía de eventuales acciones civiles que la compañía distribuidora de energía eléctrica pudiera ejercer, no la tiene en materia jurídico-penal. La determinación de la cuantía defraudada constituye un elemento esencial integrante de la infracción penal con tal trascendencia que comporta que defraudaciones superiores a 400 euros, sean constitutivas de delito, mientras que aquellas que no superen esta cantidad lo sean de delito leve. Se exige pues no un cálculo estimado conforme a una tabla de casos predeterminada, sino la prueba efectiva de que el importe realmente defraudado supera los 400 euros⁶⁷.

V. LA RESPUESTA PENAL AL FRAUDE ELÉCTRICO EN LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO

La regulación del delito de fraude eléctrico en los países de nuestro entorno difiere especialmente en la ubicación sistemática de estas conductas y en la respuesta punitiva. Mientras que el legislador español se aleja de las penas privativas de libertad, países como Alemania, Francia e Italia recogen en sus Códigos Penales penas privativas de libertad.

En el Código Penal alemán se encuentra regulado en la Sección Decimonovena bajo la rúbrica “Hurto y apropiación indebida” (§ 248e. Sustracción de energía). Castiga en el apartado 1º con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa a quien sustraiga energía ajena de una planta o instalación eléctrica por medio de un cable conductor que no esté destinado para la extracción regular de energía, a partir de la planta o de la instalación eléctrica, cuando cometa el hecho con la intención de apropiarse para él o para un tercero irregularmente de la energía, con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. Su apartado 4º contempla una pena menor para el caso de que la acción descrita en el inciso 1 (sustracción de energía ajena...) se comete con la intención de infligir a otro daño antijurídicamente, entonces el castigo será de pena privativa de la libertad hasta dos años o de multa.

Del mismo modo, en el Código Penal francés, el legislador ha incluido esta conducta delictiva dentro de los delitos contra la propiedad, asimilando al hurto la sustracción fraudulenta de energía en perjuicio de otros (artículo 311.2) y castigándola con pena de tres años de prisión y multa de 45.000 euros (artículo 311.3).

Otro país que sigue esta línea es Italia, que dedica el art. 624 de su *Codice Penale* a este tipo delictivo, incardinado dentro de los delitos contra el patrimonio. A diferencia del CP español, el fraude eléctrico está equiparado en la legislación italiana al delito de hurto. Según este texto, a los efectos de la ley penal, también se considera cosa mueble la energía eléctrica y cualquier otra energía que tenga valor económico, previendo una pena de cárcel de seis meses a tres años. Por lo tanto, no se regula como un tipo autónomo, sino como una modalidad de hurto que tradicionalmente podía perseguirse de oficio. Un cambio significativo en Italia es que, a partir del Decreto Legislativo núm. 150 de 2022, se redujeron los casos de delitos de hurto que pueden ser perseguidos de oficio, limitándolos a los agravados por haberse cometido sobre cosas existentes en oficinas o establecimientos públicos, o si

⁶⁷ SAP de Girona núm. 491/2018 de 31 de octubre.

ha sido objeto de embargo, o destinado a servicio público o utilidad pública, o porque se haya cometido sobre componentes metálicos u otros materiales robados de infraestructuras destinadas al suministro de energía, de transportes, telecomunicaciones u otros servicios públicos y gestionados por entidades públicas o particulares en régimen de concesión pública (art. 625, n. 7 bis, código penal), así como en los casos en los que la persona ofendida es incapaz, por edad o enfermedad.

Esto provocó la reacción de las principales empresas energéticas, *Enel Energia, la Servizio Elettrico spa e l' E-distribuzione Spa*, y la jurisprudencia no ha tardado en pronunciarse. Así, la Sentencia de la Corte Suprema de Casación de 4 de mayo de 2023 (Casación Penal, Sección V, n. 14549), determinó que el delito de sustracción de energía eléctrica no cae dentro del procedimiento para tramitar una denuncia previsto por la denominada ley de reforma de Cartabia⁶⁸. Esto se debe a que el delito está sujeto a la circunstancia agravante a que se refiere el artículo 625, n. 7, lo que lo convierte en perseguible de oficio. La agravante existe porque el robo de energía eléctrica se realiza sobre bienes destinados al servicio público.

Por su parte, la Sentencia de 13 de junio de 2023 (Casación Penal, Sección V, n. 25534), establece que quien a sabiendas hiciera uso de la conexión a la red de distribución realizada por terceros, incurre en el delito de sustracción de energía eléctrica, agravado con violencia contra la propiedad. Según los Tribunales italianos en materia de robo de energía eléctrica, la agravante de violencia contra las cosas, de conformidad con el art. 625 párrafo 1 n.2 CP también puede configurarse cuando la conexión ilícita a la red de distribución se realiza físicamente por persona distinta del agente, que se limita a valerse de la conexión ajena sabiendo que fue sustraída ilícitamente⁶⁹.

En España, las compañías eléctricas reclaman el endurecimiento de las penas siguiendo al resto de países europeos. La cuestión que debemos plantearnos es si este aumento punitivo es la panacea y permite acabar con el fraude. Pues bien, el recurso a la pena en su función preventiva solo debe estar legitimada si se hace respetando el principio de proporcionalidad. La pena es legítima cuando, sin rebasar los límites que derivan del principio de proporcionalidad, resulta eficaz desde el punto de vista preventivo; más concretamente, cuando proporciona la máxima eficacia preventiva, atendiendo tanto a su eficacia preventiva general, como a su eficacia preventiva especial, y a los distintos cauces a través de los cuales el recurso a la pena puede producir un efecto preventivo⁷⁰. Importante esta afirmación porque en el delito que nos ocupa, como en muchos otros, no siempre está justificado el recurso a la pena. De todo lo expuesto se desprende una penalización dirigida al pequeño consumidor, muchas veces en estado de necesidad por su situación vulnerable. En cambio, a simple vista no se observa entre los delitos por los que pueden ser responsables las personas jurídicas el fraude de fluido eléctrico, algo como mínimo cuestionable. Esto nos hace replantearnos, desde el primer momento, la finalidad que ha perseguido el legislador con esta conducta típica y la proporcionalidad de la pena y su efectividad. Varios informes demuestran que la mayor parte del fraude eléctrico no se realiza por consumidores en situación de vulnerabilidad, sino

⁶⁸ Forma por la que se conoce popularmente en Italia el Decreto Legislativo núm. 150 de 2022 por el que se redujeron los casos de delitos de hurto que pueden ser perseguidos de oficio.

⁶⁹ Cass. pen., Sez. IV, Sent., (data ud. 05/02/2020) 17/02/2020, n. 5973.

⁷⁰ MIR PUIG, S.: *Bases constitucionales del Derecho penal*, 2011, pp. 33 y ss.; el mismo autor, "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de los límites materiales del Derecho penal", en Carbonell Mateu J.C. y otros (Dir.): *Derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1357-1382.

por empresas y grandes clientes⁷¹. Situación ante la que las empresas eléctricas demandan mayores sanciones y penas privativas de libertad, esto es, el refuerzo de la prevención general.

VI. CONCLUSIONES

Si bien es cierto que son varias las consecuencias graves que puede producir este tipo delictivo —riesgo para la seguridad o la salud, coste económico del fraude, crimen organizado en plantaciones de marihuana, coste económico para el resto de los consumidores, entre otras—, el legislador, con el artículo 255 CP, se ha limitado a contemplar el daño patrimonial que sufre la empresa suministradora. Es de todo punto razonable que ante los daños más graves, como puede ser el fallecimiento de personas por incendios ocasionados por enganches, exista una respuesta penal contundente, pero nuestro ordenamiento ya cuenta con herramientas y tipos delictivos que pueden ofrecer una suficiente y adecuada respuesta a estas situaciones. En el resto de los casos, lo que entraña dudas es si, atendiendo el principio de intervención mínima del derecho penal, está justificada la intervención del aparato punitivo del Estado. ¿Hasta qué punto se puede utilizar el instrumento punitivo para prevenir ciertos resultados, como puede ser un perjuicio al patrimonio a causa de un incremento generalizado de la factura eléctrica?, ¿se puede considerar un ataque intolerable que haga activar el mecanismo represor, incluso, como se reclama con penas que privan de libertad? Creemos que la respuesta debe ser negativa, sobre la base de que el recurso excesivo al Código Penal terminará por desvirtuar su función y con fundamento en la vulneración de los principios más elementales del Derecho Penal. Difícilmente se va a respetar el fin resocializador de la pena que se desprende del artículo 25.2 de nuestra Constitución (prevención positiva especial), cuando cada día con más frecuencia se recurre a la pena para que esta cumpla una función preventivo general, en sentido negativo, lo que choca directamente con los valores fundamentales de nuestro Ordenamiento Jurídico.

Además, la regulación penal no ha resultado efectiva. Las propias empresas son reticentes a denunciar el fraude, ya que el coste del proceso no compensa. Ciertamente, las sanciones económicas son bajas, pero consideramos que el recurso del Código Penal y el incremento punitivo no va a suponer una solución. Esto no significa que estas conductas no deban recibir una respuesta sancionadora, sino que la respuesta más correcta debe ir encaminada a una efectiva implicación en la lucha contra el fraude eléctrico de las Administraciones competentes, que cuentan con medios coercitivos dentro de su potestad sancionadora para disuadir estas reprobables conductas. Eso sí, la penalización, por su naturaleza sancionadora, debe corresponder en todo caso a la administración pública, al Estado como garante de los intereses de la comunidad que legitima su *ius puniendi* o derecho a penar, y nunca debe ponerse en manos de las entidades privadas perjudicadas. La solución podría pasar por un sistema de inspección estatal con un adecuado procedimiento más garante con los derechos de los consumidores, pero al mismo tiempo que permita una adecuada cuantificación del fraude que repare el daño sufrido por el suministrador.

Dicho esto, podemos concluir que el tratamiento jurídico penal de este tipo de conducta en el Código Penal español no es el más acertado, no en cuanto a la pena, respecto a la que mantenemos una postura firme en contra del incremento penológico como mecanismo preventivo, sino en cuanto al hecho de que es innecesaria la incorporación de figuras delictivas

⁷¹ Véase Informe de la fundación ESYS. Disponible en: <https://fundacionesys.com/wp-content/uploads/2022/12/ESTUDIO-FRAUDE-ELECTRICO.pdf>

autónomas al Código Penal que pueden encajar en otros tipos delictivos. En este caso, con el simple hecho de incluir en el concepto penal de cosa mueble la energía eléctrica. De hecho, la falta de regulación penal específica dio lugar a una polémica doctrinal sobre el carácter material y de cosa mueble de las energías y fluidos, a los efectos de poder subsumirlas o no en el ámbito de los delitos de apoderamiento⁷². Siguiendo esta línea de pensamiento, adoptaríamos una regulación similar a la italiana pero con algunas diferencias, principalmente la de que en nuestro Código el uso de la fuerza en las cosas (por ejemplo, alterando un aparato contador) no sería constitutivo de una circunstancia agravante, sino que ante la conducta típica de apoderamiento sobre el objeto material energía eléctrica, la alteración del aparato contador vendría a colmar el medio comisivo “fuerza en las cosas”, dando lugar al delito de robo con fuerza en las cosas. No siendo apta toda fuerza para integrar el robo sino solo la denominada “fuerza típica”⁷³, la manipulación o alteración del aparato contador tendría encaje en el apartado 3º del artículo 238 del Código Penal, siendo el acceso al aparato contador la fractura que permite acceder a la cosa y sustraerla, en este caso la energía. Además, no debemos olvidar que dentro de las circunstancias cualificadas del artículo 235 se incluye el hecho de que recaiga sobre “conducciones, cableado, equipos o componentes de infraestructuras de suministro eléctrico, de hidrocarburos o de los servicios de telecomunicaciones, o de otras cosas destinadas a la prestación de servicios de interés general, y se cause un quebranto grave a los mismos”, con penas de hasta tres años de prisión. Aquí tendrían cabida todo tipo de apropiaciones de fluido, incluidas las apropiaciones de suministro de otro consumidor, pero no bastaría para dar respuesta a los casos más graves, aquellos en que no hay un simple apoderamiento, sino y, ahora sí, aquellos casos donde concurra un ánimo engañoso o defraudatorio que reclama un mayor reproche penal, para lo que bastaría con situarlo en el plano del delito de estafa. Nos referimos a aquellas actuaciones materiales con las que se pretende engañar al suministrador por cualesquiera medios, mecanismo o artilugios con los que obtener un lucro propio en perjuicio del titular de las energías o fluidos, el problema aquí es encajar la relación de causalidad que debe concurrir en la estafa entre el error y el acto de disposición patrimonial, pues resultaría muy forzado considerar que la empresa a través del suministro de energía realiza un acto de disposición patrimonial por el error que la alteración, manipulación o el empleo de cualquier otro medio le ha ocasionado.

Finalmente, en cuanto a la determinación de la cuantía defraudada, el criterio de facturación (seis horas diarias de utilización durante un año), es un criterio extrapenal y de carácter subsidiario. Sin embargo, las compañías distribuidoras suelen realizar la facturación directamente con este método, sin acudir a un criterio singularizado que resultaría más objetivo y más beneficioso para el titular del suministro a la hora de calcular la energía defraudada. La Administración debería articular un método de comprobación pública que garantice la objetividad equilibrando la posición del titular del suministro y la empresa distribuidora, aplicando criterios como las características subjetivas del consumidor, el tipo de contrato de suministro o la finalidad de la sustracción.

⁷² Entre otros, MORILLAS CUEVA, L.: “Defraudaciones de...”, ob. cit. pp. 531-567; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: “Defraudaciones de fluido...”, ob. cit. p. 366; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: “Tratado de la Parte Especial...”, ob. cit. pp. 1029 y ss.; MESTRE DELGADO, E.: “Tema. 13. Delitos contra el patrimonio...”, ob. cit. pp. 290-291.

⁷³ No es suficiente efectuar el hecho empleando la fuerza sobre las cosas objeto de la sustracción, sino que es preciso que tal fuerza revista alguna de las modalidades descritas por el legislador, Vid. STS núm. 945/2000, de 29 de mayo.

BIBLIOGRAFÍA

- BAJO FERNÁNDEZ, M., “Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas” (actualizado por Pablo Guérez Tricarico), en Molina Fernández, F. (Coord.): *Memento Penal 2015*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2014.
- BENÍTEZ ORTUZAR, I.F., “Capítulo 24. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI)”, en Morillas Cueva, L. (Dir.): *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*. Madrid. Dykinson. 2021.
- BERENGUER PASCUAL, S., “La lucha frente al fraude eléctrico: Deficiencias y mejoras en el Código Penal”, *Revista General de Derecho Penal*, 37, 2022.
- CARBONELL MATEU J.C. y otros (dirs.), *Derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, tomo II, 2009.
- CASA MARÍN, J., ALBA RÍOS J.J., GARCÍA MADRUGA M., “El fraude en el mercado eléctrico español”, *Cuadernos de Energía*, n.º 50, 2016.
- CORCOY BIDASOLO, M., “Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos particular referencia a la participación criminal y al ámbito espacio temporal de comisión de los hechos”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 21, 2007.
- CREMADES GARCÍA, J., “El fraude en los servicios financieros “on-line””, *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, II-2003. AA.VV. Ministerio de Justicia, 2004.
- CUADRADO RUÍZ, M.A.: “¿Protege el derecho penal a los consumidores?”, *Actualidad penal*, núm.1, 1999.
- FARALDO CABANA, P., “Capítulo 16. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, en Camacho Vizcaíno A. (Dir.): *Tratado de Derecho Penal Económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- GALLEGO SOLER, J.I., “Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas (art. 255)”, en Vera Sánchez J.S. (Coord.) y Corcoy Bidasolo M. (Dir.): *Manual de derecho penal. Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*. Tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GONZÁLEZ RUS, J.J., “Lección 22. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (VI). Apropiación indebida. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, en Cobo del Rosal, M. (Coord.): *Derecho Penal Español: Parte Especial*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2005.
- HAVA GARCÍA, E., “Defraudaciones”, en Terradillos Basoco, J.M. (Coord.): *Memento práctico penal de empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, 2003.
- HERRERA MORENO, M., “Lección 5.ª Estafa. Apropiación indebida. Defraudación de fluido eléctrico”, en Polaino Navarrete M. (Dir.): *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*, Vol. 2, Tecnos, Madrid, 2011.
- MESTRE DELGADO, E., “Tema 13. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en Lamarca Pérez, C. (Coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, 2.ª edición, Editorial Colex, Madrid, 2004.

- MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en Lamarca Pérez, C. (Coord.): *Delitos. La parte especial del derecho penal*, 4ª edición, Dykinson, Madrid, 2019.
- MIR PUIG, S., “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de los límites materiales del Derecho penal”, en Carbonell Mateu J.C. y otros (dirs.): *Derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- MIR PUIG, S., *Bases constitucionales del Derecho penal*, Iustel, 2011.
- MIRA BENAVENT, J., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico: defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, en Boix Reig F.J. (Coord.): *Derecho penal: parte especial*, vol.2, Madrid, 2012.
- MIRA BENAVENT, J.: “El delito de defraudación de fluido eléctrico y análogas (con especial referencia crítica a su bien jurídico protegido y al objeto del delito)”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 26, 2016, p. 5.
- MORILLAS CUEVA, L., “Defraudaciones de fluido eléctrico”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 251, 1981.
- MORILLAS CUEVA, L., “ARTÍCULO 255”, en Cobo del Rosal, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, Tomo VIII, Edersa, 2005.
- MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho penal. Parte general*, 1ª edición actualizada, Dykinson, Madrid, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal: Parte Especial*, 25ª edición, revisada y puesta al día, con la colaboración de Carmen López Peregrín, 2023.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Delitos patrimoniales de enriquecimiento cometidos mediante defraudación: (II) administración desleal, apropiación indebida, defraudación fluido eléctrico y análogas”, en Gómez Rivero M.C. (Dir.): *Nociones fundamentales de derecho penal parte especial* 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2019.
- PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., “Delitos contra el patrimonio (II)”, en Silva Sánchez J.M. (Dir.) y Ragués i Vallès R. (Coord.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* 7ª edición adaptada a la Ley Orgánica 8/2021, Atelier, Barcelona, 2021.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F.: “Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, en Álvarez García F.J. (Dir.): *Derecho Penal Español Parte Especial (II)*, Vol.2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F. “Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, en Manjón-Cabeza Olmeda A., Ventura Püschel A. (Coord.): *Derecho penal español*, Vol. 2, Parte especial (II), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “Autoría, coautoría y dominio del hecho, ventajas y medias verdades”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXXXI, 2018. <https://doi.org/10.53054/adpcp.v71i1.1231>
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Tomo III. Infracciones patrimoniales de apoderamiento, 2.ª edición puesta al día por Carlos García Valdés, tomo III, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1977.

- ROCA DE AGAPITO, L., “Defraudaciones del fluido eléctrico y análogas”, en Majón-Cabeza Olmeda A. (Coord.) y AAVV (Dir.): *Esquemas de la parte especial de derecho penal (I)*, Tirant lo Blanch, 2011.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., “Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo VI, Barcelona, 1954.
- SALINERO ALONSO, C., “Defraudaciones: estafa, apropiación indebida, defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, en Terradillos Basoco J.M. (Coord.): *Derecho penal. Tomo III, Derecho penal, parte especial*, Iustel, 2016.
- SAMANIEGO MANZANARES, J. L., “De las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, *Comentarios al Código Penal*, edición n.º 1, La Ley, Madrid, 2016 [Recurso electrónico].

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 945/2000, de 29 de mayo. ECLI:ES:TS:2000:4363.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16ª) núm. 144/2006 de 1 de marzo.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 3ª) núm. 567/2012 de 2 de noviembre. ECLI: ECLI:ES:APS:2012:956.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) núm. 150/2016 de 30 de marzo. ECLI: ECLI:ES:APCO:2016:263.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2ª) núm. 575/2016 de 13 de diciembre. ECLI: ECLI:ES:APT:2016:1698.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila (Sección 1ª) núm. 9/2017 de 19 de enero.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm. 352/2017, de 27 de septiembre. ECLI: ECLI:ES:APTF:2017:3099.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 4ª) núm. 491/2018 de 31 de octubre. ECLI: ECLI:ES:APGI:2018:1994.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 30ª) núm. 82/2019 de 18 de febrero. ECLI: ECLI:ES:APM:2019:12097.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª) núm. 60/2019 de 19 de junio. ECLI: ECLI:ES:APSO:2019:175.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 3ª) núm. 287/2019 de 1 de octubre. ECLI: ECLI:ES:APJ:2019:1307.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2ª) núm. 437/2019 de 30 de octubre. ECLI: ECLI:ES:APT:2019:1605.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª) núm. 386/2019 de 26 noviembre. ECLI: ECLI:ES:APMU:2019:2341.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 2ª) núm. 309/2020 de 14 de octubre. ECLI: ECLI:ES:APGR:2020:974.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2ª) núm. 9/2021 de 15 de enero. ECLI: ECLI:ES:APT:2021:158.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 2ª) núm. 368/2021 de 5 de octubre. ECLI: ECLI:ES:APGR:2021:1423.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 3ª) núm. 353/2021 de 10 de noviembre. ECLI: ECLI:ES:APAL:2021:796.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 2ª) núm. 525/2021 de 28 de diciembre. ECLI: ECLI:ES:APGR:2021:2245.

OTRAS FUENTES

'START-UP CHALLENGE': Pérdidas no técnicas del sistema eléctrico. Disponible en: iberdrola.com [Fecha de consulta: 23 de febrero de 2023].

PDN/DE/001/15 - Propuesta de R.D. que regula las actuaciones contra el fraude en el suministro eléctrico. Informe del Consejo de 16 de julio de 2015. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/1491076_8.pdf [Fecha de consulta: 24 febrero 2023].

Defensor del Pueblo, Recomendación Secretaría de Estado de Energía. Ministerio de Industria, Energía y Turismo "Garantías de independencia en los procesos de penalización por fraude eléctrico". Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/establecer-garantias-de-independencia-en-los-procesos-de-penalizacion-por-fraude-electrico/> [Fecha de consulta: 23 de febrero de 2023].

Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 2022, pág. 1065. Insiste en la relación existente entre este delito y el cultivo de sustancias estupefacientes, pues se produce el enganche ilegal a la red eléctrica como medio para conseguir luz y ventilación de las plantaciones ilegales. "Gestión del fraude en la industria energética", ManagementSolutions, pág. 7. Disponible en: <https://www.managementsolutions.com/sites/default/files/publicaciones/esp/fraude-en-el-sector-energetico.pdf> [Fecha de consulta: 25 de febrero de 2023].

Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica. «BOE» núm. 310, de 27/12/2000.

CNMC, Informe sobre alternativas de regulación en materia de reducción de pérdidas y tratamiento del fraude en el suministro eléctrico, de 16 de julio de 2015. Disponible en: <https://www.cnmc.es/expedientes/pdnde00115>

Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. «BOE» núm. 310, de 27/12/2013.

Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria. «BOE» núm. 176, de 23/07/1992. Informe de la fundación ESYS. Disponible en: <https://fundacionesys.com/wp-content/uploads/2022/12/ESTUDIO-FRAUDE-ELECTRICO.pdf>