

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

**Catedrático de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra**

**Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado
de la cuestión**

1. INTRODUCCIÓN

La reciente reforma del Código penal español en materia de delitos leves contra la propiedad ha reabierto el debate, nunca completamente cerrado, sobre cuál debe ser la política del Derecho penal frente a la pequeña delincuencia patrimonial, ya sea ésta ocasional, ya reiterada. Al respecto, existe acuerdo en que los delitos patrimoniales leves muestran características específicas en el conjunto de la criminalidad. *Por un lado*, aisladamente considerados, muestran una lesividad muy limitada —se consideran, en general, hechos de bagatela¹—, de modo que la imposición de las sanciones penales convencionales podría parecer escasamente justificada desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.

1 Son delitos de bagatela aquellos hechos que, aun siendo formalmente típicos, dado su limitado contenido delictivo (de desvalor de acción, de desvalor de resultado o de culpabilidad) se consideran no merecedores de pena criminal: *Krümpelmann*, *Die Bagatelldelikte*, Berlin 1966, pp. 109, 110; *Kunz*, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, Berlin 1984, p. 14.

Un sector de la doctrina distingue entre delitos de bagatela autónomos (“selbständige”) y no autónomos (“unselbständige”). Así, *Krümpelmann*, *Die Bagatelldelikte*, pp. 36-37. Los primeros serían hechos de escasa lesividad en sí mismos considerados. Los segundos pertenecerían al límite inferior de hechos que en sí mismos tienen gran dañosidad social. Para *Kunz*, *Das strafrechtliche*, p. 19, todos los delitos de bagatela son, en realidad, “unselbständig”.

Por otro lado, sin embargo, también es cierto que afectan a un derecho individual que resulta esencial en la autocomprensión de nuestra sociedad (la propiedad privada). *En tercer lugar*, expresan una forma de comportamiento típica de la sociedad de masas, esto es, conforman a su vez un fenómeno masivo². Ello determina que den lugar a daños materiales globales muy elevados, que incidan de modo directo en la sensación social de inseguridad³ y que, a la vez, contribuyan de modo decisivo a la sobrecarga de la administración de justicia penal⁴, pese a la elevada cifra oscura existente también en este ámbito⁵. *En fin*, lo que no es menos importante, suelen mostrar cifras muy elevadas de reiteración delictiva.

La posibilidad de centrar la atención en una u otra dimensión del problema, pasando por alto las restantes, da lugar a que quepa observar las propuestas más dispares en cuanto a la respuesta jurídica que debe darse a este fenómeno. Unas abonan la solución de la pena corta—o no tan corta⁶—de privación de libertad como mecanismo esencial de reacción frente a cada acto de apropiación de bienes ajenos, por leve que éste sea. Otras, en cambio, proponen que la intervención del Derecho penal se reduzca a los

2 Sobre la configuración de la criminalidad patrimonial leve como criminalidad masiva, cfr. *Dreher*, *Die Behandlung der Bagatelkriminalität*, Festschrift für H. Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin 1974, pp. 918 y ss., 918; *Moccia*, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, Napoli 1984, p. 265; *Jakobs*, *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, en *Estudios de Derecho Judicial* 20, Madrid 1999, pp. 119 y ss., 132-133.

3 Sobre la delincuencia patrimonial leve como fuente de sentimientos ciudadanos de inseguridad y de desconfianza en la Administración de justicia, cfr. *Dölling*, *Die Behandlung der Kleinkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland*, en *Lampe* –Hrsg.–, *Deutsche Wiedervereinigung*, Band I, *Vorschläge zur prozessualen Behandlung der Kleinkriminalität*, Köln, etc 1993, pp. 3 y ss., 6.

4 Cfr. *Dreher*, FS f. Welzel, p. 919.

5 *Dölling*, *Die Behandlung*, p. 4.

6 El Tribunal Constitucional alemán, en su sentencia de 17 de enero de 1979 (BVerfGE 50, 205), declaró conforme con los principios constitucionales de proporcionalidad y culpabilidad el que la pena del hurto pudiera alcanzar hasta cinco años de prisión.

casos de reiteración de conductas de delincuencia patrimonial leve, mientras que los actos aislados habrían de quedar fuera del ámbito jurídico-penal, o incluso fuera del ámbito de lo jurídico, concretamente sometidos a la lógica de la prevención técnica⁷. Obviamente, en este contexto existe también una pluralidad de posiciones intermedias.

2. LA EXCLUSIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL

En la discusión sobre el tratamiento jurídico de la criminalidad patrimonial leve se contempló, durante algún tiempo⁸, la posibilidad de la despenalización, global o sectorial, de estas conductas, reconduciéndolas al Derecho civil o al Derecho administrativo. La consideración del Derecho civil tuvo lugar, ante todo, para el ámbito sectorial del hurto en grandes almacenes; en concreto, ése era el modelo del Proyecto Alternativo de 1974⁹. La pretensión era, en aquella propuesta, la de lograr un incremento de la eficacia preventiva con una simultánea descriminalización¹⁰.

El proyecto estaba presidido por dos ideas rectoras¹¹: una cierta solidaridad con el cliente, a quien se contemplaba como

7 Críticamente, *Baumann*, Bekämpfung oder Verwaltung der Kleinkriminalität?, en *Gedächtnisschrift für H. Schröder*, München 1978, pp. 523 y ss., 524, aludiendo a que ese modelo favorece el desarrollo de „carreras criminales“, a la vez que reduce el problema de la criminalidad patrimonial leve a una cuestión de “mera gestión”.

8 Cfr., sin embargo, todavía la fórmula de la “*diversion*”, en el ámbito del Derecho penal juvenil: §§ 45, 47 de la *Jugendgerichtsgesetz*.

9 *Arzt y otros*, Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl (AE-GLD), Tübingen 1974. En concreto, p. 9: “*Der AE-GLD beruht auf dem Grundgedanken, daß die praktisch dedeutsame Zurückdrängung des Strafrechts in diesem Bereich durch eine Aktivierung des Zivilrechts in diesem Bereich ermöglicht werden kann*”.

10 *Arzt y otros*, Entwurf, p. 10.

11 *Naucke*, Gutachten D für den 51. Deutschen Juristentag, Empfiehlt es sich, in bestimmten Bereichen der kleinen Eigentums- und Vermögenskriminalität,

seducido por los modernos métodos de venta; y una actitud de reserva frente a los grandes comercios y establecimientos de autoservicio. A partir de ahí, los ilícitos patrimoniales comprendidos en la propuesta despenalizadora eran aquéllos cuyo importe no superara los 500 marcos alemanes y la sanción civil, que habría que añadir a la reparación del daño, sería la correspondiente al precio de la cosa sustraída y, en todo caso, como mínimo 50 marcos¹². El procedimiento para la determinación del hecho y la imposición de la sanción tendría naturaleza privada, estando bajo el control del afectado.

Como puso de relieve *Naucke*¹³, el Proyecto contenía, en realidad, una combinación de elementos civiles, administrativos y penales. De modo que en él se trataba de crear un “nuevo” sector del ordenamiento jurídico, mediante el que hacer frente a la retirada del Derecho penal. Pero el modelo propuesto en el *AE-Ladendiebstahl* nunca alcanzó el consenso mínimo necesario. Su incidencia exclusivamente sectorial¹⁴, así como los temores derivados de la desformalización¹⁵ a que conducía, fueron determinantes de su fracaso.

Mayores apoyos había obtenido, en cambio, la tesis de convertir los delitos patrimoniales leves en infracciones administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*). En este sentido se habían pronunciado inicialmente *H. Mayer*, *Peters* y *Krümpelmann*¹⁶ y,

insbesondere des Ladendiebstahls, die strafrechtlichen Sanktionen durch andere, zum Beispiel zivilrechtliche Sanktionen abzulösen, gegebenenfalls durch welche? (Strafrechtliches Teilgutachten), München 1976, p. 98.

12 *Arzt y otros*, Entwurf, pp. 4 y ss.

13 *Naucke*, Gutachten, pp. 100-101.

14 Cfr. la crítica de *Dölling*, *Die Behandlung*, p. 20, poniendo en cuestión que el hurto en un gran almacén debiera tener un tratamiento distinto que otro hurto cualquiera.

15 Una crítica detallada del proyecto, poniendo de relieve cómo empeoraría la posición tanto del autor como de la víctima, abundando en la desformalización, en *Naucke*, Gutachten, pp. 101 y ss..

16 *Krümpelmann*, *Die Bagatelldelikte*, pp. 240-241.

luego, *Baumann* y *Dencker*, entre otros muchos¹⁷. Sin embargo, también aquí la crítica prevaleció sobre los argumentos de la propuesta, que se enmarcaban en una corriente general -por aquel entonces bastante difundida- favorable a la sustitución del Derecho penal por una alternativa axiológicamente más neutra, a la vez que supuestamente más eficiente, como sería la del Derecho administrativo sancionador.

Seguramente, la crítica más completa fue la llevada a cabo por *Dreher*¹⁸ quien, precisamente, empezó por cuestionar las consecuencias simbólicas de la despenalización de los ilícitos patrimoniales leves: en particular, la disolución del concepto ético-social de injusto en la idea de ilícito administrativo¹⁹. El punto de partida de su crítica era que la propiedad y su protección pertenecen al núcleo del Derecho penal²⁰, lo que se pone de relieve tanto en virtud de su consideración en el Decálogo, como a través de su anclaje constitucional, como, en fin, en el hecho de que en la lesión de la propiedad se exprese una afectación directa de la esfera individual de libertad de los ciudadanos. Por tanto, la conversión del hurto leve en un mero ilícito administrativo²¹ no atendería a su auténtico desvalor ético-social²², produciendo

17 Cfr. referencias en *Moccia*, Política criminal, pp. 290 y ss.

18 *Dreher*, FS f. Welzel, pp. 925-926, en particular sobre una delimitación con base en las cuantías.

19 *Dreher*, FS f. Welzel, p. 929; *Dölling*, Die Behandlung, p. 21.

20 Cfr. Ahora v. *Friedrichs*, Reaktionsformen bei Ladendiebstahl. Alternative Möglichkeiten der strafrechtlichen Kontrolle der Bagatelldelinquenz am Beispiel des Ladendiebstahls, Berlin 2003, pp. 139 y ss.

21 Con independencia de los problemas que plantearía la delimitación entre el delito de hurto y la infracción administrativa de hurto. En particular, si ésta habría de trazarse sobre bases cuantitativas (*Baumann*), o en función de consideraciones psicosociales (*Kunz*). Por lo demás, la persecución de las *Ordnungswidrigkeiten* está claramente sujeta al principio de oportunidad. De ahí que *Naucke*, Gutachten, pp. 92-93, indicara que la solución de la conversión de los delitos de hurto leve en infracciones administrativas tiene todos los problemas de la solución del sobreseimiento en sede judicial y ninguna de sus ventajas.

22 Cfr. otras referencias en *Moccia*, Política criminal, pp. 293 y ss., 295-296. *Moccia* se muestra partidario del recurso a la sanción administrativa para

un efecto deseducativo, en la medida en que conduciría a pensar que “*robar un poco no es delito...*”²³.

La introducción del argumento relativo a la dimensión ético-social del injusto del hurto, más allá del daño material que aquél produzca, resulta muy importante en la medida en que obliga a considerar la diferencia entre el *daño material* y el *daño intelectual* del delito. En efecto, en muchos delitos (aunque no en todos) es posible advertir la producción de un daño material: una lesión, un perjuicio patrimonial, etc. Ahora bien, de modo adicional al daño material, y de modo exclusivo en los casos en que éste no existe, conviene advertir también la presencia de un daño intelectual. El concepto de daño intelectual no es unívoco, sino que tiene, al menos, dos posibles dimensiones. *Por un lado*, puede calificarse como daño intelectual la intranquilidad e irritación que el delito produce en la conciencia jurídica de la generalidad²⁴. En cierto modo, podría afirmarse que no deja de

los delitos de bagatela autónomos, pero éstos pertenecerían al ámbito de los “no autónomos”. De modo que, aunque afirma que la despenalización del hurto bagatelario no desorientaría a los ciudadanos acerca del valor de la propiedad ajena, se opone a la solución de su conversión en infracciones administrativas.

23 En este sentido *Gallas* (citado por *Dreher*, FS f. *Welzel*, pp. 932-933) ya había señalado que “*Bagatelldelikte sind...stets Kriminalunrecht*”, proponiendo la solución del sobreseimiento o el *Absehen von Strafe*, que luego analizaremos. El propio *Dreher* (FS f. *Welzel*, p. 932) insiste en que “*Gestohlen bleibt gestohlen*”. Y, de hecho, *Baumann*, inicialmente partidario de la solución de la infracción administrativa, cambió de posición a los pocos años (GS f. *Schroeder*, p. 527), abonando una solución de Derecho penal sustantivo, cuyo núcleo había de ser la “amonestación con reserva de pena” (*Verwarnung mit Strafvorbehalt*). Sólo ésta, a su juicio, mantendría el necesario efecto pedagógico, que únicamente puede proporcionar el Derecho penal.

24 Esta es la concepción de “daño intelectual” que sostiene, por ejemplo, *Müller-Dietz*, *Vom intellektuellen Verbrechensschaden – Eine nicht nur historische Reminiszenz-*, GA 1983, pp. 481 y ss., 496. Según él, esta perspectiva de psicología social permitiría comprobar en qué medida la pena y el castigo influyen sobre las conciencias, estabilizando en términos psicológico-sociales. Ello daría contenido empírico a la idea de prevención de integración, de modo que ésta no se quedaría en un constructo racional, ideal, sin contenido real.

ser un daño material, si bien, en lugar de ser físico, se trata de un daño psicológico-social²⁵. *Por otro lado*, también puede calificarse como daño intelectual el daño *ideal* que el delito produce en tanto que ruptura de la relación de reconocimiento recíproco o puesta en cuestión de la norma.

Pues bien, está claro que los hurtos leves producen un daño material de bagatela. En cambio, no es en absoluto evidente que su dimensión de daño intelectual sea asimismo insignificante. En la medida en que el hurto –aun el leve– pone en tela de juicio una norma central del orden social, afecta al núcleo de la identidad normativa de la sociedad (dimensión estrictamente simbólica) y, además, contribuye seriamente a la sensación social de inseguridad, parece que precisa de una respuesta jurídico-penal.

3. LA RESPUESTA EN LA JURISDICCIÓN PENAL

El fracaso de las propuestas de despenalización mediante remisión de la delincuencia patrimonial leve al ámbito del Derecho civil o del Derecho administrativo condujo a la búsqueda de soluciones en el ámbito del propio proceso penal, ya fueran éstas estrictamente procesales, ya sustantivas. Ello ha determinado que la discusión actual se ciña a estas dos opciones, sin que la vieja alternativa despenalizadora siga planteándose con mucha convicción.

Así las cosas, la solución del problema de la delincuencia patrimonial leve mediante mecanismos procesales ha resultado ampliamente dominante en la discusión alemana y es la acogida hoy, no sin controversia, para el conjunto de ilícitos que nos ocupa. Con todo, no han dejado de existir, sobre todo en el plano doctrinal, pero también desde la práctica, propuestas de revisión.

25 No está de más advertir que este daño aumenta con el conocimiento público del delito; de manera que el proceso penal, en la medida en que incrementa aquel conocimiento, puede amplificar también el daño intelectual del delito.

3.1. Los instrumentos procesales

La exigencia de denuncia o querella para perseguir estos delitos (§248 a StGB) fue una de las soluciones propuestas al inicio. Sin embargo, esta opción, como también otras similares, pasó a ser enseguida objeto de crítica²⁶. En este sentido, se afirmó con razón que, dado el carácter público del Derecho penal, la atribución a éstos de la condición de delitos perseguibles a instancia de parte pondría de relieve que, en realidad, no existe un interés social en el castigo. Algo que, en última instancia, resulta contradictorio con el hecho de renunciar en estos casos a las alternativas extrapenales. Pues, en efecto, aquí no se dan las razones de ponderación de intereses que, en otros delitos, pueden conducir a acoger la persecución a instancia de parte como mecanismo de protección de la intimidad de la víctima²⁷.

En las últimas dos décadas la opción del sobreseimiento como vía de atribuir una respuesta jurídico-penal a la delincuencia patrimonial leve se ha consolidado en Alemania²⁸. Ello, a través de dos instrumentos: por un lado, mediante el sobreseimiento por insignificancia; por otro lado, y sobre todo, a través del sobreseimiento condicionado²⁹.

26 *Frisch*, An den Grenzen des Strafrechts, en *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für W. Stree und J. Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1993, pp. 69 y ss., 101 y ss.

27 Cfr. sobre todo ello, de modo general, *Alonso Rimo*, Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido, Valencia 2002.

28 A favor de ésta, ya *Dreher*, FS f. *Welzel*, pp. 933 y ss., con el lema "*minima non curat praetor*". Una valoración positiva de esta solución, como vía intermedia entre la sanción con un procedimiento clásico de legalidad procesal y la exclusión del ámbito del Derecho penal en *Naucke*, Gutachten, en especial pp. 82-83.

29 Cfr., en la doctrina española, la exposición de *Alastuey Dobón*, La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales, Valencia 2000, pp. 340 y ss.

El sobreseimiento por insignificancia, regulado en el § 153 StPO (*Einstellung wegen Geringfügigkeit*), es acordado en aquel país por el fiscal instructor del procedimiento, con el asentimiento del órgano de enjuiciamiento o incluso sin éste, en función de que se trate de un caso de culpabilidad insignificante o de daño insignificante, respectivamente. De conformidad con esta regulación,

“Si el procedimiento tuviere por objeto un delito menos grave, la Fiscalía, con el asentimiento del Tribunal competente para la apertura del juicio oral, podrá prescindir del procedimiento, cuando la culpabilidad del autor debería contemplarse como insignificante y no existiera interés público en la persecución. No hará falta el asentimiento del Tribunal cuando se trate de un delito menos grave que no esté conminado con una pena elevada en su frontera mínima y en el que las consecuencias causadas sean insignificantes”.

De todos modos, incluso “si la acusación ya se ha formulado, en todo caso el Tribunal puede sobreseer el procedimiento en las circunstancias del apartado anterior, con el asentimiento de la Fiscalía y el inculpado” (§ 153.2 StPO).

Más relevante, si cabe, es el sobreseimiento condicionado del § 153 a StPO (*Einstellung mit Auflagen und Weisungen*). En los términos de la Ley procesal penal alemana,

“Con el asentimiento del Tribunal competente para la apertura del juicio oral y del inculpado, la Fiscalía puede prescindir provisionalmente, en un delito menos grave, de presentar la acusación y, a la vez, imponer a aquél obligaciones (o cargas, *Auflagen*) e instrucciones (o reglas de conducta, *Weisungen*), en la medida en que éstas sean adecuadas para eliminar el interés público en la persecución y la culpabilidad no se oponga a ello”. Las obligaciones e instrucciones deben entenderse, en puridad, además de cómo comprensivas de la reparación del daño, también como sanciones³⁰ (aportaciones o prestaciones a la víctima o a la

30 Cfr. *Hirsch*, Zur Behandlung der Bagatelldelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW 92 (1980), pp. 218 y ss., 225: “*Es handelt sich der Sache nach um gemilderte Formen strafrechtlicher Sanktionen*”. En el mismo sentido (sanciones penales atenuadas), *Moccia*, Politica criminale, p. 304.

colectividad, realización de determinadas actividades), aunque el tema sea objeto de discusión.

Resulta imposible minusvalorar el papel que ha pasado a desempeñar el sobreseimiento, y muy en particular el sobreseimiento condicionado, en la política criminal alemana en materia de delincuencia patrimonial leve³¹. Ahora bien, las obligaciones e instrucciones, impuestas como consecuencia de una negociación habida entre el imputado y el fiscal (con o incluso sin acuerdo del órgano sentenciador), no pueden considerarse prestaciones voluntarias, salvo en un sentido muy figurado. De modo que su utilización conduce necesariamente a plantearse si deben existir tales “*sanciones –penas– procesales*” y qué presupuestos y consecuencias han de tener éstas, en comparación con las sanciones criminales. Dado que, por lo demás, los presupuestos típicos de la imposición de las obligaciones e instrucciones, así como su contenido, aparecen descritos de modo muy genérico en la ley, no es exagerado afirmar que el fiscal, por esta vía, asume funciones prácticamente legislativas³².

Así las cosas, la fórmula del sobreseimiento tiene, sin duda, algunas ventajas. Por un lado, mantiene los hechos en el ámbito de la jurisdicción penal, descargando simultáneamente a ésta de todo el peso que conlleva el enjuiciamiento. De este modo, obtiene el efecto simbólico del proceso en sí, más el propio efecto expresivo de la *sanción procesal* correspondiente; pero, a la vez, resulta altamente eficiente al evitar el juicio y sus costes. Por otro lado, el sobreseimiento evita las consecuencias desocializadoras vinculadas a la pena criminal; con lo que, de hecho, se sitúa en un plano no muy diferente del de la *diversion*³³.

Ahora bien, resulta discutible si las ventajas reseñadas pueden prevalecer sobre las desventajas señaladas por la

31 Cfr. la descripción de v. *Friedrichs*, *Reaktionsformen*, pp. 36 y ss.

32 *Moccia*, *Política criminal*, pp. 305-306.

33 *Moccia*, *Política criminal*, p. 301, con referencias.

doctrina³⁴. Entre ellas, deben destacarse las siguientes. *Por un lado*, la vulneración de la legalidad penal, en la medida en que el contenido de las referidas sanciones procesales no se contempla en la ley³⁵. *Por otro lado*, la vulneración de la legalidad procesal, al existir un amplio espacio de arbitrio para la fiscalía acerca de si se inclina por el sobreseimiento o no³⁶. Además, la vulneración del principio de igualdad. Esta tiene varias dimensiones: de una parte, la desigualdad entre personas, en la medida en que sólo podrían beneficiarse del sobreseimiento quienes pudieran efectuar las prestaciones –básicamente económicas– requeridas por la fiscalía; de otra, la desigualdad en la práctica seguida en los diferentes territorios, en función de las directrices que transmitan los superiores jerárquicos de la fiscalía en cada uno de ellos³⁷. La ausencia de un real consentimiento del imputado y la consiguiente vulneración de la presunción de inocencia serían otros inconvenientes³⁸. Aunque ni siquiera aquí se agota la lista. Las últimas críticas aluden a una utilización demasiado generosa de la institución del sobreseimiento, que no se corresponde con su auténtica función³⁹. El modelo, por lo demás, sigue dando pie a variantes de signo diverso⁴⁰.

34 Cfr. especialmente la revisión reciente de *Saliger*, Grenzen der Opportunität: § 153a StPO und der Fall Kohl, GA 2005, pp. 155 y ss.

35 v. *Friedrichs*, Reaktionsformen, pp. 51 y ss., quien concluye, sin embargo, que no cabe estimar vulnerado el mandato de determinación.

36 Con detalle, *Hirsch*, ZStW 92 (1980), pp. 226 y ss.. Cfr. también *Moccia*, Politica criminale, pp. 306 y ss.

37 *Albrecht*, Entkriminalisierung als Gebot des Rechtsstaats, KritV 1996, p. 331; v. *Friedrichs*, Reaktionsformen, pp. 107 y ss.

38 Contra ello *Dreher*, FS f. Welzel, p. 938: “Die Auflagen sind auch keine Strafen”.

39 *Saliger*, GA 2005, pp. 171 y ss., 176. De hecho, ya se vienen dictando directrices por las Fiscalías de los Länder, con el fin de reducir, al menos, los sobreseimientos incondicionados: *Boers/ Nelles*, Hausverfügung in Sachsen-Anhalt, Neue Kriminalpolitik 4/ 1998, pp. 38 y ss.

40 Así, las propuestas que pretenden asignar a la policía la función punitiva esencial en estos casos. Por ejemplo, las de quienes sugieren que la policía imponga un *Strafgeld* (una especie de pseudo multa penal) sobre ellas,

3.2. Las vías del Derecho penal sustantivo

En comparación con los modelos del sobreseimiento, las soluciones de Derecho penal material ofrecen la ventaja del control judicial directo aunque, también, el inconveniente de los costes del enjuiciamiento. Estas propuestas de Derecho penal sustantivo pueden clasificarse en tres subgrupos: a) las que pretenden excluir el carácter penalmente antijurídico de los delitos patrimoniales de bagatela; b) las que pretenden someterlos a un proceso y a una sanción especial; y c) las que simplemente pretenden someter al sujeto a un juicio de culpabilidad y, en su caso, de condena, renunciándose a la imposición de esta última.

a) Una tesis relativamente difundida en la doctrina fue la que propugnaba la introducción de un precepto en la Parte General del Código, que excluyera la aplicación del tipo en casos de injusto o culpabilidad insignificante. En la base de esta propuesta de una “cláusula general de insignificancia” se halla la idea de que el Derecho penal sustantivo tiene que fijar de modo general las excepciones abstractas a la prohibición bajo pena, mientras que las soluciones procesales que relativizan la legalidad procesal deben servir únicamente a la justicia en el tratamiento del caso concreto⁴¹. Una variante de este modelo la constituyen las

Schaefer, Sanktionsbefugnisse für die Polizei, NJW 1999, pp. 543 y ss; *Landau/ Fünfsinn*, Polizeiliches Strafgeld als Reaktion auf den Ladendiebstahl, ZRP 2000, pp. 5 y ss. O las de quienes proponen que sea la propia policía la que ofrezca el sobreseimiento al denunciado, conforme al § 153a StPO: *Springer/ Fischer*, Verbesserte Verfolgung des Ladendiebstahls, ZRP 2001, pp. 241 y ss. De signo distinto era la de *Ostendorf*, Präventionsmodell “Ladendiebstahl”: Doppelter Wertersatz, ZRP 1995, pp. 18 y ss., 23 y ss. Esta pretendía sencillamente añadir un apartado tercero al § 153 StPO, indicando que el interés social en la persecución del hurto común debe negarse por regla general cuando el imputado abona voluntariamente un resarcimiento en forma del duplo del valor de la cosa, al menos 50 DM

41 *Hamm*, Leitlinien für „Bagatelldiebstahlsachen“, KritV 1996, pp. 326, 327, 329. Asimismo, *Albrecht*, KritV 1996, pp. 331-332, 336 y ss. Esto es lo que, a su juicio, no sucedería ahora, con un Derecho penal omnicompreensivo, por un lado, y la amplia limitación del principio de legalidad procesal, por el otro.

propuestas de introducción de un tipo de hurto insignificante en la Parte Especial, que quedaría fuera del Derecho penal criminal. En fin, en esta misma línea se hallan las posturas de quienes proponen el recurso al principio de insignificancia como criterio de interpretación (en su caso, incluso de reducción teleológica) de los tipos.

b) Otro grupo de posturas que ha gozado de importantes partidarios ha sido el que propugna crear, para los casos de bagatela, una categoría propia de infracción penal, configurada como tal en la Parte General y que disponga de un marco procesal simplificado. Todo ello, de carácter no estigmatizante⁴². A este respecto, ya en los años setenta, *Naucke*⁴³ proponía clarificar los presupuestos de los §§ 153 y 153 a StPO y reconducirlos a la Parte General del Código penal, uniendo a ello la previsión de un procedimiento penal simplificado. *Hirsch*, por su parte, sostenía que lo adecuado a la criminalidad de bagatela sería un procedimiento judicial simplificado con respecto al proceso criminal y una sanción distinta de la pena criminal⁴⁴. Así, se inclinaba por la introducción de una nueva categoría de infracciones —penales, pero no criminales— (las denominadas *Verfehlungen*) que habrían de ser enjuiciadas por jueces especiales (jueces de paz profesionales), y que darían lugar a un amplio arsenal de sanciones, en todo caso sin privación de libertad. Esta categoría de infracciones, que no pueden dejar de recordar a las “faltas” del Código penal español, y su tratamiento jurídico-penal vendrían a situarse entre el proceso ordinario por delitos y el sobreseimiento incondicionado. Expresado de otro modo, en cierta medida habrían de pasar a ocupar el lugar del sobreseimiento condicionado, pero con garantías de legalidad material y judicialidad que están ausentes en aquél. En esa línea, con variantes de poca relevancia, se sitúa, a mi juicio, también la

42 *Moccia*, *Politica criminale*, pp. 311, 342.

43 Gutachten, pp. 114 y ss, 121. Ya antes, *Naucke*, *Der Begriff der „geringen Schuld“ (§153 StPO) im Straftatsystem*, Festschrift für R. Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1972, pp. 197 y ss.

44 *Hirsch*, *ZStW* 92 (1980), pp. 245 y ss.

propuesta de *Lampe*⁴⁵, relativa a la regulación de un procedimiento para las infracciones penales leves (*Verfehlungen*), pero en la que, en realidad, lo pretendido era que quedaran claramente fijados los presupuestos materiales del sobreseimiento y las “sanciones alternativas” vinculadas a la decisión de sobreseer.

c) Un último bloque de propuestas sostiene que, aunque en los casos de enjuiciamiento de la delincuencia patrimonial leve tuviera lugar la emisión del juicio de culpabilidad, debería prescindirse de la pena. Por un lado, mediante el recurso a la institución de la renuncia a la pena (*Absehen von Strafe*). Este es el caso del Proyecto Alternativo de Reparación⁴⁶, que en caso de compensación del daño causado por el autor a la víctima (*Täter-Opfer-Ausgleich*) permitiría prescindir de la pena, salvo que ésta fuera imprescindible para incidir sobre el autor o sobre la generalidad. En el Derecho austríaco también existe una modalidad de renuncia a la pena por “*mangelnde Strafwürdigkeit der Tat*” (§ 42 öStGB), cuando el hecho no ha tenido consecuencias o éstas no han sido muy significativas, y el sujeto las ha compensado o se ha esforzado por hacerlo, la culpabilidad es leve y no hay razones de prevención general o especial que hagan necesario el castigo.

Por otro lado, mediante el recurso a la suspensión condicional de la pena (amonestación con reserva de pena, *Verwarnung mit Strafvorbehalt*—§ 59 StGB—). En esta línea se ha pronunciado por ejemplo *Albrecht*, proponiendo su cambio de denominación: condena con reserva de pena. En concreto, para el ámbito del hurto en grandes almacenes este autor propone que se renuncie a la pena (no queda claro si en abstracto —renuncia al Derecho

45 *Lampe*, Ein neues Konzept für die Kleinkriminalität: Das Verfehlungsverfahren zwischen Bußgeld- und Strafverfahren, en *Lampe* (Hrsg.), Deutsche Wiedervereinigung, I, pp. 64 y ss. *Lampe* (p. 80 y ss.) pretende que al sujeto se le impongan sanciones que estigmaticen el hecho, pero no al autor. Dichas sanciones serían las que impondría la fiscalía en el procedimiento para el sobreseimiento: prestaciones a favor de la víctima o de la generalidad. En el ámbito de los delitos contra la propiedad, se inclinaba por establecer la frontera del sobreseimiento en los 500 DM.

46 *Alternativ Entwurf-Wiedergutmachung*, München 1992.

penal— o en concreto —renuncia a la imposición de la pena en el caso—) recurriendo a la vía civil con imposición de la sanción civil de pago del doble del precio de la cosa (lo que presenta como abono de los costes de prevención del comerciante e incluso como cláusula penal del contrato)⁴⁷.

4. ¿EXISTE MERECIMIENTO DE PENA EN LA DELINCUENCIA PATRIMONIAL LEVE?

Como se ha podido observar, el examen de las diferentes posturas doctrinales en relación con la respuesta a la delincuencia patrimonial leve pone de relieve la existencia de un espacio de acuerdo definido por los dos ejes siguientes: por un lado, que no debe renunciarse a la intervención del Derecho penal en este ámbito; por otro lado, que, sin embargo, no resulta adecuada la imposición —o, al menos, la ejecución— de penas criminales sobre sus autores.

Es, pues, el momento de replantear las que son, a mi juicio, preguntas fundamentales sobre esta forma de delincuencia. La primera, si merece la imposición de una pena. La segunda, si, admitido lo anterior, merecería una pena privativa de libertad. Y la tercera, en todo caso, cuál debería ser la reacción jurídica a la delincuencia patrimonial leve reiterada. En éste y en el próximo apartado se trata de proponer respuestas a las tres cuestiones.

Como se ha indicado ya antes, en la medida en que afecta a la propiedad y, con ello, a uno de los elementos del núcleo de la identidad normativa de nuestra sociedad, la delincuencia patrimonial leve no debe quedar al margen del Derecho penal. Pues es a éste a quien corresponde precisamente la reafirmación de la referida identidad normativa en su aspecto nuclear. Por tanto, si con la expresión “ilícito de bagatela” se pretendiera significar que

47 *Albrecht*, KritV 1996, pp. 332, 336.

un determinado hecho antijurídico ha de quedar fuera del alcance del Derecho penal, habría que concluir que la delincuencia patrimonial leve no constituye tal “ilícito de bagatela”. En este punto, puede compartirse la argumentación de *Jakobs*⁴⁸. Si se entiende que un criterio para la caracterización de una conducta como de bagatela es su proximidad a lo socialmente adecuado⁴⁹ debe indicarse que las normas que protegen la propiedad son básicas en nuestra sociedad, de modo que no puede afirmarse en ningún caso que un hurto sea próximo a lo socialmente adecuado. En concreto: “La infracción de una norma que pertenece al núcleo de la sociedad lesiona algo grande, aunque el botín sea pequeño”. Aunque es cierto que existe una zona gris entre el comportamiento adecuado a la norma y el contrario a ella, esa zona es muy estrecha en las normas que pertenecen al núcleo. De modo que la *dañosidad ideal* del hecho (su carácter vulneratorio con respecto a una norma central del sistema social) constituiría un argumento contrario a cualquier eventual despenalización.

También se indicó al inicio que la delincuencia patrimonial leve constituye un fenómeno masivo. En esa medida, aun cuando cada hecho, aisladamente considerado, tenga una lesividad material escasa, todos ellos se integran en un fenómeno que produce un *daño intelectual (psico-social)* importante; esto es, genera una gran inseguridad. A este respecto, de nuevo es de resaltar la aportación argumental de *Jakobs*. Si un segundo criterio determinante del carácter bagatelario de una conducta es la ausencia de un riesgo social de emulación⁵⁰, entonces la delincuencia patrimonial leve tampoco puede caracterizarse como tal.

Como se observa, los argumentos esenciales de este planteamiento son la afectación de una norma central así como el riesgo de generalización. Frente a ellos, la lesividad material limitada de cada hecho aisladamente considerado desempeña

48 *Jakobs*, Der Kern der Gesellschaft ist getroffen, KritV 1996, pp. 320 y ss.

49 *Jakobs*, KritV 1996, p. 321: “Bagatell kraft Nähe zum Sozialadäquaten”.

50 *Jakobs*, KritV 1996, p. 321: “Bagatell kraft Ferne zur Gesellschaft”.

un papel secundario. De hecho, a este respecto el propio *Jakobs* admite que lo lesivo en estos casos no tiene que ver con el importe de lo apropiado, sino con la “generalizabilidad”⁵¹ o el efecto sumativo. Con ello, su planteamiento acoge también aquí la tesis de la acumulación, que resulta sumamente problemática en términos de culpabilidad⁵².

No cabe desconocer la importancia de los dos argumentos referidos, que sin duda influyen en lo que cabría denominar “merecimiento social” de pena o, en otros términos, necesidad de pena en términos de prevención general positiva (ya en su dimensión psico-social, ya en su dimensión más ideal). Ahora bien, junto a ellos tampoco puede ignorarse el “merecimiento propio” de pena que muestra cada hecho delictivo patrimonial leve. Expresado en términos clásicos: es cierto que una apropiación de escasa entidad pone en cuestión la vigencia de la norma que protege el derecho de propiedad; pero también que el bien jurídico propiedad resulta lesionado en escasa medida. Aquí puede advertirse, además, cómo la noción de protección del bien jurídico, por su mayor flexibilidad y graduabilidad con respecto a la de protección de la vigencia de la norma, puede ofrecer algunas ventajas tanto en el plano dogmático como en el político-criminal⁵³.

La conclusión de lo anterior no puede ser otra que la siguiente. Dada la dimensión ideal y social de la delincuencia patrimonial leve, resultaría aventurado prescindir del Derecho

51 *Jakobs*, KritV 1996, p. 323: “*Cualquier niño aprende que la relativa falta de lesividad de un comportamiento individual no convierte a éste de por sí en permitido, en concreto no lo hace cuando, si lo realizara todo el mundo, el daño sería insoportable*”. Remitiendo, por lo demás, a lo que subraya cualquier tratado de ética y el propio imperativo categórico de Kant: obra de modo que la máxima de tu conducta pueda convertirse en norma de conducta universal.

52 En términos críticos, *Hamm*, KritV 1996, pp. 325 y ss., 325-326, aludiendo a que ello podría plantearse también para ciertos casos graves de incumplimiento contractual.

53 Aunque ciertamente tampoco pueda frenar los procesos contemporáneos de criminalización.

penal a la hora de reaccionar contra ella⁵⁴. Dicha reacción penal, sin embargo, debería discurrir por vías que, sin infligir un daño material desproporcionado a la levedad del daño material causado por un hurto leve, estuvieran en condiciones de restablecer la dimensión intelectual afectada por aquél⁵⁵. En concreto, parece posible concluir que los delitos patrimoniales leves no merecen la imposición efectiva de penas privativas de libertad. Por el contrario, habría que recurrir a reacciones básicamente simbólicas, cuyo eje fuera la declaración de culpabilidad y la reparación. La vía que se propone y que, según entiendo, refleja además lo sustancial del consenso existente en este punto, es, pues, justo la contraria a la propuesta por los partidarios de responder a los hurtos leves con sanciones administrativas, cuya virtualidad es muy superior en el plano material que en plano simbólico o expresivo.

5. EXCURSO: ELEMENTOS DE CORRESPONSABILIDAD SOCIAL

Un argumento adicional en contra de la imposición de penas privativas de libertad en los casos de delincuencia patrimonial leve deriva de la apreciación de ciertos factores que pondrían de relieve la existencia de una corresponsabilidad social en el delito. Al respecto se examinan dos niveles de la referida corresponsabilidad: uno específico, relativo al hurto en grandes almacenes y establecimientos de autoservicio; otro, genérico, que se refiere a la influencia de la estructura social⁵⁶.

⁵⁴ Dreher, FS f. Welzel, p. 921.

⁵⁵ Cfr. Lampe, Ein neues Konzept, pp. 55 y ss., 58 y ss., concluyendo que *“el legislador no puede prescindir de calificar como criminales el robar y el estafar, pero sí puede prescindir de sancionarlos con pena criminal”* (p. 62).

⁵⁶ Cfr. Seelmann, Kollektive Verantwortung im Strafrecht, Berlin 2002, pp. 17 y ss., 19 y ss.

5.1. Delitos patrimoniales leves en grandes almacenes y establecimientos de autoservicio

Buena parte de los delitos patrimoniales leves tienen lugar en el ámbito de grandes almacenes u otros establecimientos de autoservicio. En estos supuestos se añaden, a todo lo anterior, algunas peculiaridades que conviene reseñar. Así, *por un lado*, resulta que el sujeto pasivo es una “empresa” y, por ello, en cierto modo un sujeto anónimo, lo que establece una diferencia con respecto a los casos de sujeto pasivo individual⁵⁷. *Por otro lado*, la estructura de “autoservicio” introduce también algunos elementos significativos desde la perspectiva político-criminal⁵⁸. En particular, resulta relevante la alusión, relativamente generalizada en la doctrina, a que tal método de venta, en la medida en que implica un déficit de medidas de control⁵⁹, es criminógeno. Desde esta perspectiva, el carácter masivo⁶⁰ alcanzado por el delito de hurto en grandes almacenes no se debería a un cambio de actitud social ante el bien jurídico propiedad, sino a un cambio en el modo de proceder de la víctima que, con dichas técnicas de venta y de

57 Ya antes se ha aludido, además, a que estas empresas repercuten los costes derivados de la delincuencia patrimonial (y de su prevención) sobre el precio de los productos.

58 También en la dimensión dogmática, fundamentalmente en lo que se refiere a la consumación del hecho, pero sobre ello no nos extenderemos. Cfr. *Hamm*, KritV 1996, pp. 325 y ss., 328; *Kahlo*, Determinación conceptual del Derecho e interpretación sincrética en las relaciones de pertenencia propias del hurto (trad. Silva Sánchez), en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.)/ Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. esp.), La insostenible situación del Derecho penal, Granada 1999, pp. 129 y ss., 131.

59 *Schoreit*, Der in Zusammenhang mit dem Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches vorgelegte Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl (AE-GLD) im Lichte der Kriminalstatistik 1974 und moderner Opferforschung, JZ 1976, pp. 50 y ss. Sobre ello, también, *Arzt*, Offener oder versteckter Rückzug des Strafrechts vom Kampf gegen Ladendiebstahl, JZ 1976, pp. 54 y ss.

60 Según datos del año 2000, el sector de la distribución sufría en España pérdidas anuales de casi 1.000 millones de euros como consecuencia de hurtos producidos en sus establecimientos. Aunque, obviamente, este coste acaba repercutiéndose sobre los clientes en forma de incremento de precio.

ahorro de personal⁶¹, habría producido, entre otros efectos, una relativización del significado de la posesión⁶².

Para un sector doctrinal relevante, de este dato victimo-lógico habría que derivar una serie de consecuencias victimodogmáticas. *Por un lado*, que las víctimas habrían de neutralizar su propia contribución incentivadora de la comisión de delitos, adoptando medidas técnicas para reducir su incidencia (control técnico y personal, exclusión de determinados objetos del auto-servicio, exclusión de determinados grupos de personas del gran almacén, etc.)⁶³. En el caso de que no las adoptaran podría llegar a ser procedente su sanción administrativa o incluso penal⁶⁴. *Por otro lado*, que el hurto en grandes almacenes habría de recibir una atenuación con respecto al hurto común, en virtud de la corresponsabilidad de la víctima con respecto al daño patrimonial sufrido. Así, la utilización de técnicas de venta que disminuyen la inhibición frente al delito, en especial de los más jóvenes, debería tenerse en cuenta para atenuar la culpabilidad de éstos. Algún autor llegó incluso a manifestar sus dudas acerca de que pudiera hablarse de hurto en sentido estricto en los casos de apoderamiento de bienes en establecimientos de autoservicio, puesto que el concepto de hurto se elaboró cuando éstos no existían⁶⁵. Otros, por su parte, apuntaban que no puede hablarse en estos casos de una agresión a la propiedad como núcleo del injusto, sino tan sólo de un “abuso” de la forma de compra “autoservicio”⁶⁶.

61 Esas técnicas tratan de favorecer la denominada „compra por impulso“.

62 P.A. Albrecht, KritV 1996, pp. 330 y ss., 336.

63 Arzt, Entkriminalisierung des Ladendiebstahls – Zum Vorschlag des Entwurfs eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl (AE), en Schoreit (Hrsg.), Problem Ladendiebstahl, Heidelberg 1979, pp. 9 y ss., 16.

64 Schoreit, JZ 1976, p. 53.

65 Hulsman, Die Behandlung der Bagatelldelinquenz in den Niederlanden, ZStW 92 (1980), pp. 568 y ss., 587-588.

66 Vogler, Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung, ZStW 90 (1978), pp. 128 y ss., 160; *El mismo*, Mißbrauch der Verkaufsform “Selbstbedienung”. Zum “Diebstahl” im Selbstbedienungsladen, en Schoreit (Hrsg.), Problem Ladendiebstahl, Heidelberg 1979, pp. 109 y ss. De hecho, en lengua inglesa el

La posibilidad de una atenuación de la responsabilidad en tales casos ha sido rebatida radicalmente por *Jakobs*. A su juicio, la respuesta que deba darse a esta cuestión depende del concepto que nuestro modelo social tenga de la técnica del autoservicio. Si ésta se concibiera como una institución que sólo beneficia a los comerciantes y a un pequeño sector de sujetos, del que podría prescindirse sin daño a la generalidad, entonces sí sería sostenible la atenuación del sujeto activo por la “tentación” sufrida. Expresado de otro modo, el conflicto correría, al menos parcialmente, de cuenta del comerciante. Si, por el contrario, el autoservicio se concibe —y así lo hace, a su entender, nuestro modelo social— como una institución imprescindible y al servicio de todos, entonces es al particular cliente al que le corresponde sustraerse a la “tentación”, como debe sustraerse un individuo a otras múltiples tentaciones en la vida social. Dicho de otro modo, el conflicto correría de cuenta del cliente. En suma, la exigencia de medios de autoprotección en el ámbito del comercio de autoservicio no podría sustituir la garantía jurídica (y jurídico-penal) de la propiedad. Sobre todo, cuando además no se pretende atribuir a los comerciantes las prerrogativas de la policía⁶⁷.

La perspectiva que introduce *Jakobs* en el análisis del problema resulta de suma importancia, siendo además susceptible de generalización. En efecto, como puede advertirse, traslada el análisis de la relevancia de una determinada conducta de provocación llevada a cabo por la víctima de un determinado hecho delictivo desde el plano de lo causal-naturalístico al ámbito de lo estrictamente jurídico: el de aquello que se tiene derecho a hacer o no y el de las razones por las que se ha conferido dicho derecho. A mi juicio, éste es el punto de vista correcto. Así, lo decisivo no es que una conducta de la víctima haya efectivamente “tentado” en términos naturalísticos al autor, provocado la conducta de éste,

hurto en grandes almacenes se designa con una expresión (*shoplifting*) distinta del hurto (*theft*). Cfr., por todos, *Lacey/ Wells*, *Reconstructing Criminal Law*, London etc. 1998, pp. 231 y ss.

67 *Jakobs*, *KritV* 1996, pp. 322-323.

sino si la víctima tenía un derecho absoluto a realizarla, o más bien ello estaba sujeto a una especie de “permiso condicionado”.

La oposición a la atenuación por razones victimodogmáticas no excluye la consideración de otros factores relevantes que aquí se dan. En particular, que la delincuencia en grandes almacenes apenas repercute en la sensación social de inseguridad. Y que, también por ello, la intervención del Derecho penal en este sector (como prevención terciaria) ha de compatibilizarse con la intensificación de la prevención primaria (educación en los valores) y la secundaria (fáctica, eliminación de situaciones que faciliten el delito, mecanismos de seguridad)⁶⁸. Así pues, las consideraciones efectuadas siguen abonando una solución penal simbólica como la más adecuada en la respuesta a la delincuencia patrimonial leve.

5.2. La corresponsabilidad social general

Como ha indicado de modo muy preciso *Schulz*, la responsabilidad individual es una de las ideas clave de nuestro tiempo. Ello tiene su repercusión en Derecho penal, donde, entre otros, el *topos* “protección de la víctima” conduce a ver al autor de modo creciente como “agente” y no como “producto de estructuras” respecto de las que nada puede⁶⁹. Pues bien, no cabe negar lo que de positivo hay en la clara recuperación de la idea de responsabilidad individual, única compatible con la consideración del individuo como sujeto libre (persona) y no como un objeto. Pero tampoco conviene dejar de lado el hecho de que no se es persona sin referencia a la comunidad y, por eso mismo, a la solidaridad⁷⁰. Esta

68 *Albrecht*, KritV 1996, p. 336, sitúa a éstas en el primer lugar.

69 *Schulz*, Strukturen von Verantwortung in Recht und Moral, en *Schulz* (Hrsg.), Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung, ARSP Beiheft 75, Stuttgart 2000, pp. 175 y ss., 177.

70 *Kunz*, Liberalismus und Kommunitarismus in Straftheorie und Kriminalpolitik, en *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift*

visión resulta, por lo demás, obligada en un ámbito como el de la delincuencia patrimonial leve, en el que la decisión delictiva se ve afectada por la configuración de las estructuras sociales. En efecto, en una sociedad en la que crecen la marginalidad y la precariedad, la apelación exclusiva a la autorresponsabilidad del delincuente patrimonial leve tiene algo de cínico⁷¹. Como ha indicado *Kleszczewski*, los delincuentes que, aunque tomándose la justicia por su mano, “reclaman la participación en el bienestar general ejecutan algo a lo que la generalidad constituida está obligada según sus propios principios. Desde este punto de vista, el hecho aparece precisamente como una actuación de la voluntad general, para resolver esta contradicción consigo misma. De ello resulta que la criminalidad ya no es aquí sólo una obra con la que haya de pechar la voluntad especial del agente, sino que se convierte, desde esta vertiente, en un fenómeno que genera responsabilidad social. A la vista de ello, debe relativizarse el principio retributivo de modo que la atribución de una única culpabilidad se supere en el marco de una corresponsabilidad del conjunto de la sociedad. Esto implica una cierta contención de la potestad sancionadora, que por un lado se corresponde con un deber de tolerancia de la generalidad en cuanto a los riesgos de la reinserción de los penados y, por otro lado, con un deber general de ayuda, de apoyarlos en su resocialización. La contención de la potestad sancionadora se manifiesta permanentemente en la renuncia a la disminución del honor que se vincula con la caracterización del condenado como único culpable”⁷².

En resumen, las consideraciones relativas a la influencia de determinadas estructuras sociales sobre el hecho delictivo

für G. Kaiser zum 70 Geburtstag, Berlin 1998, tomo I, pp. 859 y ss., 867 y ss.

71 Kunz, FS f. Kaiser, I, p. 871.

72 *Kleszczewski*, Auswirkungen von Umbruch und Krise einer Bürger-Gesellschaft auf das Strafrecht -eine Hegelianische Perspektive, en ARSP Beiheft 71 (Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik in Zeiten des Umbruchs), 1997, pp. 140 y ss., 152.

reafirman la idea de que la respuesta penal a la delincuencia patrimonial leve ha de ser de naturaleza simbólica-expresiva y no directamente aflictiva.

7. ¿Y QUÉ HACER CON LA DELINCUENCIA PATRIMONIAL LEVE REITERADA?

Con todo, no cabe ignorar el problema relativo a la limitada capacidad de tales respuestas simbólicas para hacer frente a una repetida defraudación cognitiva de las normas de protección de la propiedad. Expresado de otro modo, para hacer frente a los casos de reiteración en la comisión de delitos patrimoniales leves. Este es quizá el problema de más difícil solución de todos los que se refieren a la delincuencia patrimonial leve. Pues en él parece advertirse una cesura irremediable entre las consideraciones de proporcionalidad y las que parten de los niveles de necesidad social de sanción.

De hecho, es significativo que prácticamente todos los modelos reseñados a lo largo de este texto, tanto los proclives a la despenalización como los partidarios de una respuesta a la delincuencia patrimonial leve en el ámbito del Derecho penal, hayan establecido una excepción para el caso de la reiteración. Así, por ejemplo, el propio Proyecto Alternativo sobre el hurto en grandes almacenes preveía que, en el caso de cometerse dos hechos en el plazo de dos años, el tercero ya se sancionara penalmente⁷³, y en concreto con la pena del delito de hurto, a cuyo efecto se proponía la creación de un registro central de ilícitos patrimoniales cometidos en grandes almacenes. Por su parte, *Geerds*, partidario de la solución procesal del sobreseimiento, también ponía de relieve que uno de los problemas prácticos de cualquier regulación en este sentido habría de ser el de lograr

73 Cfr. críticamente *Moccia*, *Politica criminale*, pp. 277-278.

aprehender a los reincidentes, a quienes, a su juicio, habría que aplicar una reacción penal intensificada (privación de libertad o una forma intensiva de tratamiento en libertad)⁷⁴. En fin, por poner sólo un ejemplo más, la propuesta de *Lampe*⁷⁵ de creación de una categoría especial de infracciones, con procedimiento y sanción no estigmatizantes, también comprendía la incorporación de la sanción a un registro con el fin de hacer frente a la criminalidad reiterada. En el caso de que en el plazo de dos años se hubieran registrado dos casos, a la tercera ya no se podría recurrir a este procedimiento especial, sino al común de los delitos. En el caso que aquí interesa, ello implicaría la aplicación del marco penal del delito de hurto (§ 242 StGB), cuyo máximo se cifra en la prisión de hasta cinco años.

Algo parecido parece haber pensado últimamente el legislador español⁷⁶, al establecer, en el párrafo segundo del art. 234 CP, que se castigará con la pena del delito de hurto (prisión de seis a dieciocho meses) a quien “en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el art. 623.1 de este Código⁷⁷, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito”, esto es, sume más de 400 euros. Esta reforma ha sido descalificada por la doctrina mayoritaria⁷⁸, que advierte en ella una expresión de “Derecho penal de autor”, que en este caso resultaría criminalizadora de la pobreza⁷⁹.

74 *Geerds*, Ladendiebstahl. Gegenwärtige Situation und mögliche Konsequenzen für Rechtsanwendung und Gesetzgebung, Festschrift für E. Dreher zum 70. Geburtstag, Berlin 1977, pp. 533 y ss., 551-552.

75 *Lampe*, Ein neues Konzept, pp. 91-92.

76 L.O. 11/ 2003, de 29 de septiembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

77 Esto es, un hurto en cuantía inferior a 400 euros.

78 Cfr., por todos, *Muñoz Conde*, Derecho penal P.E., 15ª edic., Valencia 2004, pp. 382-383.

79 Se añade también que la regulación no puede ser interpretada como una modalidad de delito continuado, pues no se exige la concurrencia de los requisitos del art. 74 CP. Y que, además, por ser de difícil prueba (pues las infracciones

Lo cierto es que el art. 234, párrafo segundo, CP no puede ser entendido como expresión de una medida de seguridad de contenido inocuizador bajo apariencia de pena. Por un lado, porque una reacción pretendidamente asegurativa de tan escasa duración —entre seis y dieciocho meses— no puede cumplir dicha función realmente inocuizadora, sino que ha de conformarse con otra sencillamente retardataria del problema. Pero es que, por otro lado, una reacción de más duración carecería de toda legitimación, no ya sólo desde la perspectiva de la proporcionalidad con el hecho, sino también desde la propia de la proporcionalidad con la peligrosidad. Pues es cierto que quien comete probadamente cuatro faltas de hurto en el plazo de un año muestra seguramente peligrosidad. Pero también que el objeto de tal peligrosidad (nuevas faltas de hurto) es tan leve que parecería razonable que el coste del riesgo de reiteración fuera entonces asumido por el conjunto de la sociedad y afrontado de otro modo. Sobre todo cuando, como más arriba se indicó, la probabilidad de que en estas conductas hayan influido factores derivados de la estructura social es bastante elevada.

Claro está que existe otra perspectiva desde la que observar la nueva regulación: la propia de la prevención general intimidatoria. Ahora bien, incluso desde este punto de vista los efectos del párrafo segundo del art. 234 CP son dudosos. En efecto, al sujeto a quien se le aplique por primera vez la regla de la reiteración, salvo que se trate de un extranjero no residente legalmente en España, podrá suspendérsele condicionalmente la pena que se le imponga, con lo que no ingresará en prisión. Para que el ingreso tenga lugar será necesario que la regla de la “cuarta falta” se aplique por segunda vez, después de una primera condena firme en la que dicha regla haya sido ya aplicada. Es decir, que, acreditada la comisión de cuatro faltas de hurto en el plazo de un año —que no hayan prescrito, ni tampoco hayan sido sancionadas por separado—, el sujeto sea condenado y que, luego,

individuales no pueden haber sido condenadas), resulta de discutible utilidad práctica.

vuelva a acreditarse la comisión de cuatro faltas en el período de un año —en las mismas condiciones— y tenga lugar una segunda condena. Teniendo en cuenta los bajos coeficientes en cuanto a la probabilidad de descubrimiento, así como el hecho de que la prisión aparecerá como un horizonte relativamente lejano para quien cometa las primeras faltas, no es previsible que el modelo redunde de modo inmediato en un incremento de la disuasión con respecto a estas conductas. Sólo tras una primera fase, en la que se hubiera aplicado masivamente el art. 234, párrafo segundo, podría empezar a valorarse la posibilidad de tal efecto intimidatorio sobre quienes toman la decisión de cometer nuevas faltas. Pero ello parece demasiado lejano como para poder ser considerado seriamente. En tales condiciones, la eficacia intimidatoria más relevante podría derivar de la posibilidad de que, en el marco del procedimiento en que se enjuician las “cuatro faltas” por primera vez, se acuerde la prisión provisional conforme a lo dispuesto en el art. 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es cierto que la finalidad del precepto es evitar el “riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos”. Como asimismo que su imposición no se ve condicionada por la gravedad de la pena que pueda imponerse cuando “de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones” pueda inferirse racionalmente que el imputado “realiza sus actividades delictivas con habitualidad”. Sin embargo, resulta difícil admitir que quepa acordar la prisión provisional en casos de reiteración de infracciones patrimoniales leves. Pues el propio art. 503.2 LECrim requiere que se tengan en cuenta las circunstancias del hecho, así como “la gravedad de los delitos que se pudieran cometer”. Lo que, a mi juicio, debería ser suficiente para excluir su aplicación en los casos en que el riesgo es de reiteración de faltas de hurto.

Así las cosas, el modelo de regulación que subyace al art. 234, párrafo segundo, CP es, probablemente, uno inspirado por la prevención general positiva, tanto en su dimensión ideal como en la psico-social. Con independencia de los más que dudosos efectos de prevención especial y de prevención de intimidación,

se trata en él, en primer lugar, de reforzar la dimensión expresiva de la reacción penal, que es obviamente superior en el caso de los procedimientos por delito que en los procedimientos por falta. Que la comisión de cuatro faltas de hurto probadas en el plazo de un año dé lugar, en los términos descritos, a un procedimiento por delito seguido de la imposición de una pena susceptible de ser suspendida si se repara el daño causado constituye, a mi juicio, una reacción simbólica adecuada en los términos que se han ido exponiendo. El problema surge cuando, tras esa primera condena, vuelve a darse el presupuesto del art. 234, párrafo segundo, CP. Creo que, en tal caso, la efectiva imposición de una pena corta de prisión comporta la inevitable integración de la dimensión expresiva expuesta con elementos fácticos que contribuyan a reducir la sensación social de inseguridad, así como la desconfianza frente a los poderes públicos, que se incrementan inevitablemente ante la constatación de la doble reiteración delictiva.

Para muchos –incluido quien esto escribe–, la respuesta no será ciertamente satisfactoria del todo. Pero tampoco parece que lo vaya a ser ninguna de sus alternativas, propuestas o pendientes de serlo. Así las cosas, el art. 234, párrafo segundo, CP debería interpretarse a la luz de la regla del delito o falta continuados (art. 74 CP) y aplicarse si se dan los presupuestos de ésta. La pena resultante daría cuenta de que, en estos casos, tanto el daño material como el daño intelectual (ideal y psico-social) derivados de la conducta del agente han acabado haciendo ineludible la imposición efectiva de la sanción. Cumplida ésta, los costes del nuevo riesgo de reiteración caerán del lado de la sociedad hasta que, otra vez, se den los presupuestos de aplicación de la regla de la “cuarta falta”.