

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Consulta 6/1988, de 9 de diciembre, sobre la penalidad en los delitos continuados de contenido patrimonial.

Referencia: FIS-Q-1988-00006

I

El tema sometido a Consulta se centra en la posibilidad de que concurriendo los presupuestos del artículo 69 bis del Código Penal, se conviertan, en su caso, en delito continuado las infracciones múltiples contra el patrimonio que no rebasen la cifra de 30.000 pesetas consideradas aisladamente, pero que, en su conjunto, exceden de ese tope.

Lo cuestionado no ha ofrecido dudas para la mayor parte de los componentes de la Junta de Fiscalía, que se pronunciaron en sentido afirmativo. Mas aprovechando la ocasión se hacen consideraciones sobre aspectos concretos, como la penalidad del delito continuado patrimonial de tan reciente regulación legal en nuestro ordenamiento.

II

Ordenamos el contenido de la Consulta en los siguientes términos:

1. En la jurisprudencia anterior a la reforma de 25 de junio de 1983 como el delito continuado se configuraba a modo de ficción dogmática que tendía a beneficiar al reo, si la aplicación de la continuidad empeoraba su condición, el paso de las diversas faltas a un solo delito no se producía, con lo que eran posibles graves defraudaciones sin apenas penalidad con solo procurar el autor no rebasar en cada momento ejecutivo el límite de las faltas. Se excluía la continuidad además siempre que se probara dónde, cómo y cuándo se perpetraron cada una de las múltiples infracciones, y si tal prueba no era posible, la aplicabilidad de la ficción dependía de si resultaba favorable al infractor. Así, en los frecuentes supuestos actuales en los que se identifican, separadas, conductas delictivas (lugar, momento, cuantía y perjudicados) era impensable la ficción continuista.

El artículo 69 bis, en lo referente a infracciones patrimoniales, modifica, sin duda, la anterior doctrina, pues en tales casos se «impondrá la pena atendiendo al perjuicio total causado».

2. Mas, a pesar de que se acepta, en contra de la conversión de la pluralidad de faltas no excedentes de 30.000 pesetas en delito, pueden aducirse algunas razones.

a) Unas se fundan en la equidad. Tradicionalmente la conversión de una falta patrimonial en delito sólo era dable para la plurirreincidencia; pero derogada tal regla (la del anterior art 515.4 del Código Penal) en beneficio del reo, sorprende que ahora se llegue a peor conclusión. En efecto, la estructura básica de la conducta de quien realiza, por ejemplo, cuatro faltas continuas contra la propiedad, que sumadas exceden de 30.000 pesetas, parece bastante menos grave que la contumacia del multirreincidente, quien incurría en una primera falta, ésta purgada, en una segunda, y, penalizada la misma, en una tercera, que ya era delito. El que «de golpe» se conviertan ahora en delito faltas tan continuas en tiempo y en espacio sin la experiencia carcelaria reinsertante que la Constitución establece, no parece equitativo.

b) Otras razones hallan su causa en la interpretación gramatical vinculada a la garantía de legalidad y a la intervención mínima.

a') Al expresar el artículo 69 bis que se «impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio patrimonial total causado» - aparte la incorrección que supone confundir el *perjuicio*, objeto de responsabilidad civil, con *el valor de lo apoderado*- tipifica una infracción como delito a tenor de la imposición de la pena, pero sin hallarse predeterminados ni el tipo ni su pena.

b') Otra incógnita es si la continuidad de faltas convertibles en delito constituyen uno simple, cualquiera fuese su cuantía, o además son delito continuado, ya que ontológicamente se mantienen los presupuestos de la continuidad (plan preconcebido y aprovechamiento de ocasión). Ello es importante por los efectos punitivos que prevé el artículo 69 bis. De admitirse que las faltas continuadas se conviertan en delito continuado puede llegarse a imponer pena superior en un grado si se dan las condiciones que para tal agravación establece el artículo 69 bis; así un hábil pero piadoso delincuente que para no perjudicar en exceso a sus víctimas, defrauda 20.000 pesetas a mil personas, podría recibir igual pena que el desconsiderado que obtiene esos mismos veinte millones estafando 500.000 pesetas a cuarenta personas.

La interpretación del conflictivo inciso del artículo 69 bis referido a las infracciones patrimoniales podría ser sencilla de darle igual sentido que a otras reglas penológicas discrecionales o a las mismas de los incisos que preceden y siguen. Es al menos discutible entender que el legislador ha fijado con rigor la pena exacta atendiendo a circunstancias atípicas y que ha olvidado establecer con igual claridad la conversión de falta de delito, esto es, un cambio de tipo. Por ello se sostiene que el párrafo “se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado” sólo significa que el juzgador al imponer la sanción propinqua, dentro de sus límites discrecionales, no podrá dejar de tener en cuenta el perjuicio total. Y si se relaciona este párrafo con el precedente – que autoriza a castigar con la pena señalada para la más grave de las conjuntas en cualquiera de sus grados, pudiendo aumentarla hasta el medio de la superior- se concluye que en tan amplio arbitrio el Juez habrá de tener en cuenta forzosamente el perjuicio total patrimonial causado.

3. También existen argumentos en favor de la interpretación que convierte en delito la multiplicidad de faltas que no rebasan individualmente las 30.000 pesetas, pero si en su conjunto.

El delito o falta continuado, en general, viene referido a las previsiones iniciales del artículo 69 bis consistente en la «ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión», circunstancias que abarcan la realidad jurídica determinante de la continuidad. Y entre ellas están todas las infracciones contra el patrimonio. Por tanto en las faltas contra la propiedad, si se da alguna de las citadas previsiones, es inexcusable tener en cuenta el perjuicio que se haya causado con la suma de todas las infracciones constitutivas de la continuidad. En consecuencia, sólo podrá apreciarse el concurso de faltas contra la propiedad, sin transformación en delito, en los supuestos en que no concurren ninguna de las dos previsiones iniciales del artículo 69 bis.

III

1. Conforme al derecho dado, es indiscutida tanto la existencia de faltas patrimoniales continuadas como su transformación en delito, pues para la aplicación de la continuidad delictiva tras la vigencia del artículo 69 bis del Código Penal, es accesorio que beneficie o perjudique al responsable, ya que la regulación legal del delito continuado ha prescindido de las anteriores razones de benignidad o de indeterminación procesal de las distintas acciones, afirmándose su realidad en consideración al dolo unitario, a la unidad de resolución o de designio o a la culpabilidad homogénea que liga todas las acciones. Así ha podido decir el Tribunal Supremo que la figura del delito continuado no responde ya a una ficción *pietatis causa*, ni a las exigencias de política criminal y de pragmatismo procesal, sino que se considera como una realidad natural, sustancial u ontológica (Sentencias, entre otras menos recientes, de 24-11- 1983, 25-6- 1985, 31-12-1985, 19-12-1986).

Y su construcción, incluso la jurisprudencial que precedió a la reforma de 25 de junio de 1983, no se apartaba del principio de legalidad (Sentencias de 3 1-12-1985 y 19-12- 1986) por lo que este punto no presentaba ningún problema (Sentencia de 21-11- 1987). Así lo reconoció de

modo expreso la sentencia del Tribunal Constitucional de 2-11-1983. Alegado por el recurrente en amparo constitucional que la aplicación por el Tribunal Supremo en Sentencia de 24-9-1982 de la doctrina del delito continuado -resultado de una pura creación jurisprudencial- vulneraba el principio de legalidad penal del artículo 25.1 de la Constitución, afirma el Tribunal Constitucional que ni la garantía criminal ni la penal pueden ser entendidas de forma tan mecánica que anulen la libertad del Juez para resolver cuándo -a efectos de la determinación de la pena aplicable- distintos hechos penalmente tipificados, han de ser considerados como integrantes de un hecho único subsumible dentro del mismo tipo en el que cabía incardinar cada uno de aquellos, pero del que resulta un daño cuya magnitud le hace acreedor a una pena del mismo género pero de distinta extensión (menor o mayor) de la que correspondería al autor si separadamente se pensasen los diferentes hechos que el Juez ha integrado a efectos penales, en uno solo. Y tras señalar el Tribunal Constitucional que no hay en esta manera de aplicar la ley lesión alguna del artículo 25,1 de la Constitución, expresa que «desde el punto de vista doctrinal es polémica la elaboración y justificación teórica de la categoría, que sólo algunos autores apoyan en la noción de unidad psicológica o dolo unitario que el Tribunal Supremo emplea en su sentencia, pero ni la mayor o menor solidez de la construcción dogmática, ni la recepción de la figura en la reciente reforma del Código Penal, pueden servir como argumentos para invalidar el uso que el Juez penal hace de su libertad de criterios sin lesión del principio de legalidad».

2. Las faltas continuadas con sustantividad están explícitamente previstas en el artículo 69 bis, cuyo párrafo inicial establece los requisitos precisos, objetivos y subjetivos, del «delito o falta continuados». La conversión en delito de la pluralidad de faltas patrimoniales, tesis en la que milita la ajustada Consulta, también se obtiene de otro párrafo de aquel precepto cuando dice que «si se tratase de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado». y la transformación de las faltas no lo es en un delito único o simple si no en un delito continuado, porque si hay que atender al perjuicio o valor total de lo sustraído, apropiado o defraudado, los presupuestos que conforman la continuidad son los mismos en los delitos que en las faltas patrimoniales. De ahí que el Tribunal Supremo, dando lugar a recursos haya transformado faltas en delitos continuados (Sentencias de 24-9-1982 y de 25-6-1985). En esta última sentencia 99 faltas de estafa, así consideradas por el Tribunal de instancia cometidas mediante la utilización de una tarjeta de crédito sustraída, y cuya cuantía total ascendió a 985.977 pesetas, fueron consideradas por el Tribunal Supremo a instancias del Ministerio Fiscal recurrente, como un delito de estafa continuado de los artículos 528 y 529.7.º del Código Penal.

3. En el delito continuado patrimonial, como en el concurso real homogéneo y a la inversa del concurso ideal, hay pluralidad de acciones de la misma naturaleza. Pero la solución penológica a que da acogida el artículo 69 bis es distinta y autónoma. Intermedia entre las previstas para la acción única y para las múltiples. De un lado, como las conductas reiteradas representan una predisposición más grave al delito, reciben un tratamiento más riguroso que la acción única. Pero de otro, el artículo 69 bis tiende a evitar los efectos que se atribuyen a los concursos delictivos; por excesivamente severo se rectifica el resultado de la acumulación material o aritmética de las penas en el concurso real (art. 69) aun valorando los límites legales establecidos (art. 70.2.8); y por entenderse que es benigna, se excluye la penalidad unitaria del sistema de acumulación jurídica o de exasperación, que rige para el concurso ideal (pena única gravada, art 71, párrafo segundo). Según su tenor, que después analizaremos particularizada mente, el artículo 69 bis es, en orden a la penalidad, una norma correctora de la acumulación matemática que preside el concurso real, e impeditiva de la acumulación jurídica del concurso ideal, pero al mismo tiempo elimina para el delito continuado patrimonial el criterio jurisprudencial anterior -basado en las cuantías exclusivamente- de estimar un solo delito en el que la pena se obtenía de la suma de apoderamientos o defraudaciones parciales.

La idea que queda apuntada no supone una novedad, pues está recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En la sentencia de 24 de noviembre de 1983 se observa, en primer lugar, que el artículo 69 bis ha rechazado en orden a la punibilidad -y con absoluto rigor jurídico-el criterio de la acumulación material de penas que incluso con las restricciones derivadas de la acumulación jurídica -el triple de la más grave- contempla acciones delictivas plurales que en la construcción del delito continuado suponen simplemente la ejecución parcial de un plan preconcebido y, consecuentemente, un solo delito; y también se ha separado de

aplicar la sanción correspondiente al delito único en función del total perjuicio, porque abandonado el sistema escalonado de las cuantías la pena no pasaba normalmente del grado máximo. En la sentencia a que nos estamos refiriendo se dice después que «la regla penológica del artículo 69 bis supone una solución intermedia entre la establecida para el delito único y la correspondiente a pluralidad de acciones singulares por acumulación material o jurídica de la pena, buscando una más justa retribución penal, porque el delito continuado debe merecer una más grave reprobación que la acción delictiva única y de menor gravedad que el concurso real de delitos, por cuanto aquél responde a un dolo único y esta última figura concursal a un dolo repetido». En el mismo sentido, incluso en su literalidad, la sentencia de 26 de enero de 1988.

4. Concretemos algo más en materia de penalidad. La pena, en el delito continuado patrimonial, se halla en función exclusiva de datos cuantitativos, por cuanto el artículo 69 bis dispone que «si se tratase de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado», No se atiende aquí, como ocurre en los delitos continuados no patrimoniales, a la pena señalada para la infracción más grave. Sin embargo, las reglas dadas para estos últimos con el fin de determinar la pena, y que están contempladas en el párrafo del artículo 69 bis que precede al que se ocupa de las infracciones patrimoniales, son aplicables también a los delitos continuados de esta naturaleza. Y, en particular, tanto la que expresa que se impondrá la pena procedente «en cualquiera de sus grados», como la que declara que aquella «podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior». Interpretación esta acogida por el Tribunal Supremo. En la sentencia de 24 de noviembre de 1983, los hechos se habían configurado en instancia como siete delitos de robo con fuerza en casa habitada pero el Tribunal Supremo entendió que constituían un delito continuado por cuantía de 669.000 pesetas imponiendo la pena de siete años de prisión mayor en virtud del uso de la facultad discrecional de ascender a la superior en grado; expresándose al efecto que la solución adoptada arranca de la pena señalada -en cualquiera de sus grados teniendo en cuenta el perjuicio total causado que otorga al Tribunal de instancia la facultad de elevarla hasta el grado medio de la pena superior». En la misma dirección la sentencia de 26 de enero de 1988 dice que las reglas sobre imposición de penas del artículo 69 bis son aplicables a todos los delitos continuados, y sobre la base de atender a la totalidad del perjuicio causado para el cálculo inicial de sus grados, pudiendo ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior, con lo que la cuantía del perjuicio en las infracciones contra el patrimonio viene a sumarse con carácter especial al sistema general que le antecede, complementándose ambos. También la sentencia de 10 de mayo de 1985 había declarado que, en el orden penológico, el artículo 69 bis se refiere a toda clase de delitos continuados.

5. Directamente y de modo expreso, el artículo 69 bis no establece una concreta penalidad para el delito continuado patrimonial. No se dice de qué pena ha de partirse para imponerla «en cualquiera de sus grados», ni por consiguiente cuál es la pena superior. Si conocemos el índice a ponderar para obtener la pena: el perjuicio total causado con la pluralidad de acciones continuadas. Así el término perjuicio que emplea el artículo 69 bis se equipara con el valor total del objeto de la acción delictiva, y a la vista de lo que dispone aquella norma, las penas de arresto mayor en cualquiera de sus grados y de prisión menor hasta el medio, son las componentes, en circunstancias normales, del área punitiva del delito continuado patrimonial. Y, con carácter obligatorio, prisión menor en toda su extensión, la del delito continuado masa, pues cuando el hecho revistiera notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas, la pena es la superior *en* grado a la pena base.

Pero si la totalidad de lo apropiado, sustraído o defraudado, revistiere señalada importancia o gravedad, será necesario acudir a normas específicas que actúan como subtipos agravados. Esto sucede cuando la continuidad delictiva se manifiesta en cualquiera de los siguientes delitos contra el patrimonio.

- En los artículos 505, párrafo segundo y 506,8: si el hecho reviste especial gravedad atendido el valor de los efectos robados, la pena que proceda lo será en el grado máximo.

-En los artículos 515,2.º y 3.º y 516,3.º: si el hecho reviste especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos, se impondrá la pena en el grado máximo, y si la gravedad es muy cualificada la pena es de prisión menor.

-En los artículos 528, párrafos segundo y tercero y 529 en relación con el 535. Si concurre algunas de las circunstancias del artículo 529, la pena ha de imponerse en el grado máximo. Entre ellas está la 7: revestir especial gravedad atendido el valor de la defraudación; y si esta especial gravedad es muy cualificada, procede imponer la pena superior en grado. Si a tenor del artículo 69 bis que toma en cuenta «el perjuicio total causado» puede llegarse hasta la pena inmediatamente superior en el grado medio, y por aplicación del artículo 529,7 que tiene en cuenta «el valor de la defraudación» ha de llegarse a la pena superior en grado en toda su extensión, es esta última la que debe aplicarse por ser norma especial que desplaza a la general (Sentencias de 13-6-1985, 25-7-1987).

Lo que antecede, por lo que respecta al delito continuado patrimonial simple. Las reglas penológicas para el delito continuado masa patrimonial del último inciso del párrafo primero del artículo 69 bis son distintas. Para todos ellos, necesariamente, ha de imponerse la pena superior en grado (prisión menor) en toda su extensión, y los presupuestos que la condicionan son la generalidad de perjudicados y la notoria gravedad del hecho. Mas dentro de éstos existe una excepción: cuando el delito continuado masa se tipifique como estafa o apropiación indebida puede llegarse hasta prisión mayor si concurren conjuntamente las circunstancias 7.^a y 8.^a del artículo 529, que no se diferencian sustancialmente de las que relaciona el artículo 69 bis en el último inciso de su primer párrafo. Dada esta coincidencia, es inaplicable la penalidad que para el delito continuado masa patrimonial prevé el artículo 69 bis, sino que se aplicará, en cuanto ley especial, la que se derive del juego de los artículos 528, segundo párrafo, inciso segundo, y 529,7 y 8. Esto es: la pena procedente será la de prisión mayor y no prisión menor. Esta es la tesis mantenida ya en la sentencia de 10 de mayo de 1985. La Audiencia Provincial había condenado por delito de estafa continuado especialmente cualificado por la notoria gravedad de la defraudación (más de 4.300.000 pesetas) y por la pluralidad de perjudicados, imponiendo en aplicación del artículo 69 bis la pena de prisión menor en su grado medio. El Ministerio Fiscal fundó su recurso en la indebida aplicación del artículo 69 bis y la inaplicación del artículo 528 párrafo segundo, en relación con las circunstancias 7 y 8 del artículo 529. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso entendiendo que resulta aplicable el tipo de estafa agravado del artículo 529,7 y 8, como más específico que el artículo 69 bis. Las razones de este criterio fueron las siguientes. Que el artículo 69 bis está situado en la parte general del Código Penal y en ella se encuentran contenidas figuras generales y normas genéricas para aplicar las distintas penas, mientras que los artículos 528 y 529, lo están en la parte especial en donde tipifican distintas especies penales; colocación que revela el propósito del legislador de considerar al artículo 69 bis como norma general aplicable a todos los delitos y a los artículos 528-529 como preceptos de aplicación específica al delito de estafa en lo que se refiere a su definición, circunstancias y penalidad. Que el artículo 69 bis se refiere a toda clase de delitos y también a los patrimoniales, pero los artículos 528-529 reglamentan una variedad como es la estafa. Por último y si así no fuere y por insuficiencia de los principios de generalidad y especialidad, habría que acudir a la regla del artículo 68, que otorga la preferencia entre dos normas en conflicto a la que señale la pena de mayor gravedad y ésta es la prevista en los artículos 528-529.

La sentencia de 10 de febrero de 1987, a propósito de un delito de apropiación indebida, insiste en que la posible antinomia entre el artículo 69 bis y el artículo 528 en relación con el 529, 7 y 8, debe resolverse en favor de la aplicación de éstos últimos en cuanto a penalidad, toda vez que el juego de estos preceptos eleva la pena a la de prisión mayor, más grave que la que hubiera podido imponerse de seguir la tesis del artículo 69 bis.

6. Por último, y en resumen, se consideran válidas las siguientes conclusiones:

a) Si el delito continuado, lo mismo que su modalidad agravada del delito masa o con sujeto pasivo masa, construcciones ambas de la doctrina y la jurisprudencia, se hallaban en los límites del principio de legalidad cuando transformaban en delito la multiplicidad de acciones constitutivas de faltas, tras la vigencia del artículo 69 bis, que expresamente los regula, en todo caso estas figuras se acomodan íntegramente a aquel principio.

b) Su existencia no es posible fundarla ya en una ficción a la que puedan contribuir la indeterminación de las acciones. motivaciones *pietatis causa* o razones de pragmatismo procesal, sino que se trata de una realidad natural y sustantiva en consideración a la culpabilidad homogénea que liga a las diversas acciones, ya lo sea a través de un dolo

conjunto (unidad de plan o plan preconcebido) o de un dolo continuado (aprovechamiento de idéntica ocasión o unidad de motivación).

c) La pluralidad de acciones homogéneas constitutivas, aisladamente consideradas, de faltas patrimoniales, se convierten en delito continuado siempre que, en su conjunto, excedan del *quantum* delictivo y sean consecuencia de un plan preconcebido o del aprovechamiento de idéntica ocasión.

d) Es posible también la transformación de tales faltas en delito continuado masa, si el hecho, aparte de revestir notoria gravedad, hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

e) Las penas correspondientes al delito continuado patrimonial. en función siempre del perjuicio total o valor asignado al objeto de la acción, serán impuestas en cualquiera de sus grados, pero pudiendo aumentarse hasta el grado medio de la pena superior.

f) En determinados delitos continuados patrimoniales cuando el hecho revistiere especial gravedad atendido el perjuicio causado, la pena se impone, de modo necesario, en el grado máximo (arts. 505 párrafo segundo y 506.8.^a; 515.2.º y 516.3.º y 528 párrafo tercero y 529.7.º) y si fuere cualificada la especial gravedad se ascenderá hasta la superior en grado (arts. 515,3.º y 516,3.º, 528, párrafo segundo y 529.7.º).

g) En general en todos los delitos continuada masa de naturaleza patrimonial la penalidad se sitúa obligadamente en la pena superior en grado a la básica. Pero tratándose de un delito continuado masa cuyos elementos se hallen en esquemas descriptivos reconducibles a dos concretas disposiciones (así arts. 69 bis y 529,7 y 8) como una sola de ellas ha de sancionar el total valor ofensivo del hecho, conforme a la teoría del concurso aparente de normas deberán prevalecer las ordenadoras de la pena para el delito de estafa, ya en virtud del principio de especialidad (*genus per speciem derogat*) o del de la alternatividad excluyente (el delito que establezca mayor pena excluye la aplicación de los demás que puedan concurrir).

Madrid, 9 de diciembre de 1988.- El Fiscal General del Estado.