

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Consulta 3/1999, de 17 de septiembre, sobre la pena que procede imponer a las infracciones continuadas de carácter patrimonial.

Referencia: FIS-Q-1999-00003

I. Introducción

En la Fiscalía General del Estado se reciben en fechas próximas dos consultas que hacen referencia a los problemas interpretativos que plantea la redacción actual de la figura del delito continuado en el art. 74 del vigente Código Penal, en adelante CP. La primera consulta, si bien se refiere expresamente a las consecuencias penológicas que el delito continuado establece para el supuesto de delitos continuados de carácter patrimonial, propone como posible respuesta una tesis que, como veremos a continuación, puede modificar la doctrina que hasta la entrada en vigor del nuevo CP ha establecido en este tema la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por otra parte, la segunda consulta también hace referencia a las consecuencias penológicas que se derivan del art. 74.1 y 74.2, si bien concretada en el supuesto de las sucesivas o continuadas infracciones constitutivas de falta cuya cuantía total supera el *quantum* establecido por el legislador para diferenciar el delito de la falta. Se formula en este segundo supuesto la cuestión de si en estos casos también se debe aplicar el art. 74.1, que obliga a imponer la pena correspondiente para la infracción más grave en su mitad superior, resaltando las graves consecuencias penológicas de la interpretación seguida hasta ahora. Dicha interpretación se recogía en la Consulta 6/1988, que establece que «...la transformación de las faltas no lo es en un delito único o simple, sino en un delito continuado», así como en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, como la 10 de junio de 1991.

Las razones para contestar en una sola «Consulta» las dos consultas elevadas a esta Fiscalía General por Fiscalías distintas obedecen a que ambas van a analizar los mismos preceptos del CP y a que el problema de fondo y sustancial de las dos consultas es el mismo ya que formulan la misma pregunta: ¿Cómo se deben castigar en el vigente CP las infracciones patrimoniales continuadas, tanto si constituyen delito como si constituyen falta consideradas éstas singularmente?

Con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, se aprecia por la Fiscalía que eleva la primera consulta, que la regulación establecida en el art. 74 sobre el delito continuado plantea serias dudas en cuanto a la pena que corresponde imponer. Así, se cuestiona si la referencia a la pena a imponer que establece el art. 74.1 (imponer la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior) es también aplicable a los delitos continuados de carácter patrimonial, previstos en el art. 74.2, o si, por el contrario, el hecho de que estos delitos se hallen regulados en un apartado distinto impide que se aplique el art. 74.1.

Por otra parte, una vez planteada la consulta con carácter general, es conveniente entrar a analizar la relación que, a efectos de determinación de la pena, se plantea entre la agravación de la misma que establece el art. 74, tanto para el delito continuado como para el delito masa, con los subtipos agravados de determinados delitos de carácter patrimonial, v. g., art. 235 para el hurto, art. 241.1 para el robo o el art. 250 para el delito de estafa. En este sentido, habrá que

determinar si esas agravaciones específicas se pueden aplicar conjuntamente con la agravación genérica del art. 74 o si, por el contrario, la aplicación de una excluye a las otras.

A la vista de la cuestión planteada, la presente Consulta no va a hacer un estudio específico de los elementos del delito continuado, toda vez que es un tema profusamente estudiado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, sin perjuicio de que, para avalar los argumentos de una u otra tesis, se pueda analizar si el concepto de delito continuado ha sufrido, además de la separación formal en tres apartados, alguna alteración en la redacción que del mismo se hace en el art. 74 del CP.

Asimismo, para responder a las cuestiones planteadas, debemos tener muy presentes tanto las anteriores Consultas de esta Fiscalía General sobre la materia, en concreto la Consulta 6/1988 sobre la penalidad de los delitos continuados de contenido patrimonial, así como las resoluciones judiciales que sobre el tema ya han recaído, como las Sentencias del Tribunal Supremo números 1606/1997, de 31 de diciembre de 1997; 658/1998, de 19 de junio de 1998; 951/98, de 15 de julio de 1998; 1092/1998, de 2 de octubre de 1998; 1640/1998, de 23 de diciembre de 1998; 219/1999, de 12 de febrero de 1999, y la 443/1999, de 17 de marzo de 1999.

Por último, se quiere dejar constancia de que las dos tesis que se someten a debate cuentan a su favor con sólidos argumentos que exceden del criterio puramente gramatical, por lo que la respuesta a las consultas no es tan sencilla como a primera vista puede parecer, optándose finalmente por aquella que ha parecido más conforme con la doctrina que sobre este espinoso tema ha venido estableciendo el Tribunal Supremo.

II. Sobre la interpretación de los apartados uno y dos del art. 74 del código penal

II. A. Problema planteado por la Fiscalía consultante

La Fiscalía que eleva la consulta expone que el art. 74 del CP se redacta en tres apartados: el primero establece el concepto y requisitos del delito continuado así como la pena a imponer, el segundo de ellos hace expresa referencia a los delitos contra el patrimonio y el tercero reproduce la no aplicación del delito continuado en el caso de los bienes jurídicos eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual.

Ante esta forma de recoger los diversos supuestos, que antes aparecían recogidos en un mismo párrafo sin apartados, y únicamente separados por un punto y seguido, la consulta plantea que son posibles dos interpretaciones:

1. Que el nuevo art. 74.2, en cuanto que se recoge en un apartado distinto al primero, constituye una excepción al sistema general y, por tanto, la pena vendrá dada por la cuantificación total de las sustracciones y por las reglas del art. 66, al margen por tanto de la previsión del art. 74.1. Y ello, porque si bien este art. 74.1 impone que la pena será la «señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior», la separación del art. 74 en tres apartados implica que estamos en presencia de tres tratamientos diferenciados: el genérico de los delitos continuados, el específico de los delitos patrimoniales y el excepcional de los delitos que afectan a bienes jurídicos eminentemente personales. Además de esta razón de orden gramatical, se pueden esgrimir razones de interpretación sistemática al entender que el término «...teniendo en cuenta el perjuicio total causado...» no tiene porqué interpretarse siempre en perjuicio del reo, pudiéndose también aplicar a su favor de manera que sean los Jueces y Tribunales los que en cada caso concreto, y en función del perjuicio total causado, determinen la pena que procede imponer en toda la extensión de la misma.

2. Que este art. 74.2 constituye un complemento al régimen general y por lo tanto, la pena vendrá dada por la cuantificación del perjuicio total causado, determinante del tipo penal aplicable, cuya pena deberá imponerse en su mitad superior por aplicación de la norma del art. 74.1. En este sentido, la Fiscalía consultante destaca que en caso contrario se estaría beneficiando los delitos continuados contra el patrimonio, incluso en relación con lo dispuesto en el art. 76. De hecho, de aceptar la primera de las tesis, la pena más grave absorbería las

demás ya que el conjunto de infracciones se castigaría como un solo delito y la pena sería la misma, tanto si se comete un delito como si se cometen varios, desde el momento en que la cantidad de lo sustraído o defraudado ha desaparecido como criterio para imponer una pena u otra mayor, tal y como sucedía en el Código derogado.

Por lo tanto, debemos analizar si el hecho de que la pena señalada para los delitos patrimoniales aparezca determinada en un apartado distinto es motivo suficiente como para entender que, pese a existir un mismo concepto de delito continuado, las consecuencias penológicas establecidas no tienen relación entre sí; o si, por el contrario, la institución del delito continuado se conserva tal y como estaba configurado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, de manera que las consecuencias penológicas establecidas deben ser interpretadas una en relación con la otra y tomando siempre como base la regla establecida en el apartado primero, esto es, que la pena que procede imponer es «la señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior» al no recoger el citado art. 74 ninguna excepción a tal regla, salvo lo dispuesto en el apartado tercero.

II.B. Análisis del art. 74 del CP

Comparando la redacción del vigente art. 74 con la del derogado art. 69 bis, vemos como, en lo referente a los requisitos del delito continuado, se reproduce prácticamente la redacción del derogado art. 69 bis, mientras que las penas sí han sufrido un importante cambio: antes se imponía la pena correspondiente a la infracción más grave en cualquiera de sus grados, pudiendo imponerse hasta el grado medio de la pena superior, en tanto que ahora la pena es la que corresponda a la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior.

Sin entrar a hacer un estudio del concepto del delito continuado y de los requisitos y elementos que lo configuran, toda vez que la consulta no pone en duda su existencia y elementos, sino que plantea una duda razonable en cuanto a la pena a imponer, es conveniente recordar que la creación ideológica del delito continuado nace en el ámbito de los delitos patrimoniales con el propósito de evitar la pena de muerte al *ter furatus*, siendo posteriormente cuando, gracias a la jurisprudencia y a la doctrina, especialmente la italiana y la alemana, adquiere carta de naturaleza propia con características específicas y particulares distintas a la *pietatis causa*, alcanzando la consideración de realidad jurídica fundada en el llamado «dolo conjunto».

Esta consideración de realidad jurídica propia se produce incluso antes de la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983, así, en palabras del Tribunal Supremo: «no estábamos en una ficción, sino ante un ente real, ontológica y esencialmente autónomo fundado en la existencia de un dolo unitario -no renovado-, designio común, merced al cual la pluralidad se reduce a la unidad» (STS de 9 de diciembre de 1982) y ha sido respaldada por la mayoría de la doctrina, si bien hay autores que abogan por su erradicación del CP. al no conservar su finalidad pietista y suponer a veces un régimen más perjudicial para el reo.

Como resumen de todo lo anterior se puede concluir que, tal y como se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1092/98 de 2 de octubre, los elementos esenciales del delito continuado y las razones que motivan su existencia se siguen manteniendo como en la regulación derogada, de manera que el vigente art. 74 es el equivalente normativo del anterior art. 69 bis.

De hecho, la redacción del actual art. 74 es idéntica a la que se recogía en el art. 75 del Proyecto de Código Penal de 1.994 y en la fase de aprobación del Proyecto en el Parlamento no se presentó ninguna enmienda que modificara dicho texto.

II.C. Solución a la consulta

Para resolver la cuestión planteada hay que partir de la base de que la presencia de un dolo único o unitario hace más reprochable el conjunto de la conducta desde el plano subjetivo de la culpabilidad, tal y como destaca la gran mayoría de la doctrina. En este sentido, es evidente que la comisión sucesiva y continuada en el tiempo del mismo o semejante delito llevada a cabo por un mismo autor, ejecutando un plan preconcebido y con el propósito de obtener un mayor beneficio, ya sea económico o jurídico, merece mayor reproche penal que si hubiera actuado en una sola ocasión. Y así, el Tribunal Supremo ha admitido la aplicación del delito

continuado, calificada por algún sector doctrinal como aplicación «contra reo», en los delitos patrimoniales en que se sumaban las cuantías de infracciones menores para configurar un tipo castigado con pena más grave, aplicación que es cierto que perjudica al reo, pero que está basada en el cumplimiento estricto del principio de legalidad y que fue incluso admitida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 89/1983 de 2 de noviembre, tal y como se destaca en la Consulta 6/1988. Ello confirma la idea, recogida en la citada Consulta y en las SSTs de 4 de julio de 1991 y 21 de octubre de 1991, de que las consecuencias penológicas que conlleva el delito continuado se aplican siempre que concurren sus requisitos, con independencia de que sea más beneficioso o más perjudicial para el acusado.

A lo anterior hay que añadir que, en caso de delito, el vigente CP. no recoge como criterio para imponer una determinada pena la cuantía de lo sustraído o defraudado, lo que sí ocurría antes, por lo que se puede decir que la regulación actual en su conjunto es incluso más respetuosa que la anterior con el principio de que «la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad».

Otro argumento a favor de que el art. 74.1 y 2 debe aplicarse conjuntamente para el caso de los delitos patrimoniales es que el propio precepto no tiene en cuenta si la pena a imponer resulta más grave de la que supondría acumular las diferentes penas de cada delito por separado, límite que sí se contempla en el caso del concurso ideal o medial regulado en el art. 77, lo que nos confirma la idea de que el delito continuado es una figura con caracteres propios y con una pena también propia y específica.

Además, no podemos dejar de tener en cuenta que el art. 74.3 dice: «Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales...» Por tanto, y a tenor de la redacción literal del propio art. 74, parece que la misma ley está contemplando la aplicación conjunta de los apartados 1 y 2 en todos los delitos, cualquiera que sea su naturaleza, con la sola excepción de los previstos expresamente en el apartado tercero. Dicho en otras palabras: si el legislador hubiese deseado que los delitos patrimoniales tuvieran un tratamiento penológico distinto así lo habría recogido expresa y claramente, tal y como hace con las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales.

Por último, hay que tener en cuenta que aceptar la interpretación de que el segundo apartado del art. 74 no se debe aplicar conjuntamente con el primero supondría en la práctica una consecuencia jurídica que el CP. tiene prevista para hipótesis distintas, ya que la pena más grave señalada en el párrafo segundo del art. 74 CP absorbería a las demás excluyendo su punición, por lo que se estaría aplicando al delito continuado la solución penológica establecida en el art. 8.4 del Código Penal para un supuesto distinto, como es el concurso de leyes.

Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta que el concepto del delito continuado no ha sufrido cambio sustancial y que la aplicación o no del mismo responde a estrictos criterios de legalidad, no parece suficiente que el hecho de que ahora se redacte en tres apartados separados sea motivo que justifique una respuesta punitiva diferente en función de que el delito cometido sea o no contra el patrimonio, por lo que debe concluirse que los arts. 74.1 y 74.2 deben interpretarse conjuntamente a la hora de determinar la pena a imponer.

Este es además el sentido de las Sentencias del Tribunal Supremo número 1606/1997, de 31 de diciembre de 1997, y 219/1999, de 12 de febrero de 1999, dictadas en un caso de estafa continuada. Y si bien es cierto que hay sentencias del Tribunal Supremo que entienden que la regla del art. 74.2 debe ser interpretada como «una regla singular para la determinación de la pena correspondiente para tales supuestos», hay que tener en cuenta que era en casos de sucesivas faltas que se convierten en delito por la suma total de lo sustraído (como la Sentencia 1648/1998 de 23 de diciembre) o de concurrencia de hechos que son delito con hechos que aisladamente considerados serían falta (Sentencia 443/1999 de 17 de marzo).

Ello no obstante, sí se debe resaltar que la aplicación del art. 74 exige que en el ánimo del autor exista esta «unidad de propósito», el «dolo conjunto» representado en la expresión «en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión», por lo que los señores Fiscales deberán examinar cuidadosa y adecuadamente si en el caso concreto que se está enjuiciando concurre o no tal circunstancia. Para que exista delito continuado no basta con la pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual

o semejante naturaleza, sino que es imprescindible el dolo unitario, ya que éste es el que permite reconducir la pluralidad a la unidad. Por lo tanto, sin este dolo específico, que se debe analizar en cada caso concreto con suma atención, no existe delito continuado sino que estaremos en presencia de alguna de las diferentes clases de concurso.

III. Compatibilidad del art. 74 con otras disposiciones específicas relativas a delitos patrimoniales

Pese a que en la consulta elevada a la Fiscalía General no se hace referencia a la duda que se puede plantear acerca de la compatibilidad entre las reglas penológicas del art. 74.1 y 74.2 con las agravantes específicas que se regulan en algunos delitos patrimoniales, es conveniente, tal y como también se recoge en la Consulta 6/1988, hacer un estudio sobre tal aspecto a la vista de la reforma operada con el nuevo Código Penal y la desaparición, en algunos de los tipos, de las agravantes específicas de que el hecho «revista especial gravedad» y de que «afecte a múltiples perjudicados».

Se trata en definitiva de determinar si, tanto en el caso de delito continuado como en el caso del delito continuado masa o con sujeto pasivo masa en delitos patrimoniales, la agravación de pena prevista en el art. 74.2 es aplicable además de las posibles agravantes específicas de cada delito en concreto. Y ello porque no podemos olvidar que para determinados delitos patrimoniales, en concreto el hurto, el robo y la estafa, se recogen diversas agravantes específicas que implican una pena mayor a la pena genérica, y como puede ocurrir que algunos de estos subtipos agravados se cometa a su vez de manera continuada (v. g. robos en casa habitada, hurtos de cosas de valor artístico o histórico), es preciso plantearse si cabe la compatibilidad descrita.

III.A. Breve referencia a la situación anterior a la entrada en vigor del Código Penal de 1995

Tal y como se concluye en la Consulta 6/1988, conforme a la legislación anterior podía ocurrir que en determinados delitos continuados contra el patrimonio concurriera además la circunstancia de que «el hecho revista especial gravedad» atendiendo al valor de los efectos objeto del delito. En este caso, se imponía la pena, de modo necesario, en su grado máximo (caso de los arts. 505, párrafo segundo, y 506.8ª, 515.2 y 516.3ª; 528, párrafo tercero, y 529.7º). Asimismo, si la especial gravedad era muy cualificada, se ascendía hasta la pena superior en grado (arts. 515.3 y 516.3º; 528, párrafo segundo y 529.7º). Así, decía la referida Consulta 6/1988:

«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.»

Por otra parte, en el caso de un delito continuado masa de carácter patrimonial, si sus elementos se hallaban en esquemas descriptivos reconducibles a dos concretas disposiciones, lo que ocurría entre los arts. 69 bis y 529, 7º y 8º, prevalecía las normas reguladoras del delito de estafa, ya en virtud del principio de especialidad, o del de alternatividad excluyente. Por lo tanto, en estos casos las reglas especiales de los diferentes delitos se aplicaban con exclusión de las normas del art. 69 bis.

III.B. Análisis de la situación actual

La situación conforme al nuevo Código de 1995 ha variado en relación a la legislación anterior en base a los siguientes motivos:

a) En el delito de hurto y de robo se mantiene la agravante específica de que el hecho «revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeren perjuicios de especial consideración». La consecuencia penológica prevista para este caso en los arts. 235 y 241 del CP. es que la pena será de uno a tres años o dos años a cinco años, respectivamente.

b) En el delito de estafa ha desaparecido la anterior agravante específica del art. 529.8º, «cuando afecte a múltiples perjudicados», si bien subsiste la de que el hecho «revista especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación» si bien ahora, además, deberá atenderse «a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia». Para

este caso la pena será de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses, siempre que no concorra con la circunstancia número 1, en cuyo caso la pena a imponer sería de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.

Así las cosas, partiendo de las conclusiones de la Consulta 6/1988 y teniendo en cuenta que la antinomia entre los arts. 74.2 y los arts. 235.3º y 250.6º no ha desaparecido totalmente ya que las tres circunstancias se refieren en definitiva a la «especial gravedad del hecho», podemos sacar las siguientes conclusiones:

A. En los delitos continuados de carácter patrimonial en los que además concorra una agravante específica, las reglas del art. 74 1 y 2 son perfectamente compatibles con las reglas penológicas del delito en cuestión, *excepto* en el supuesto de que la agravante específica que concorra sea la de que el hecho «revista especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeran perjuicios de especial consideración» del art. 235.3º, o la de que «revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia» del art. 250.6º. En estos casos, esto es, cuando la totalidad de lo sustraído o defraudado revista especial gravedad por haberse tenido en cuenta el perjuicio total causado en las diversas infracciones, habrá que aplicar sólo las normas específicas que actúan como subtipos agravados (arts. 235.3º y 250.6º), en consonancia con lo dispuesto en la Consulta 6/1988, dejándose de aplicar el art. 74.1 ya que de lo contrario se estaría castigando dos veces una misma circunstancia, vulnerándose el principio de non bis in ídem.

Sin embargo, no habría que desterrar totalmente la posibilidad de aplicar también el art. 74.1, ya que se puede plantear el supuesto, difícil pero no imposible, de que todos los delitos enjuiciados como delito continuado revistan, cada uno a su vez y aisladamente considerados, el carácter de «especial gravedad» exigido por el subtipo cualificado. En este caso, y dado que todos los hechos presentan esa «especial gravedad», sí cabría la aplicación conjunta de la norma general, art. 74 del CP., con la norma específica de cada delito en particular, aplicándose la pena establecida en la ley para este subtipo cualificado en su mitad superior y no en toda su extensión.

B. Cuando en los delitos continuados de carácter patrimonial concorra, además de la circunstancia de que el hecho «revista especial gravedad», la circunstancia de que «hubiere perjudicado a una generalidad de personas», art. 74.2 in fine, se aplicarán las reglas penológicas del art. 74.2. Esto es, habrá que imponer la pena superior en uno o dos grados a la señalada para el delito cometido, si bien la pena se podrá imponer en toda su extensión ya que la mayor gravedad de la conducta enjuiciada tiene suficiente respuesta punitiva en que se suba la pena en uno o dos grados.

IV. Sobre la continuidad delictiva en las faltas. Consecuencias penológicas

Como se decía al principio de esta exposición, la segunda Consulta se centra en el tema de la pena que sería aplicable en el caso de que diversas faltas continuadas superen el *quantum* establecido para diferenciar la falta del delito, y que en la actualidad se encuentra en las 50.000 pesetas. Como recoge la Fiscalía consultante, dado que la pena tipo para los delitos de estafa y apropiación indebida, es de seis meses y un día a cuatro años, la consecuencia de la aplicación de esta regla es que la pena mínima sea de dos años tres meses y un día de prisión, imposibilitando la aplicación de los beneficios de la suspensión de la ejecución de condena o de la sustitución de la misma pese a que el autor de los hechos sea delincuente primario y no concurren circunstancias agravantes, lo que no deja de acarrear importantes problemas prácticos.

Con esta tesis es evidente que se evita que el autor de los hechos se beneficie de que se castiguen por separado las faltas patrimoniales cometidas cuando su propósito, ya inicial, ya continuado, es el de apoderarse de una cantidad de dinero que supera el límite que diferencia la falta del delito. Como por otra parte en la citada Consulta 6/1988 se exponen con gran claridad los motivos y argumentos que justifican que las faltas continuadas de carácter patrimonial cuya cuantía total excede del quantum que diferencia la falta del delito sean castigadas con las mismas reglas penológicas que para el supuesto de los delitos continuados, no vamos a reproducir los mismos.

Sin embargo y como veremos a continuación, en el momento actual sí hay motivos para replantearse si la aplicación de estas reglas penológicas son proporcionadas a la gravedad de los hechos y si se debe mantener este mismo criterio en base tanto a motivos de equidad y justicia material como incluso a motivos de legalidad, ya que se puede cuestionar hasta qué punto se respeta el principio de *non bis in idem* con esta interpretación.

A la vista de las diferencias existentes entre la legislación derogada y la vigente hay un dato que no podemos pasar por alto: y es que mientras en la anterior regulación la pena a imponer era la que correspondía al perjuicio total causado «en cualquiera de sus grados», la regulación actual impone que esta pena sea impuesta «en su mitad superior». Este dato, unido al hecho de que las penas más leves han experimentado un fuerte incremento en cuanto a la duración de las mismas, hace que, para el supuesto que estamos analizando, la pena a imponer pueda resultar claramente desproporcionada excepto para casos muy concretos y aislados (así, v.g., la STS de 25 de junio de 1985 sobre un caso de 99 faltas de estafa por importe total de 985.977 ptas.)

IV.A. Referencia al principio de proporcionalidad en las penas.

Pese a que legalmente este principio no aparece regulado ni a nivel constitucional ni en el Código Penal, no podemos olvidar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido la doctrina de que las restricciones de los derechos fundamentales, que se encuentran previstas en la ley, sean adecuadas a los fines legítimos a los que se dirijan y constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para alcanzar los mismos. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha establecido en las sentencias 66/85, de 23 de mayo, y 18/88, de 16 de febrero, que «la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo sólo puede dar lugar a su enjuiciamiento por este Tribunal cuando esa falta de proporción implica un sacrificio innecesario de los derechos que la Constitución garantiza». Y si bien es cierto que la Sentencia del mismo Tribunal 65/86, de 22 de mayo, dice que «el juicio de proporcionalidad de la pena es de competencia del legislativo, sin que del art. 25.1 de la Constitución quepa deducir un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito», no podemos olvidar que la doctrina más moderna no duda de que el principio de proporcionalidad de las penas es un principio inherente y consustancial al Estado Democrático de Derecho, relacionado con el derecho fundamental a la libertad, valor superior del ordenamiento jurídico español según el art. 1.1 de la Constitución.

Por otra parte, se trata de introducir este principio de proporcionalidad para corregir los posibles excesos que puede suponer la aplicación a un caso concreto de una tesis consolidada cuando la pena ha sido legalmente modificada y supone un perjuicio para el reo. Y ello porque ha de tenerse en cuenta que tan perjudicial para la sociedad es que hechos graves y que producen una gran perturbación social se castiguen con penas leves o irrisorias, como que hechos que no producen esa alarma o desazón social lleven aparejadas penas muy superiores al daño o mal cometido. No cabe duda de que, de aplicar en este caso concreto el criterio tradicional, en muchos casos se haría realidad el dicho de que es peor el remedio que la enfermedad.

A este respecto, entra dentro de lo razonable que el principio de proporcionalidad, aplicado por la jurisdicción contencioso-administrativa en materias de sanciones de policía administrativa, se configure como la última *ratio* o argumento a emplear por el juzgador a fin de evitar que la aplicación de la ley en un supuesto concreto y particular se convierta en un lastre para conseguir los fines y propósitos que la misma ley está llamada a cumplir, en íntima relación con el principio de intervención mínima. Es un principio que reclama la limitación de la gravedad de la sanción en la medida del mal causado, sobre la base de la necesidad de la adecuación de la pena al fin que ésta debe cumplir. Por otro lado, la aplicación de este principio a la hora de interpretar las leyes penales debe hacerse con carácter excepcional y cuando no haya otros motivos o argumentos para evitar la imposición de penas excesivamente gravosas para la trascendencia social que tiene la infracción cometida. Su introducción a la hora de interpretar las leyes penales no debe hacerse con carácter general sino de manera excepcional y para corregir posibles disfunciones en la interpretación de las normas.

Trasladando esta idea al supuesto que nos ocupa, es evidente que, de aplicar al caso de faltas continuadas que se convierten en delito las reglas de los arts. 74.1 y 74.2, se producirían situaciones en las que la pena supondría para su autor una responsabilidad excesiva sin que

con ello se favorezca o beneficie a la sociedad. Sin embargo, también es posible que se produzcan casos en los que sí estaría justificado imponer esta pena teniendo en cuenta el número de infracciones cometidas por tratarse de hechos con gran relevancia social y económica (v.g. el ejemplo reseñado de la STS de 25 de junio de 1985). Ello se debe a que la doctrina del delito continuado se puede y debe aplicar desde que se cometen dos infracciones sin que exista un límite máximo, por lo que es evidente que en la realidad se producirán numerosas situaciones muy diferentes entre sí en cuanto al número de hechos y «perjuicio total causado», situaciones que requieren de una solución también diferente y particular en cada caso concreto.

En virtud de todo ello, la solución que se propugna aplicando este principio de proporcionalidad de las penas es que en el caso de los sucesivos hechos que aisladamente considerados serían falta por el perjuicio causado, pero que en su conjunto constituyen delito por superar el límite de las 50.000 pesetas, la pena a imponer será la que corresponda a este delito en toda su extensión, y no de modo obligatorio la pena en su mitad superior. De esta manera, el juez o tribunal, teniendo en cuenta el número de hechos y la gravedad de los mismos, podrá establecer la pena concreta que se merezca el responsable de esos hechos con mayor respeto a la realidad y a la exigencia social. Y ello, naturalmente, siempre que concurren los requisitos exigidos en el art. 74.1, ya que en otro caso estaríamos ante un concurso real de faltas a sancionar cada una por separado.

IV.B. Sobre el principio de *non bis in idem*

Por otro lado, se pueden plantear problemas con respecto al principio *non bis in idem* ya que un mismo hecho o circunstancia, la continuidad en la acción delictiva, conlleva no sólo que el hecho en su conjunto se considere delito, lo que implica un evidente perjuicio para el autor, sino que además se castigue con la pena en su mitad superior, por lo que hay que analizar hasta qué punto se satisface este principio, integrado en el derecho fundamental a la legalidad penal (SSTC 2/1981, 154/90 y 204/96, entre otras), principio que en la legislación anterior sí se respetaba ya que la pena a imponer lo podía ser en toda su extensión siendo posteriormente, a la hora de individualizar la pena, cuando el juez o tribunal, a la vista de la gravedad de los hechos, concretaba la pena a imponer.

Y si bien es cierto que se puede argumentar en sentido contrario que no hay tal doble agravación ya que lo importante es que el propósito del autor es apoderarse o defraudar por un importe superior al límite que diferencia el delito de la falta, y que la pena debe imponerse teniendo en cuenta el «perjuicio total causado», no hay duda de que, para determinar en estos supuestos qué pena procede imponer, se deben hacer dos operaciones: primera, sumar el perjuicio total causado para conocer si llega al límite que diferencia el delito de la falta y saber que pena *tipo o básica* corresponde; y, segunda, determinar cual es la mitad superior de la pena así inferida. La conclusión de todo ello es que se utiliza un mismo hecho para agravar dos veces la pena que resultaría imponer, por lo que se vulnera el principio de *non bis in idem*, vulneración que no se produce en el caso de que los diversos o algunos de los hechos a enjuiciar ya sean por sí mismos constitutivos de delito, ya que en este caso la pena sigue estando dentro del límite máximo establecido para la punición de ese hecho concreto.

Por lo tanto, la conclusión a la que se llega con este razonamiento sería la misma que la establecida en el apartado anterior: en el caso de que exista delito patrimonial porque la suma de los perjuicios causados en diversos hechos, que aisladamente considerados sean constitutivos de faltas, supera el límite cuantitativo establecido para diferenciar el delito de la falta, *la pena se podrá imponer en toda su extensión y no necesariamente en su mitad superior*. De esta manera se permite que el juez o tribunal concreten la pena de que es merecedor el culpable de manera más respetuosa y acorde con los principios que inspiran nuestro derecho penal y la realidad social del tiempo en que vivimos, imponiéndola en su mitad inferior o en su mitad superior en función del número y gravedad de hechos constitutivos del delito continuado.

En este sentido, hay que destacar la STS núm. 1640/1998, de 23 de diciembre, en la que se razonan hasta cinco motivos para imponer la pena en toda su extensión y no en su grado máximo. Dicha sentencia, además de hacerse eco del acuerdo del Pleno de la Sala Segunda celebrado el día 27 de marzo de 1998 en el que se determina que: «en los casos de hurtos varios la calificación como delito o falta debe hacerse por el total sustraído, si previamente a

esa valoración económica se ha apreciado continuidad en las acciones sucesivas realizadas, por la concurrencia de los requisitos del art. 74 del CP, los cuales, perjudicando al reo deberán interpretarse restrictivamente», resuelve un recurso de casación afirmando que cuando se trata de un delito continuado surgido de la suma de lo que inicialmente eran varias faltas contra el patrimonio, el apartado segundo del CP adquiere un carácter alternativo e independiente respecto al primero, y ello permite a los Tribunales aplicar la pena en toda su extensión sin que se vean forzados a la imposición de la pena en su mitad superior.

Por último, se debe recordar todo lo anteriormente dicho sobre la necesidad de que los señores Fiscales analicen con especial atención que en este caso de faltas continuadas concurren todos los requisitos exigidos por el art. 74.1, y en especial que la pluralidad de conductas que se enjuician responden al «dolo conjunto» o «dolo unitario», imprescindible para que estemos en presencia de la continuidad delictiva.

V. Conclusiones

Sintetizando las anteriores consideraciones, la consulta planteada y los demás temas tratados se pueden resumir en las siguientes conclusiones:

1. Los apartados 1 y 2 del art. 74 del Código Penal de 1995 deben ser aplicados conjuntamente, sin que el hecho de que se redacten en apartados separados se pueda interpretar como que se ha pretendido una respuesta penológica distinta en función de que el delito continuado sea o no de carácter patrimonial. Siempre que concurren los requisitos del delito continuado se deberá imponer la pena en su mitad superior. Y si, por tanto, estamos en presencia de un delito continuado de carácter patrimonial, la pena será la que corresponda al delito teniendo en cuenta el perjuicio total causado y en su mitad superior.
 2. En el caso de sucesivas faltas de carácter patrimonial, siempre que concurren los requisitos del art. 74.1, los cuales se deben interpretar restrictivamente, si el perjuicio total causado excede de los límites establecidos para diferenciar el delito de la falta, se podrá solicitar la pena que corresponde al delito en toda su extensión, no siendo imperativo imponerla en su grado máximo.
 3. Las reglas penológicas previstas en el art. 74 para el delito continuado son compatibles con las específicas de los delitos patrimoniales, y se aplicarán conjuntamente, excepto en el caso de que la circunstancia que concorra sea la de que el hecho revista notoria o especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos o defraudados, en cuyo caso, y salvo que en todos y cada uno de los diferentes hechos enjuiciados como delito continuado concorra tal circunstancia, se aplicará solo la agravación prevista en el *subtipo cualificado* correspondiente.
- Si además de la circunstancia de que el hecho revista especial gravedad atendiendo al valor de lo sustraído o defraudado, concurre la agravante de que el hecho «hubiere perjudicado a una generalidad de personas», se impondrán las reglas penológicas previstas en el art. 74.2 para el delito continuado masa. En este caso, una vez determinada la pena superior en uno o dos grados, la misma se podrá imponer en toda su extensión.