

Hacia una interpretación plausible del delito patrimonial continuado

Rosario DE VICENTE MARTINEZ

I. INTRODUCCION

Interpretación de la ley es —dice Mezger— el descubrimiento y determinación de su propio sentido al objeto de aplicarla a los casos concretos de la vida real¹. La interpretación es necesaria e indispensable cuando, entre otros casos, la regla no aparece clara y terminante por haber empleado el legislador una forma de construcción que da margen a dudas², como sucede con el apartado 2º del artículo 74 del Código penal.

El mencionado apartado considera la figura del delito patrimonial continuado. Por delito continuado se entiende la comisión por el mismo sujeto de una pluralidad de infracciones, que en virtud de la concurrencia de determinados requisitos, se sustrae a las reglas del concurso de infracciones, y es admitida unitariamente por el Derecho, como un único delito³.

A lo largo de la codificación penal española la figura del delito continuado sólo fue recogida por el Código penal de 1928 en su artículo 164⁴. Desde entonces hubo que esperar a la Reforma Urgente y Parcial del Código penal operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, para introducir nuevamente en un Código penal español la figura del delito continuado, figura que se recogía en su artículo 69 bis con el siguiente tenor literal:

“No obstante lo establecido en el artículo anterior, el que en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones y omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales, será castigado como responsable de un delito o falta continuados, con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio

se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Tribunal impondrá la pena superior en grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el párrafo anterior las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”.

El Código penal de 1995 mantiene la figura del delito continuado con una regulación similar pero no idéntica, lo que permite una interpretación distinta. El delito continuado se regula en el vigente artículo 74 del Código penal:

“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado, como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior.

2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual; en tales casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”.

El primer apartado del artículo 74 establece el concepto y requisitos del delito continuado así como la pena a imponer. El segundo apartado hace referencia expresa a los delitos contra el patrimonio y, finalmente, el tercer apartado del artículo 74 del Código penal contiene las excepciones a la continuidad delictiva y excluye la posibilidad de aplicar el delito continuado cuando se trate de ofensas a bienes eminentemente personales.

Nuestro estudio se centra en el análisis del apartado segundo del artículo 74 que, por otra parte, afecta a la mayoría de los supuestos de delito conti-

¹ Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, traducción de Rodríguez Muñoz, 3ª ed., Madrid, 1955, pág. 65.

² Fiore, P., *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, traducción de Aguilera de Paz, 3ª ed. corregida, Madrid, 1927, pág. 564. Sobre la interpretación, Vid. Betti, E., *Teoria Generale della Interpretazione*, en particular el Tomo II, corregido y ampliado por Crifo, Milan, 1990.

³ Vid. Gonzalez Cussac, en Vives Anton (Coord.) *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia, 1996, pág. 420.

⁴ El artículo 164 establecía que no se aplicarían las penas sobre pluralidad de delitos “cuando todos los hechos ejecutados, aunque constitutivos por sí mismos de otros tantos delitos o faltas, tengan entre sí tal conexión que deban ser apreciados, a juicio del Tribunal, como una sola acción continua. En estos casos, sólo se aplicará la pena más grave de las correspondientes a los hechos ejecutados o la pena inmediatamente superior en el grado que se estime procedente, al prudente arbitrio judicial, sin que pueda ser aquella inferior a la que por el delito de menor gravedad correspondiera”

nuado al referirse a su ámbito más característico: las infracciones contra el patrimonio.

Este apartado plantea varias cuestiones controvertidas respecto a las cuales no existe opinión unánime. Sin embargo, la principal cuestión polémica gira en torno a si en las infracciones contra el patrimonio la pena ha de imponerse en la mitad superior como establece la regla general del apartado primero o si, por el contrario, el castigo del delito continuado patrimonial no está sujeto a la regla general y exclusivamente se ha de atender, como reza el apartado segundo, al perjuicio total causado. Sobre este tema se ha pronunciado la doctrina, el Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado en las Consultas núm. 6/1988, de 9 de diciembre, sobre la penalidad en los delitos continuados de contenido patrimonial y en la reciente Consulta núm. 3/1999, de 17 de septiembre, sobre la pena que procede imponer a las infracciones continuadas de carácter patrimonial.

II. INTERPRETACION DOCTRINAL

Desde el punto de vista doctrinal la cuestión de si la penalidad en las infracciones contra el patrimonio continuadas está sometida a la regla general contenida en el apartado 1º del artículo 74 ha sido objeto de dos interpretaciones bien distintas.

Según la primera interpretación, el apartado 2º del artículo 74 contiene un régimen especial para las infracciones patrimoniales, en las que habría que imponer la pena "teniendo en cuenta el perjuicio total causado" y aplicar posteriormente el régimen general, por tanto, imponer la pena en su mitad superior.

Se afirma que esta disposición especial no excluye la regla general sino que la completa ya que si en la formación de la pena del delito continuado patrimonial únicamente se operase con el perjuicio total causado, los resultados serían desconcertantes y contrarios a toda lógica jurídica⁵.

Esta primera interpretación es apoyada por la doctrina mayoritaria para quien el criterio contenido en el apartado 2º se acumula con el anterior. Con ello, se dice, se evita, o puede evitarse, que el que realiza un solo delito patrimonial pueda ser castigado igual que aquel otro que realiza varios continuados⁶.

Se aparta de esta línea Cuerda Riezu para quien, al margen de que se consiga o no ese objetivo con el procedimiento de sumar los perjuicios, los mismos problemas de justicia se plantean en infracciones no patrimoniales. No resulta inteligible entonces por qué el desvalor del resultado es mucho más importante en unos casos que en otros⁷.

Como con gran acierto señala un sector doctrinal,

segunda interpretación, el actual artículo 74 ha venido a favorecer la desvinculación del tratamiento de los delitos patrimoniales respecto de la primera regla, al dedicarle un número separado⁸. Como señala Boldova Pasamar, la fijación de la clase y el *quantum* de pena aplicable a la infracción continuada contra el patrimonio equivale a la que corresponde a una única infracción contra el mismo patrimonio por la cuantía total del perjuicio causado, pudiendo producirse el fenómeno denominado como "salto de tipo", que más exactamente es "salto de pena". La pena obtenida mediante este sistema especial de determinación de la misma excluye la absorción agravada del régimen general, por lo cual podrá imponerse (motivadamente) en cualquiera de sus dos mitades⁹.

III. INTERPRETACION DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

Bajo la vigencia del artículo 69 bis del Código penal de 1973 esta cuestión fue objeto de análisis por parte de la Fiscalía General del Estado en su Consulta núm. 6/1988, de 9 de diciembre, sobre la penalidad en los delitos continuados de contenido patrimonial. En dicha Consulta, se reconoce que "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". Tras esta observación llega a la conclusión de que "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".

Con la entrada en vigor del Código penal de 1995 y la nueva sistemática operada por el legislador en el artículo 74, la cuestión ha vuelto a plantearse ante la Fiscalía General del Estado en su Consulta núm. 3/1999, de 17 de septiembre, sobre la pena que procede imponer a las infracciones penales continuadas de carácter patrimonial. En dicha Consulta se abordan los problemas interpretativos que plantea la figura del delito continuado en relación con las infracciones patrimoniales.

La Fiscalía General del Estado se refiere a dos cuestiones distintas: en primer lugar, las consecuencias penológicas que el delito continuado establece para el supuesto de delitos continuados de carácter patrimonial y, en segundo lugar, la consulta se centra en el supuesto de sucesivas o continuadas infracciones constitutivas de falta cuya cuantía supera el *quantum* establecido por el legislador para diferenciar el delito de la falta.

Respecto a la primera cuestión, la Fiscalía con-

⁵ Vid. Llorca Ortega, *Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995*, 4ª. ed., Valencia, 1996, pag. 203.

⁶ Vid. Cantarero Bandres, *Problemas penales y procesales del delito continuado*, Barcelona, 1990, pag. 143.

⁷ Cuerda Riezu, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid, 1992, pag. 135.

⁸ Vid. Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, 4ª. ed., Barcelona, 1996, pag. 660.

⁹ Boldova Pasamar, en Gracia Martín (Coord.) *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 1998, pag. 213.

sultante plantea dudas en cuanto a la pena que corresponde imponer en el caso de las infracciones patrimoniales continuadas. Se cuestiona si la pena a imponer que establece el artículo 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 apartado 2º de este mismo artículo, o si, por el contrario, el hecho de que estos delitos se hallen regulados en un apartado distinto impide que se aplique el apartado 1º.

La Fiscalía General del Estado deja constancia en su Consulta que las dos tesis que se someten a debate cuentan a su favor con sólidos argumentos que exceden del criterio puramente gramatical, optando finalmente por la que le parece más conforme con la doctrina que ha venido estableciendo el Tribunal Supremo.

La primera tesis sostiene que la nueva redacción dada al artículo 74 por el Código penal de 1995, que dedica un apartado distinto a las infracciones patrimoniales desgajándolo del apartado 1º de dicho artículo, constituye una excepción al sistema general. La separación 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 esgrimen razones de interpretación sistemática al entender que el término "...teniendo en cuenta el perjuicio total causado..." no tiene por qué interpretarse siempre en perjuicio del reo.

La segunda tesis, por el contrario, considera que el artículo 74.2 del Código penal constituye un complemento al régimen general y, por tanto, la pena vendrá dada por la cuantificación del perjuicio total causado, determinante del tipo aplicable, cuya pena deberá imponerse en su mitad superior por aplicación del apartado 1º del artículo 74. Para la Fiscalía consultante esta debe ser la tesis a seguir porque de lo contrario la pena sería la misma, tanto si se comete un delito como si se cometen varios.

Las razones alegadas por la Fiscalía General del Estado para considerar de aplicación el apartado 1º a las infracciones patrimoniales son:

1º. El hecho de que se dedique un apartado distinto a las infracciones patrimoniales no es motivo suficiente como para entender que no es de aplicación a las mismas el apartado 1º del artículo 74.

2º. El delito continuado es una figura con caracteres propios y con una pena también propia y específica porque 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 tiene en cuenta en el caso del concurso real o medial.

3º. 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.

4º. La no aplicación del apartado 1º supondría en

la práctica una consecuencia jurídica que el Código penal tiene prevista para hipótesis distintas, ya que la pena más grave señalada en el apartado 2º del artículo 74 absorbería a las demás excluyendo su punición, por lo que se estaría aplicando al delito continuado la solución penológica establecida en el artículo 8.4 del Código penal para un supuesto distinto, como es el concurso de leyes.

Tomando como base a estas cuatro razones, la Fiscalía General del Estado concluye que los números 1 y 2 del artículo 74 deben interpretarse conjuntamente a la hora de determinar la pena a imponer.

A continuación la Fiscalía General del Estado hace un estudio, a pesar de que en la Consulta no se haga referencia a esta duda, sobre la compatibilidad del artículo 74 con otras disposiciones específicas relativas a delitos patrimoniales, llegando a las siguientes conclusiones:

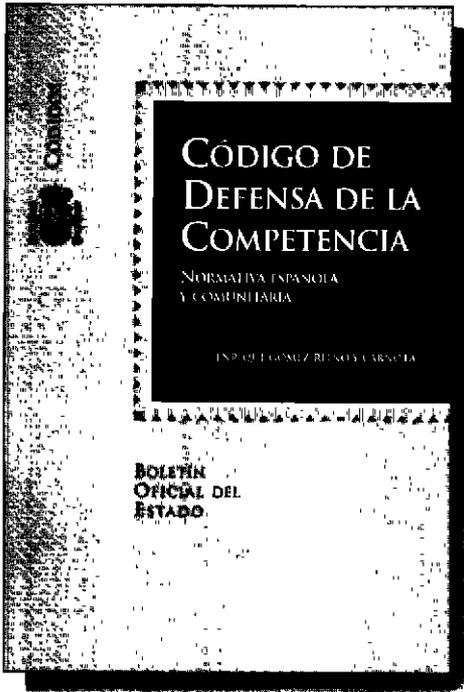
1º. En los delitos continuados de carácter patrimonial en los que además concorra una agravante específica, las reglas del artículo 74 1 y 2 son perfectamente compatibles con las reglas penológicas del delito en cuestión, excepto en el supuesto de que la agravante específica que concorra sea la de que el hecho "revista especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeren perjuicios de especial consideración" (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" (art. 250.6).

La Fiscalía General del Estado sigue en este tema las pautas que ya marcó en su Consulta 6/1988, de 9 de diciembre, sobre la penalidad en los delitos continuados de contenido patrimonial, advirtiendo en este caso que no hay que desterrar la posibilidad de aplicar también el artículo 74.1, cuando todos los delitos enjuiciados como delito continuado revistan, cada uno a su vez y aisladamente considerados, el carácter de "especial gravedad" exigido por el tipo cualificado.

2º. 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", artículo 74.2 *in fine*, se aplicarán las reglas penológicas del artículo 74.2, para el delito continuado masa. En este caso, una vez determinada la pena superior en uno o dos grados, la misma pena se podrá imponer en toda su extensión.

Por último, la Fiscalía General del Estado, plantea y resuelve la segunda consulta sobre las consecuencias penológicas en el caso de continuidad delictiva en las faltas.

Esta 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. La Fiscalía General del Estado ya resolvió esta cuestión en su Consulta 6/1988, considerando que las faltas continuadas de carácter patrimonial cuya cuantía total excede del *quantum* que diferencia la falta del delito habían de ser castigadas con las mismas reglas



CÓDIGO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

ENRIQUE GÓMEZ-REINO Y CARNOTA

Derecho español: Constitución Española, Defensa de la competencia, Exenciones de acuerdos por categorías y autorizaciones singulares. Concentraciones. Estructura orgánica. Aplicación en España de las reglas europeas de competencia.

Derecho comunitario europeo: Disposiciones generales. Interpretación por la Comisión de los artículos 85.1 TCE y 65.1 TCECA. Cooperación entre la Comisión y las jurisdicciones nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 TCE. Normas generales de procedimiento. Exenciones por categorías. Normas sectoriales. Concentraciones. Ayudas públicas.

Formularios. Anexos. Tabla cronológica. Índice analítico.
Edición en papel y CD-ROM.

1.^a edición (abril 1999, actualizada a diciembre 1999), 996 páginas
Colección Códigos
ISBN: 84-340-1130-1

Incluye, en Anexo, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, actualizada con las reformas introducidas por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, y la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de diciembre.

**PVP: 13.500 pesetas
81,13 €**

COLECCIÓN TEXTOS LEGALES

PROPIEDAD HORIZONTAL

16.^a edición (abril 2000), 232 páginas
Textos Legales, n.º 53

PVP: 1.000 pesetas - 6,01 €

IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

3.^a edición (abril 2000), 616 páginas
Textos Legales, n.º 74

PVP: 2.700 pesetas - 16,23 €

SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

5.^a edición (marzo 2000), 400 páginas
Textos Legales, n.º 72

PVP: 1.600 pesetas - 9,62 €

PLANES Y FONDOS DE PENSIONES

3.^a edición (marzo 2000), 412 páginas
Textos Legales, n.º 30

PVP: 1.600 pesetas - 9,62 €

TRATADOS DE LA UNIÓN EUROPEA Textos consolidados

1.^a edición (marzo 2000), 1.176 páginas
Textos Legales, n.º 98

PVP: 3.600 pesetas - 21,64 €

Novedad

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

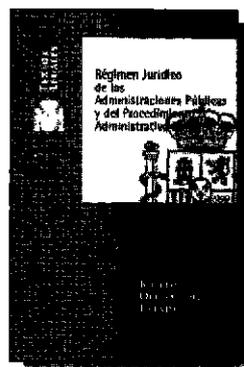
18.^a edición (marzo 2000), 392 páginas
Textos Legales, n.º 8

PVP: 1.550 pesetas - 9,32 €

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

10.^a edición (mayo 2000), 632 páginas
Textos Legales, n.º 88

PVP: 2.600 pesetas - 15,63 €



CUPÓN DE PEDIDO

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

LA LIBRERÍA DEL BOE
Trafalgar, 27. 28010 MADRID
Teléfono: 91 538 21 11
Fax: 91 538 21 21
E-mail: clientes@com.boe.es

Deseo recibir las siguientes publicaciones:

CÓDIGO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

TEXTOS LEGALES N.º

.....

Si quiere recibir información periódicamente a través de correo electrónico sobre las novedades editoriales del BOE, indiquenos su dirección.

E-mail:

Gastos de envío: EMPRESA DE MENSAJERÍA (675 pesetas)

D.

NIF

Domicilio

Población y Código Postal

..... de de 2000

(firma o sello)

Ref.: JD.

Los datos que nos facilite serán incorporados a nuestra base de datos. Usted podrá acceder, cancelar o rectificar sus datos en cualquier momento de acuerdo con la Ley 15/1999

penológicas que para el supuesto de los delitos continuados. Sin embargo, este criterio es replanteado en esta nueva Consulta sobre la base de los principios de proporcionalidad y *ne bis in idem*.

De acuerdo con estos principios la Fiscalía General del Estado considera que en el caso de 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 ese delito en toda su extensión, y no de modo obligatorio la pena en su mitad superior.

IV. INTERPRETACION DEL TRIBUNAL SUPREMO

El concepto de delito continuado en la jurisprudencia española pasó por cuatro etapas claramente diferenciadas¹⁰. Actualmente se entiende que el delito continuado no es una ficción *pietatis causa*, ni expediente de política criminal, ni modo de endurecer el ordenamiento jurídico castigando adecuadamente conductas que, en su aislamiento, son de índole venial, mientras que, consideradas unitaria y conjuntamente, revisten extraordinaria gravedad, sino ente jurídico de esencialidad real, dotado de existencia y *nomen* propios y autónomos, y que, ontológicamente, tiene vida auténtica e independiente sin necesidad de acudir a ficciones o a entelequias¹¹. Si bien no se ha mantenido por parte de la misma un criterio unitario. La jurisprudencia mayoritaria sostiene que: "Ha sido criterio doctrinalmente consagrado, y respaldado jurisprudencialmente, el que la cuantía del perjuicio en las infracciones contra el patrimonio no debe interpretarse como criterio único de punición en tales especies delictivas, sino que el mismo viene a sumarse, con carácter especial, al sistema general que antecede, de modo que el uno no excluye al otro. Con lo cual, como subrayan las sentencias de esta Sala, quiere decirse que "el perjuicio total" determinará la pena básica con la que debe operar el tribunal, ya sea para imponerla en cualquiera de sus grados, ya sea para llegar a los grados mínimo y medio de la superior, postura y criterio justo al no deberse hacer de igual condición al que perpetra un solo delito patrimonial causante del mismo perjuicio que al que comete varias infracciones con el mismo o con mayor daño. La posibilidad agravatoria que contiene el artículo 69 bis (actual artículo 74) actúa como correctora de tales resultados"¹².

Sin embargo, en la actualidad, la interpretación del delito continuado en materia de infracciones contra el patrimonio ha dado un giro importante en la doctrina del Tribunal Supremo.

La Sala del Tribunal Supremo en un Pleno celebrado el 27 de marzo de 1998 para la unificación en

la aplicación del derecho, tomó el acuerdo siguiente: "En los casos de hurtos varios la calificación como delito o falta debe hacerse por el total de lo sustraído, si previamente a esa valoración económica se ha apreciado continuidad en las acciones sucesivas realizadas, por la concurrencia de los requisitos del artículo 74 del Código penal, los cuales, perjudicando al reo, deberán interpretarse restrictivamente".

Sin embargo, el Pleno no abordó una cuestión básica relacionada con la anterior, a saber, una vez convertidas las distintas faltas de estafa, hurto, etc., en un delito continuado de esa misma figura delictiva, si resulta imperativa la imposición del apartado primero del artículo 74 del Código penal, es decir, si resulta o no imperativa la imposición de la pena en su mitad superior conforme al apartado 1º de ese mismo artículo.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado por vez primera el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 1998, en un caso de conversión de dos faltas de estafa en un delito continuado de estafa. El Tribunal Supremo declara, en esta sentencia, que no resulta necesaria la imposición de la pena en su mitad superior cuando la continuidad delictiva tiene su origen en faltas continuadas contra el patrimonio, por las siguientes razones:

a) Constituiría una infracción del principio *ne bis in idem* si se valorase dos veces, en perjuicio del acusado, la suma de cantidades que inicialmente suponían, aisladamente, faltas contra el patrimonio. La primera valoración consistiría en convertir en delito varias acciones que separadas eran constitutivas de falta contra el patrimonio. La segunda valoración, igualmente perjudicial para el acusado, consistiría en prescindir de la regla prevista en el número 1º del artículo 66 del Código penal, imponiéndose un resultado igual a la regla 3ª de ese mismo precepto que se refiere a la concurrencia de circunstancias agravantes. Es decir, también operaría como circunstancia agravante, de apreciarse como imperativa la imposición de la pena en su mitad superior.

Esta posible infracción del principio *ne bis in idem* no se producía con el Código penal derogado ya que el Tribunal no estaba obligado a agravar la pena, en cuanto el artículo 69 bis le autorizaba a imponerla en cualquiera de sus grados.

b) Se vulneraría el principio de igualdad en relación con la proporcionalidad en la imposición de la pena, ya que un delito contra el patrimonio de cuantía superior se podría castigar con menor pena. Así, en este caso, la suma del perjuicio económico causado es de 77.000 pesetas, y un delito de hurto o estafa que generase un perjuicio económico igual e incluso mayor se podría castigar con una pena en su mitad inferior, lo que no sucedería con el delito continuado de seguirse el criterio de la imposición imperativa de la pena en su mitad superior.

c) En este concreto aspecto, no resulta aplicable la doctrina jurisprudencial sobre el delito continuado en el Código derogado ya que la redacción del delito continuado en el Código vigente difiere de la que tenía en el anterior Código. Así, en primer lugar, porque el apartado que se refiere a los delitos contra el patrimonio está separado por un punto aparte

¹⁰ Sobre la evolución del concepto de delito continuado en la jurisprudencia española, Vid. Castineira, *El delito continuado*, Barcelona, 1977, págs 23 y ss.

¹¹ Vid. en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1991.

¹² Vid., entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1994

y en un número distinto, lo que no sucedía en el Código derogado, y ello hace que sea más factible sostener el carácter alternativo o independiente del apartado segundo del artículo 74 del Código vigente, con relación al apartado primero. Y en segundo lugar, en el Código derogado el Tribunal no estaba obligado a agravar la pena, en cuanto el artículo 69 bis le autorizaba a imponerla en cualquiera de sus grados.

d) La interpretación que se sostiene es la que está en más consonancia con la mayor discrecionalidad que se aprecia en el Código vigente en la determinación de la pena para su mejor individualización, como sucede en la regla 1ª del artículo 66.

e) La no imposición imperativa de la pena, en estos casos, en su mitad superior no empece para que los supuestos de continuidad múltiples o de mayor gravedad no tengan adecuada respuesta, bien con el juego de la mayor discrecionalidad que otorga la regla 1ª del artículo 66, bien con la posibilidad agravatoria que viene prevista, para hechos de notoria gravedad o en los que resulten perjudicados una generalidad de personas, en el mismo apartado segundo del artículo 74 del vigente Código penal.

Por todas estas razones el Tribunal Supremo aconseja otorgar al apartado segundo del artículo 74 del Código penal un carácter alternativo e independiente respecto al apartado primero en lo que concierne a la determinación de la pena. De este modo ese carácter no complementario del apartado que regula las infracciones contra el patrimonio permite a los Tribunales, cuando se trata de un delito continuado surgido de la suma del perjuicio total causado, de lo que inicialmente eran varias faltas contra el patrimonio, aplicar la pena en toda su extensión sin que se vean forzados a la imposición de la pena en su mitad superior, como sucede en el apartado primero de ese mismo precepto del Código penal.

Según lo anterior, el Tribunal Supremo en esta sentencia declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal, que alega la no aplicación del apartado 1º del artículo 74 por la Audiencia Provincial de Cádiz.

Un paso más lo da el Tribunal Supremo en su posterior sentencia de 17 de marzo de 1999, al considerar que en el delito continuado no es necesario imponer conforme al artículo 74.2 la pena en su mitad superior. En este caso se trataba de concurrencia de hechos que son delito con hechos que aisladamente considerados serían faltas ya que el acusado realizó varias estafas por los siguientes importes: 49.923 pesetas, 56.148 pesetas, 119.531 pesetas y 145.465 pesetas.

Entiende el Tribunal Supremo en este supuesto concreto que la obligada referencia al "perjuicio total causado", a la hora de fijar la pena correspondiente en los delitos continuados "contra el patrimonio" (art. 74.2, inciso primero, del Código penal), junto con la previsión legal de que en tales delitos el juez o Tribunal impondrá la pena superior en uno o dos grados "si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiese perjudicado a una generalidad de personas"

(artículo 74.2, inciso segundo del Código penal), debe ser interpretada como una regla singular para la determinación de la pena correspondiente en tales supuestos, al margen de la prevista con carácter general en el apartado 1º del mismo artículo, aplicable lógicamente a los restantes tipos de delito continuado, de tal modo que el órgano jurisdiccional, en atención a la pequeña o moderada entidad del "perjuicio total causado", pueda imponer al culpable, incluso, la pena correspondiente al tipo básico de que se trate, sin verse obligado a hacerlo en la mitad superior de dicha pena.

Y añade la sentencia: "De no interpretarse así el precepto, carecería de sentido la obligada referencia al "perjuicio total causado", impuesta al juzgador en el texto legal a la hora de determinar la pena a imponer a este tipo de delitos continuados, y, al propio tiempo, impediría al órgano jurisdiccional atemperar la pena a la gravedad de los hechos y a la culpabilidad del sujeto, de modo especial en los casos en que se haya apreciado el delito continuado con hechos constitutivos de simple falta, infracciones meramente intentadas e, incluso, con infracciones consumadas de escasa entidad; mientras se prevé la posibilidad de aplicar una importante agravación penológica para los casos en que los hechos revistieren una "notoria gravedad" y afectasen a una "generalidad de personas".

Conforme a este criterio, el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta la suma total de lo defraudado (trescientas setenta y una mil setenta y siete pesetas), estima procedente imponer al acusado la sanción básica prevista en el artículo 249 del Código penal sin hacer uso de la agravación establecida en el apartado 1º del artículo 74 del Código penal.

Una posterior sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de julio de 1999, en un caso de apropiación indebida de la recaudación por un conductor de autobuses, reitera la interpretación del artículo 74.2 del Código penal conforme a las sentencias anteriormente citadas. Entiende el Tribunal Supremo que tratándose de una pluralidad de apropiaciones de metálico, realizadas en días sucesivos, con idéntica mecánica comisiva y aprovechando idéntica ocasión, por importe total de 228.250 pesetas, la aplicación del artículo 74.2. del Código penal es plenamente correcta. Máxime cuando el Tribunal sentenciador, con buen criterio, ha considerado este párrafo autónomamente, en el sentido de no venir condicionado por la penalidad establecida en el primero, y ha prescindido, por ello, de la imposición de la pena en su mitad superior.

V. HACIA UNA NUEVA INTERPRETACION DEL DELITO CONTINUADO EN LAS INFRACCIONES PATRIMONIALES

La razón fundamental esgrimida por la doctrina penal mayoritaria para sustentar el criterio de acumulación de los apartados 1º y 2º del artículo 74 en los supuestos de infracciones patrimoniales continuadas, reside en evitar que pueda ser castigado igualmente, con la misma pena, el sujeto que reali-

za un solo delito patrimonial que aquel otro sujeto que realiza varios delitos patrimoniales continuados.

Sin embargo, son varias las razones que aconsejan un tratamiento penológico diferenciado en los supuestos de infracciones continuadas de carácter patrimonial, sin sujeción a la regla del apartado 1º del artículo 74 del Código penal.

En primer lugar: razones sustentadas en las modificaciones sufridas en la redacción del delito continuado de carácter patrimonial con la entrada en vigor del Código penal de 1995 en relación con la redacción que contenía el Código penal derogado.

La primera razón se basa en la diferente estructura que adopta el artículo 74. Frente al texto punitivo derogado que contenía una regulación conjunta para los delitos continuados fueran o no de carácter patrimonial, el legislador de 1995 dedica un apartado distinto e independiza, de este modo, el apartado 2º del apartado 1º del artículo 74. Dedica, en efecto, el legislador de 1995, un primer apartado a la tipificación del delito continuado genérico, un tercer apartado a las excepciones a la continuidad delictiva y un segundo apartado a las infracciones continuadas de carácter patrimonial.

Se alega, no obstante, por la doctrina mayoritaria que no es suficiente la regulación en apartados distintos para cambiar el criterio hasta ahora mantenido, en el sentido de entender que también en el caso de las infracciones patrimoniales continuadas se ha de aplicar la regla contenida en el apartado 1º del artículo 74 y, por tanto, imponer la pena en su mitad superior. Criterio, por otra parte, no mantenido de forma unitaria por la jurisprudencia¹³.

A mi juicio, la nueva redacción ha venido a favorecer la desvinculación del tratamiento de los delitos patrimoniales continuados al desgajarla de la regla primera del artículo 74. Con esta enumeración en apartados distintos queda manifiesta la voluntad del legislador de entender que en las infracciones patrimoniales continuadas la pena ha de imponerse, como reza el propio apartado 2º del artículo 74, en exclusiva función de datos cuantitativos, teniendo en cuenta "el perjuicio total causado", convirtiéndose así en regla especial que se separa de la regla general, al igual que sucede con el denominado delito masa, delito típicamente patrimonial, regulado en el apartado 2º *in fine* del artículo 74, que se sus trae a la regla general contenida en el apartado 1º.

La segunda razón se fundamenta en el diferente tratamiento penológico ofrecido por el Código penal derogado y el Código penal vigente.

Mientras el Código penal derogado establecía un aumento de la pena potestativo, "que *podrá ser aumentada* hasta el grado medio de la pena superior" (art. 69 bis), el Código penal vigente opta por el carácter obligatorio del aumento, "que *se impondrá* en su mitad superior" (art. 74.1), lo que se traduce en una exacerbación punitiva. De ahí que en el cambio del carácter potestativo al carácter obligatorio del aumento de pena se encuentre, quizás, una de las razones del desdoble del antiguo artículo 69 bis, pa-

ra evitar, precisamente, que tal obligatoriedad lleve a tal exacerbación punitiva

En segundo lugar: razones técnico-jurídicas.

Desde esta perspectiva carecería de todo sentido la previsión legal de la expresión "perjuicio total causado" en el momento de determinar la pena a imponer, impidiendo al juez adecuar la pena a la gravedad de los hechos y a la culpabilidad del sujeto. A su vez, el apartado segundo comienza diciendo "se impondrá la pena", en clara referencia a una regla penológica propia.

Además, si el legislador hubiera querido vincular el apartado 1º al apartado 2º lo hubiera hecho constar expresamente como hizo en el Anteproyecto de Código penal de 1992 cuyo artículo 74.2 establecía: "Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado, *aplicándose igualmente la regla prevista en el número anterior*". Con esta mención expresa, que no deja lugar a interpretaciones, el legislador declara que el deslinde de los apartados, como sucede en el Código penal vigente, no impide la aplicación de la regla general a los delitos continuados de carácter patrimonial.

De igual tenor literal era el apartado 2º del artículo 75 del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1992. Sin embargo, y curiosamente, el legislador cambia de criterio a partir del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1994 y hace desaparecer el inciso "aplicándose igualmente la regla prevista en el número anterior". Supresión que se mantiene en el texto definitivo del actual artículo 74.2º. Con esta supresión es evidente y manifiesto que la intención del legislador era no hacer depender el apartado 2º de la regla contenida en el apartado 1º. Si el legislador hubiese querido que los delitos continuados patrimoniales se sometieran a la regla general no hubiera eliminado del texto el mencionado inciso.

Puesto que el objeto de la interpretación es determinar y fijar el contenido de la ley, debe reconocerse como uno de los medios más útiles para este fin la indagación del motivo, o sea, la razón y causa de la ley, *ratio legis*, es decir, la intención y voluntad del legislador, *mens legis*¹⁴.

En tercer lugar: por razones de vulneración de los principios constitucionales de *ne bis in idem* e igualdad.

El principio *ne bis in idem* y el principio de igualdad, en su vertiente de proporcionalidad de las penas, quedarían vulnerados con la aplicación del apartado 1º a los supuestos de continuidad delictiva patrimonial. El primer principio se vulneraría como consecuencia de valorarse dos veces, en perjuicio del acusado, la suma de cantidades que consideradas faltas pasan a transformarse en delito continuado y la segunda valoración, también perjudicial para el acusado, al prescindir de la regla prevista en el artículo 66.1º, quedando una pena igual que si se hubiese aplicado la regla 3ª de ese mismo artículo, es decir, como apreciación de una circunstancia agravante.

¹³ Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de octubre de 1997 y la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1999.

¹⁴ Vid. Fiore, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, ob. cit., pág. 588.

El principio de igualdad en relación con la proporcionalidad de las penas se vulneraría en el momento en que un delito contra el patrimonio de cuantía superior se podría castigar con menor pena. Como ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de abril de 1998 "el principio de proporcionalidad en la imposición de las penas no solamente se dirige al legislador, sino también al interprete de la ley, dado que se deriva del valor justicia establecido en el artículo 1 CE como garantía superior del ordenamiento jurídico y obliga, por tanto, a todos los poderes públicos (art. 9.1 CE)".

La doctrina mayoritaria alega que no puede castigarse de igual forma al sujeto que realiza un solo delito patrimonial que aquel otro sujeto que realiza varios atentados contra el patrimonio con continuidad delictiva.

Esta objeción carece de toda lógica jurídica, pues hay que pensar que si se mantuviera el criterio de acumulación, se podría castigar con mayor pena varios delitos patrimoniales continuados cuyo monto no superase el valor de un solo delito patrimonial. Así, tres hurtos, en continuidad delictiva, de 60.000 pesetas cada uno sería castigado con mayor pena (prisión de doce a dieciocho meses) que un solo delito de hurto por valor de 300.000 pesetas (prisión de seis a dieciocho meses).

Lógicamente, la no imposición imperativa de la pena en su mitad superior no supone que los supuestos de continuidad múltiples o de mayor gravedad no tengan adecuada respuesta, bien a través de la regla 1ª del artículo 66, bien con la posibilidad agravatoria prevista en el mismo apartado 2º del artículo 74 *in fine*. Este doble juego de posibilidades sirve para evitar que situaciones desiguales sean castigadas con penas iguales.

Algunas de estas razones ya han sido alegadas por distintas Fiscalías, según consta en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1998, para cuestionar el tratamiento penológico que se da a las infracciones patrimoniales continuadas y se pronuncian, en general, a favor de la no aplicación de la exacerbación punitiva prevista en el apartado 1º del artículo 74. Para las distintas Fiscalías el art. 74.2º establece una regla especial a todos los efectos y, por tanto, la pena base de los delitos patrimoniales

continuados es la que corresponde al perjuicio total causado en toda su extensión y así fijada, operaran entonces las reglas generales para la aplicación de las penas (arts. 61 a 72) atendiendo a las formas de apreciación del delito y posibles circunstancias modificativas¹⁵.

Asimismo, el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre la aplicación del nuevo Código Penal se refiere a la pena para el delito continuado en los siguientes términos: "Lo previsto en el artículo 74.1 supone la obligatoriedad de imponer la pena prevista para el delito más grave en su mitad superior, frente a la imposición simplemente facultativa del Código penal derogado. Si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 74.2 con respecto a los delitos contra el patrimonio, que pueden llevar a considerar como delito lo que de no existir tal precepto debería calificarse como falta continuada, puede resultar exagerada la actual obligatoriedad, y ello aunque se interprete, debe hacerse que la aplicación de lo dispuesto en el núm. 2 del artículo 74 impide imponer la pena prevista en el núm. 1".

Se inicia el camino hacia una nueva interpretación del tratamiento penológico en las infracciones contra el patrimonio continuadas. En este sentido, la Fiscalía General del Estado y el Tribunal Supremo han dado un paso adelante y han replanteado el tema pero, ciertamente, tan solo en relación con la pena aplicable al caso de que diversas faltas continuadas se transformen en delito continuado. En estos supuestos se defiende, desde ambas instituciones, el criterio de la no obligatoriedad de elevar la pena a su mitad superior y se postula el carácter alternativo e independiente, regla singular, del apartado 2º al margen de la previsión contenida en el apartado 1º del artículo 74 del Código penal. En estos casos, para individualizar la pena, el juez puede recurrir a los artículos 66.1 y 74.2 *in fine*, del Código penal.

No obstante, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de marzo de 1999, en un caso de concurrencia de hechos que son delito con hechos que aisladamente considerados serían faltas, ha ido, acertadamente, más lejos al considerar que en el delito continuado no es necesario imponer conforme al artículo 74.2 la pena en su mitad superior.

¹⁵ Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1998, págs. 337 y 338.