

EL CASTIGO DE LOS DELITOS PATRIMONIALES CONTINUADOS

JUAN ANTONIO PÉREZ PARENTE
Coronel Auditor
Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad de Burgos

SUMARIO

DELIMITACIONES CONCEPTUALES. EL CASTIGO DE LOS DELITOS PATRIMONIALES CONTINUADOS. POSTURAS DOCTRINALES. RESOLUCIONES JURISPRUDENCIALES. SU INCIDENCIA EN LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA EN EL ÁMBITO MILITAR. CONCLUSIONES.

DELIMITACIONES CONCEPTUALES

En el seno del Título XIII del Código Penal de 1995, se castigan los denominados delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, pero a lo largo de su articulado resulta difícil precisar si nos encontramos ante uno u otro grupo de delitos, máxime, como indica González Rus¹ si se atiende a su aspecto lesivo en relación con el bien jurídico tutelado, “ya que algunos delitos socioeconómicos acaban incidiendo en el patrimonio individual, y, del mismo modo, algunos delitos patrimoniales tienen una trascendencia que va más allá de lo puramente privado”.

Cierto que el propio legislador, en el Capítulo X del indicado Título, en las disposiciones comunes a los capítulos anteriores, concretamente en la excusa absolutoria del artículo 268, parece calificar de delitos patrimoniales a los que le preceden, esto es, a los tipificados en los artículos 234 al

¹ GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ “Curso de Derecho Penal Español. Parte especial” Dirigida por Manuel Cobo del Rosal. Marcial Pons. 1996 Pág. 584. Sobre tal indeterminación véase también entre otros, LANDECHO VELASCO, CARLOS y MOLINA BLÁZQUEZ, CONCEPCIÓN “Derecho Penal español. Parte especial”. Tecnos, 1996. Pág. 182.

267, deduciéndose que serían delitos socioeconómicos los comprendidos entre el artículo 270 al 304, pero resulta discutible, ateniéndonos a esta presumible clasificación legal, que, por ejemplo, la llamada y polémica usurpación pacífica (art. 245.2) sea un delito netamente patrimonial², porque ¿qué perjuicio patrimonial se causa al no encontrarse dentro de la órbita del tipo ni el ánimo de lucro ni la posible utilidad reportada?

Lo mismo podríamos predicar del delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262) ya que lo verdaderamente protegido es la libertad de pujar de los licitadores, aunque como indica Serrano Gómez³, con apoyo jurisprudencial, podría tratarse de un delito pluriofensivo, ya que, además, de la libertad de los licitadores, también se protegerían los intereses patrimoniales de los propietarios de los bienes objeto de concursos o subastas públicas.

Otro tanto cabe decir del delito de daños contra bienes afectos al servicio de las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad del artículo 265, en el que el bien jurídico protegido no es el patrimonio individual, sino la Defensa Nacional⁴.

Por todo ello, y siguiendo la concepción jurídico-económica dominante del patrimonio⁵, entendemos por delitos patrimoniales, aquellos, cuyo objeto material tiene un valor económico y produce una disminución del acervo patrimonial que corresponde a una persona.

Esto es, elementos comunes a todos los delitos patrimoniales son el valor económico y el daño patrimonial.

Para formar parte del patrimonio las cosas han de estar dotadas de valor económico, han de ser directamente convertibles en dinero; exigen-

² MANZANARES SAMANIEGO, JOSE LUIS. "La llamada usurpación pacífica: artículo 245.2 del Código Penal". Actualidad Penal n.º 40 de 1997. Págs. 901 a 915.

³ SERRANO GOMEZ, ALFONSO. "Derecho Penal. Parte especial.". Delitos contra el patrimonio. Dykinson, 1996. Pág. 464.

⁴ Véase SERRANO BUTRAGEÑO, IGNACIO "Los delitos de daños", 1994. Pág. 391. ANDRES DOMINGUEZ, ANA CRISTINA, "Los daños a objetos de las Fuerzas Armadas" en "La Ley" n.º 4365 de 1997. De la misma autora: "El delito de daños: consideraciones jurídico-políticas y dogmáticas". Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos. 1999. Pág. 215 a 217.

⁵ Véase, entre otros, RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA, SERRANO GOMEZ, ALFONSO, "Derecho Penal español. Parte Especial". Dykinson, 1993 Pág. 371; TORIO LOPEZ, ANGEL "Acción y resultado típico en la estafa procesal" libro de homenaje a Antón Oneca. Universidad de Salamanca, 1982. Pág.896; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "Derecho Penal. Parte especial". Tirant lo Blanch, 1996. Pág 212; HUERTA TOCILDO, SUSANA, "La Protección del patrimonio inmobiliario", Madrid, 1980. Pág 35; BAJO FERNANDEZ, MIGUEL "Manual de Derecho Penal: delitos patrimoniales y socioeconómicos" Madrid, 1993. Pág 268; VIVES ANTON, TOMAS SALVADOR, en la obra colectiva "Derecho Penal. Parte especial" Tirant lo Blanch, 1993. Pág. 795.

cia que deriva no sólo del concepto económico jurídico de patrimonio que subyace en nuestro Código Penal, sino del hecho de que nuestro Código se basa primordialmente en el daño objetivo, pues si bien el sistema de cuantías ha sido atemperado no ha sido erradicado.

Vinculando estrechamente al concepto de patrimonio se encuentra también el de daño patrimonial. Elemento esencial a los delitos patrimoniales en la medida en que en él se concreta la lesión al concreto bien o interés patrimonial constituyendo el denominador común a todos los delitos pertenecientes al grupo y el fundamento de la ilicitud penal patrimonial. El daño patrimonial consiste, en la disminución económicamente apreciable del conjunto de bienes económicos que pertenecen a una persona bajo la protección del ordenamiento jurídico. Ha de consistir en una pérdida económica, valorable en dinero, pero reflejada en la privación de bienes o derechos que se encuentran bajo la disposición del sujeto en virtud de una relación jurídica.

Por otra parte, el ente jurídico denominado delito continuado⁶ o “*concurso continuatus*”, fue en sus orígenes, una creación de la práctica medieval que se introdujo en el ordenamiento punitivo español merced a las aportaciones de la doctrina y de la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo, pues el Código Penal, antes de su Reforma por Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, ni conocía, ni se ocupaba de tal “*nomen iuris*”.

Precisamente, dicha entidad ontológica, antes de la expresada Reforma, fue objeto de una doble valoración punitiva según la índole del delito cometido, distinguiéndose entre aquellos en los que cabía sumar la entidad de los actos parciales y obtener como resultado un delito único más grave, que era lo que sucedía en los delitos patrimoniales cuya pena se determinaba en función del valor económico del objeto material o del perjuicio, por lo que el delito resultante suponía, por ejemplo, un hurto por valor de la totalidad de lo sustraído en las diversas acciones, y los casos en que los actos parciales no eran susceptibles de adición cuantitativa que se reflejara en la continuación delictiva, como era el caso de las

⁶ CASTIÑEIRA PALOU, M.^a TERESA, “El delito continuado”, Bosch, 1977. Págs. 173 y sig. SANZ MORÁN, ANGEL, “El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa”, Universidad de Valladolid, 1986. Págs. 195 a 208. CANTARERO BANDRÉS, ROCÍO, “Problemas penales y procesales del delito continuado” Ed. P.P.V., 1990. CUERDA RIEZU, ANTONIO “Concurso de delitos y determinación de la pena”, Tecnos, 1991. Págs 97 a 138. COBO DEL ROSAL, MANUEL “Sobre el delito continuado”, en la obra colectiva “Unidad y pluralidad de delitos” en Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, 1995. Págs 241 a 263. CHOCLAN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO “El delito continuado”, Marcial Pons, 1997.

falsedades o el cohecho, en cuyo supuesto la pena no resultaba más grave que la correspondiente a cada uno de los distintos hechos calificados separadamente. Es decir, en los primeros la pena se imponía por la total cuantía de lo sustraído (Sentencias de la Sala 2.^a, entre otras, de 12 de junio de 1967. Ref. Ar. 3276, 5 y 25 de mayo de 1973. Ref. Ar. 1948 y 2421, y, 17 de noviembre de 1978. Ref. Ar. 3446) y en los segundos se castigaba por la pena correspondiente a uno sólo de los delitos (Sentencias de 2 de abril. Ref. Ar. 1686 y 5 de noviembre de 1971. Ref. Ar. 4473 y 24 de enero de 1977. Ref. Ar. 77).

Ni que decir tiene, que tal sistema punitivo, criticado fuertemente por la doctrina patria, daba lugar a un privilegio o a una agravación, según la índole de las diversas figuras delictivas realizadas. En los delitos cuya pena no parecía vinculada a la cuantía o valor de lo sustraído o defraudado, el delito continuado operaba siempre de manera privilegiadora. En cambio, si la pena se determinaba en función de la cuantía, la consideración como unidad delictiva, cuya pena se fijaba teniendo en cuenta el montante total de lo sustraído o defraudado, podía provocar un “salto” de marco penal que, incluso, diera lugar a una pena concreta más grave que la resultante de la aplicación de los límites del artículo 70, regla 2.^a, del anterior Código Penal.

Es por ello, que en los últimos años y como ya advirtiera, entre otras muchas, la Sentencia de 1 de marzo de 1995 (A.P. Ref. 392), el delito continuado no era una ficción “*pietatis causae*”, esto es, sólo aplicable en caso de que favoreciera al reo, ni un expediente de política criminal destinado a que no quedaran impunes conductas que eran conocidas y probadas en su totalidad, pero que, respecto a las cuales, no era posible singularizar las distintas acciones, ni un modo de evitar el castigo leve o irrisorio de comportamientos que, contemplados aisladamente eran de manifiesta levedad, pero que conjuntados y, encadenados entre sí, revestían un grave atentado a bienes jurídicos ajenos, sino un ente jurídico de esencialidad real, dotado de existencia y nombre propio y autónomo.

Del estudio de esa misma jurisprudencia, (Sentencias de la Sala II de 20 de marzo, 2 de octubre y 16 de diciembre de 1998. Ref. Ar. 2432, Ref. Ar. 8038 y Ref. Ar. 10.317, de 27 y 28 de enero de 1999, Refs. Ar. 830 y 831, 18 de marzo de 1999, Ref. Ar. 2406, 28 de septiembre de 2000, Ref. Ar. 8260) para la admisión del delito continuado se hace preciso: a) Una pluralidad de hechos o acciones, ontológicamente diferenciables, que no hayan sido objeto de enjuiciamiento y sanción por parte del órgano judicial, pendientes, pues, de resolverse en el mismo proceso. b) Un plan pre-

concebido, equivalente al denominado dolo unitario, dolo conjunto o designio único, concibiendo el sujeto o sujetos activos la plural dinámica comisiva como un todo monolítico, un designio criminal común, hablándose también de culpabilidad homogénea capaz de ligar las diversas infracciones, o bien el aprovechamiento de idéntica ocasión, pudiendo equipararse tal expresión a ocasiones semejantes o parecidas, con empleo de la misma o equivalente dinámica comisiva. c) Unidad u homogeneidad de delitos, entendida en el sentido de que las múltiples actuaciones queden subsumidas en idéntico tipo penal o en semejante o emparentadas figuras delictivas d) Identidad del sujeto o sujetos activos en todas las acciones consideradas, lo que no es óbice para cooperaciones limitadas -autoría adhesiva- que quedarían fuera de la continuidad e) No se hace precisa la identidad de sujetos pasivos, si bien su concurrencia habrá de valorarse como dato, altamente indiciario, de la presencia de la continuidad. f) Que los bienes jurídicos atacados no tengan naturaleza eminentemente personal, dado que la incidencia en bienes tan enraizados o inherentes al ser humano -vida, integridad física o moral, libertad- imposibilita todo intento unificativo o aglutinador, y g) Desenvolvimiento de las diversas acciones en el mismo o aproximado entorno espacial, sin un distanciamiento temporal que las haga aparecer ajenas y desentendidas las unas de las otras.

Al hilo de las precedentes consideraciones, y con las dificultades apuntadas en orden a la catalogación de los delitos patrimoniales, la cuestión que pretendemos abordar y analizar a lo largo de esta exposición, es la relativa a la concreta punición de los delitos patrimoniales continuados, tal como expresa la rúbrica de este trabajo, y su posible aplicación a los “delitos contra la Hacienda en el ámbito militar”, singularmente a los tipos delictivos de los artículos 195 y 196 del Código Penal Militar.

EL CASTIGO DE LOS DELITOS PATRIMONIALES CONTINUADOS: LA CLAUSULA DEL PERJUICIO TOTAL CAUSADO

El artículo 74 del actual Código Penal, en parecidos términos, aunque no en su punición, al artículo 69 bis del anterior Código Penal, regula esta institución, disponiendo que, en esta clase de delitos, se impondrá “la pena señalada a la infracción más grave en su mitad superior”, para acto seguido, en su párrafo 2.º, prescribir que “si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total cau-

sado. 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 revistiese notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas”, refiriéndose, por último, en su párrafo 3.º a la no aplicación de la continuidad delictiva si se trata de ofensas a bienes eminentemente personales, exceptuando de la excepción las infracciones contra el honor y la libertad sexual, pues en tales supuestos se debe atender a la naturaleza del hecho y del precepto penal infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

Respecto de la regla de determinación de la pena contenida en el párrafo 1.º, esto es, aplicación de la pena del delito más grave en su mitad superior, Molina Blázquez⁷, considera que esta norma plantea un grave problema de interpretación, ya que, cuando el legislador alude a la infracción más grave, ¿a qué se refiere?, a la pena del tipo más grave, a la pena del tipo una vez considerados el grado de desarrollo y participación, o, a la pena del tipo una vez aplicadas todas las posibles degradaciones, incluidas las circunstancias atenuantes, optando por la solución de que la infracción más grave debe considerarse una vez aplicadas todas las degradaciones de pena posible. La solución sería la misma que la adoptada por la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo, para el cálculo de la pena del concurso ideal de delitos, esto es, debe atenderse a la pena que en concreto tenga cada delito en función de las circunstancias concurrentes, y en particular, las representadas por los grados de ejecución, formas de participación y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (Por todas, con cita de abundante jurisprudencia, Sentencia de 12 de julio de 2000, Ref. “La Ley” 9886).

Ahora bien, en el párrafo 2.º, tratándose de infracciones contra el patrimonio, la pena se tiene que imponer, como ya dijimos, teniendo en cuenta el total perjuicio causado, pero ¿qué quiere ello decir?

En concreto, cabe preguntarse si este párrafo 2.º del art. 74, se está refiriendo a una norma específica de determinación de la pena en los delitos patrimoniales, o, por el contrario debe cohonestarse con el párrafo 1.º del mismo precepto. Dicho de otra forma, en los delitos patrimoniales una vez considerado el perjuicio total causado ¿se debe imponer la pena en su mitad superior?

⁷ MOLINA BLÁZQUEZ, CONCEPCIÓN “La aplicación de la pena”. Bosch, 1996. Pág.219. La misma solución en CHOCLAN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO, “La individualización judicial de la pena”. Colex, 1997. Pág 162.

POSTURAS DOCTRINALES

La respuesta a tan enigmática cuestión no ha recibido una contestación unánime en la doctrina española. A tal respecto, Mir Puig⁸, Terradillos Basoco y Mapelli Caffarena⁹, y García Arán¹⁰, aunque no de un modo rotundo, parecen inclinarse en el sentido de que se trata de una regla específica de determinación de la pena.

En esta misma dirección, aunque de un modo más diáfano, Boldova Pasamar¹¹, afirma que “el párrafo 2.º del artículo 74”, contiene un sistema especial de determinación de la pena para las infracciones contra el patrimonio. La pena así obtenida excluye la aplicación del párrafo 1.º.

Asimismo, Bello Landrove¹², sostiene que “si el delito patrimonial no reúne las exigencias de gravedad y masa, no sufrirá otra agravación que la de graduarse la pena en función al perjuicio total causado, sin que sea ni siquiera obligatoria la imposición de la pena en su mitad superior”.

Finalmente, De Vicente Martínez¹³, postula que el párrafo 2.º del artículo 74, “no establece una concreta penalidad para el delito continuado, ya que se trata de una regla especial o específica que determina unos marcos penales distintos de los demás delitos continuados. En síntesis, el párrafo 2.º no está sometido, a efectos del cálculo de la pena, al apartado 1.º”.

En contra de tales argumentaciones Llorca Ortega¹⁴ y De Lamo Rubio¹⁵, entienden que fijada la pena en atención al perjuicio total causado, ésta debe imponerse en su mitad superior, conjugando así el apartado 1.º del artículo 74, con su inciso segundo.

⁸ MIR PUIG, SANTIAGO “Derecho Penal. Parte general”. Barcelona, 1996. Pág. 660.

⁹ TERRADILLOS BASOCO, JUAN y MAPELLI CAFARENA, BORJA “Las consecuencias jurídicas del delito”. Civitas, 1996. Pág. 197.

¹⁰ GARCÍA ARÁN, MERCEDES “Fundamentos y aplicación de las penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995”. Aranzadi, 1997. Pág. 92. De la misma autora véase “El delito de hurto”. Tirant lo Blanch, 1998. Pág. 182.

¹¹ BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL, “Lecciones de consecuencias jurídicas del delito”, obra conjunta con GRACÍA MARTÍN, LUIS (Coordinador) y ALASTUEY DOBON, M.ª CARMEN. Tirant lo Blanch, 1998. Pág. 213.

¹² BELLO LANDROVE, FEDERICO, “Determinación de la Pena”, en la obra colectiva “Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal”. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Págs. 363 y 364.

¹³ DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO “El delito de robo con fuerza en las cosas”, Tirant lo Blanch, 1999. Págs. 154 y 155

¹⁴ LLORCA ORTEGA, JOSÉ, “Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995”. Tirant lo Blanch, 1996. Págs. 203 y 204.

¹⁵ DE LAMO RUBIO, ANTONIO “Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal”, Bosch, 1997. Pág. 360.

Para el primero de los últimamente citados autores, tras poner de manifiesto una mayor responsabilidad en la realización de varias acciones en unidad continuada que en la comisión de un solo delito patrimonial, “si en la formación de la pena del delito continuado patrimonial únicamente hubiera de operar el perjuicio total causado, los resultados serían desconcertantes y contrarios a toda lógica jurídica, ya que, suprimido en la actualidad el sistema de castigo por cuantías, el monto del perjuicio únicamente produce el efecto de determinar el tránsito de la falta al delito”.

En favor de la última postura doctrinal expuesta, se manifiesta la consulta n.º 3 de la Fiscalía General del Estado, de 17 de septiembre de 1999 sobre delitos patrimoniales¹⁶, que parte de la compatibilidad entre los párrafos 1.º y 2.º del artículo 74, aduciendo: a) Que el Código actual no recoge ya, como criterio para imponer la pena, la cuantía de lo sustraído siguiendo un sistema de escalas, b) Que el delito continuado es una figura de caracteres propios y con pena definida, que no recoge las limitaciones del artículo 77, del Código Penal, y c) Que si el Legislador hubiese deseado que los delitos patrimoniales tuvieran un criterio penológico distinto, así lo habría recogido, tal y como lo hace, excepcionándolo, con las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales.

En cualquier caso, como observa Choclán Montalvo¹⁷, el criterio de determinar la pena en base a la suma del perjuicio total causado ofrece problemas de difícil solución. Así, cuando no todas las acciones se han consumado, pues entonces no cabe hablar todavía de perjuicio en el sentido del valor objeto de la acción.

En estos casos, prescindir de la punición de las infracciones imperfectas supondría un injustificado privilegio al autor, penarlos por separado, agravaría la situación, de quien no ha consumado todas las infracciones, respecto de quien sí lo ha hecho.

Asimismo, continua diciendo el citado autor, cuando las infracciones no sean idénticas, sino tan sólo homogéneas, ello puede conllevar problemas de determinación del tipo aplicable para extraer la pena inicial conforme al perjuicio total causado.

En la práctica, y respecto a la primera de las reflexiones del precitado autor, la jurisprudencia de la Sala II, viene reiterando “que la imperfección ejecutiva de alguno de los hechos objeto de acusación y condena no impide la consideración global de todos ellos como delito continuado, incluido el inten-

¹⁶ Véase Actualidad Penal, Ref. 670 de 1999.

¹⁷ CHOCLAN MONTALVO, JOSE ANTONIO “El delito continuado”. Ob. cit. Pag. 351.

tado, ya que las circunstancias en atención a las cuales se aprecia la continuidad delictiva se dan, igualmente, en todos los delitos acumulables, con independencia de cual fuere el grado de perfección o imperfección ejecutiva de los mismos” (Sentencia de 26 de enero de 2000, con cita de las Sentencias de 29 de abril de 1989, 28 de abril de 1998 y 9 de julio de 1999. Ref. Ar. 326)

Hasta aquí las posturas doctrinales respecto a la interpretación que deba dársele a la cláusula del artículo 74.2, en relación con la imposición de la pena atendiendo al perjuicio total causado, pero veamos cual ha sido la solución jurisprudencial que se le ha dado a esta cuestión, aunque ya se puede anticipar que tampoco es unánime ni definitivamente consolidada.

RESOLUCIONES JURISPRUDENCIALES

En primer lugar, el Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo, de fecha 27 de Marzo de 1998¹⁸, entendió, que para convertir varias faltas en delito, es preciso que se den los requisitos del delito continuado, esto es, ejecución de un plan preconcebido o utilización o aprovechamiento de idéntica ocasión.

Es por ello que, la Sentencia de 17 de Abril de 1998 (Ref. Ar. 3780) afirma que, “la transformación automática de varias faltas en delito, merced a la suma de varios perjuicios, supone un ataque a la culpabilidad, pues se pasa de una culpabilidad menor (calificada como falta) a una culpabilidad mayor (entendida como delito)”. Por lo tanto, para transformar varias faltas en delito es preciso: 1.º Que las diversas acciones se lleven a cabo en ejecución de un plan preconcebido, y 2.º Que ese plan tenga por finalidad un enriquecimiento indiscriminado.

En el caso examinado en la citada resolución, el acusado había realizado dos sustracciones en diversos lugares y con ostensible diferencia temporal, no constando que respondiera todo ello a un plan preconcebido, por lo que se calificó como dos faltas de hurto, pese a que la cuantía aprehendida excediera de las 50.000 pesetas¹⁹.

¹⁸ Véase SOTO NIETO, FRANCISCO “Faltas continuadas de hurto. Transformación en delito continuado”, en “La Ley” n.º 4554 de 1998. Págs. 15 y 16.

¹⁹ Repárese que algún sector doctrinal, reflexionando sobre el grado de culpabilidad detectable en el autor, no acepta la conversión de varias faltas en delito. En este sentido, GARCÍA ARÁN, MERCEDES “El delito de hurto” Ob. cit. pág. 182, CHOCLAN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO “El delito continuado” Ob. cit. Págs. 204 a 211. SERRANO BUTRAGEÑO, IGNACIO “Las penas en el Código Penal de 1995” Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, n.º 1 abril-mayo 1996, pág 200.

No obstante, un problema que no fue abordado por el indicado Pleno y la anterior resolución fue, el relativo, a si una vez convertida la sucesión de faltas en un delito continuado, resultaba imperativo operar con el apartado 1.º del art. 74, es decir, imponer la pena en su mitad superior.²⁰

La cuestión ha sido resuelta de forma pacífica e ininterrumpida por las Sentencias, entre otras, de la Sala II, de 23 de diciembre de 1998 (Ref. Ar. 9848), 14 y 28 de julio de 1999 (Ref. Ar. 6649 y 6664), 14 de febrero, 22 de mayo, 31 de julio, 22 de septiembre y 7 de noviembre de 2000 (Ref. Ar. 428, “La Ley” 7122, Ref. Ar. 7480, 8078 y 9974), en el sentido de que “si cada una de las infracciones es constitutiva de falta, se atiende al perjuicio total causado, y se castiga con la pena base asignada al delito, pero no en su mitad superior”.

Esto es, si la continuidad ya se ha tenido en cuenta para convertir las distintas faltas en un delito continuado, no procede imponer la pena en su mitad superior, ya que ello supondría una interpretación forzada y extensiva, y, por tanto, en contra del reo, implicaría un “bis in idem” y sería contraria al 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.

Pero de esta conclusión surge un nuevo interrogante, ¿la postura jurisprudencial anterior es aplicable cuando las distintas acciones son, cada una de ellas, constitutivas de delito?

La respuesta jurisprudencial no es del todo concluyente ni todo lo nítida y diáfana que debería ser, pues se observan, claramente, dos interpretaciones.

Así, las Sentencias de 21 de abril y 24 de mayo de 1999 (Ref. Ar. 3203 y 5247) estiman que si cada una de las infracciones contra el patrimonio es de por si constitutiva de delito se impone la pena en su mitad superior, enlazando lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 74, con lo establecido en su apartado 1.º.

Por el contrario, las Sentencias de 17 de marzo y 11 de octubre de 1999 (Ref. Ar. 2946 y 7027), la primera en una serie de defraudaciones por importe de 49.923 pts., 56.148 pts., 119.531 pts. y 145.465 pts., y la segunda relativa a una malversación continuada, estiman que el párrafo 2.º del art. 74, es una regla singular para la determinación de la pena en los delitos patrimoniales –que por su semejanza puede aplicarse al delito de mal-

²⁰ Véase SOTO NIETO, FRANCISCO “Delito continuado. Infracciones contra el patrimonio. Determinación de la pena” en “La Ley” n.º 4787 de 1999. Pág. 16.

versación de caudales públicos— al margen de la prevista con carácter general en el apartado 1.º, de tal forma que, en atención a la moderada entidad del perjuicio total causado se puede imponer la pena correspondiente al tipo básico de que se trate, sin verse obligado a hacerlo en su mitad superior.

Añadiéndose, “que 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”.

A juicio de Soto Nieto²¹, tal tesis “brinda nuevas aportaciones que suponen una novedosa toma de posición en este progresivo acercamiento hacia mayores márgenes decisionales por parte del Juez o Tribunal. Se amplifica, mejor se generaliza, el presupuesto justificativo de la solución alternativa que se postula como sustentada en la propia dicción del artículo 74.2”.

No puedo por menos de mostrar mi extrañeza ante semejante conclusión, porque se añade al artículo 74.2, un elemento normativo —moderada entidad del perjuicio total causado—, que no figura en tal regla de determinación de la pena, pero es que, además, la jurisprudencia posterior, ni zanja ni aclara la cuestión.

De esta forma, la Sentencia de la Sala II de 1 de Marzo de 2000 (Ref. “La Ley” 7291), en un caso de estafa por abandono de dos establecimientos públicos sin abonar el hospedaje, siendo el importe de la defraudación de 63.965 pts y 94.676 pts, respectivamente, condena al inculpado por delito continuado de estafa, imponiendo la pena en su mitad superior.

La ulterior Sentencia de 12 de abril de 2000 (Ref. Ar. 3037), en un supuesto de apropiación indebida, en que la suma de lo apropiado en cada ocasión supera las 50.000 pesetas, condena por delito continuado imponiendo la pena en su mitad superior.

No obstante, las Sentencias de 9 y 11 de mayo y 17 de junio de 2000 (Ref. Ar. 4888, 4892 y 6314), las dos primeras referentes a un delito continuado de robo con fuerza en las cosas y la tercera relativa a dos estafas, causantes de un perjuicio de 463.821 pesetas y 327.850 pesetas, vuelven a insistir en que la regla del apartado 2.º del artículo 74, tiene carácter sin-

²¹ SOTO NIETO, FRANCISCO “Nueva aportación jurisprudencial sobre la interpretación del artículo 74.2 del Código Penal”, en “La Ley” n.º 4849 de 1999. Págs. 15 y 16.

gular, al margen de la prevista con carácter general en el apartado 1.º, 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.

Por último, cabe preguntarse, qué sucede cuando todas o algunas de las acciones, individualmente consideradas, integren una modalidad agravada, ¿deben sancionarse también conforme al párrafo 2.º o se ha de aplicar el párrafo 1.º del artículo 74?

A este respecto, las Sentencias de la Sala II de 21 de marzo y 15 de septiembre de 2000 (ref. Aranzadi 3332 y 8468), optan por la aplicación del párrafo 1.º del repetido artículo 74. Concretamente, en el Fundamento Legal Tercero de la última resolución citada, se dice textualmente: “según ha declarado esta Sala, en los delitos patrimoniales continuados, la pena se impondrá teniendo en cuenta el perjuicio total causado (lo que supone una norma penológica especial respecto de la genérica del apartado 1.º del artículo 74) salvo que las acciones que se integren en el delito continuado, por si mismas, ya sean de “especial gravedad”, como sucede en el caso de autos, en el que las sucesivas apropiaciones llevadas a cabo por el acusado fueron de más de un millón y medio de pesetas, de casi cuatro millones de pesetas y de más de cinco millones de pesetas, supuestos en los que se aplicará también la norma del párrafo 1.º”.

De ello se deduce que, para este sector jurisprudencial, si se trata de acciones que puedan integrarse en el tipo básico del hurto, robo con fuerza en las cosas, estafa o apropiación indebida hay que aplicar el párrafo 2.º del artículo 74, como regla específica, sin necesidad de imponer la pena en su mitad superior, pero si se trata de los tipos agravados de estos delitos, concretamente de aquellos que toman en cuenta la gravedad del perjuicio patrimonial irrogado (artículos 235.3.º, 241.1.º y 250.6.º) sí se aplica la pena del tipo agravado en su mitad superior.

Esta solución, a juicio de De Vicente Martínez²², resulta incoherente ya que si el párrafo 2.º es independiente del apartado 1.º a efectos de penalidad, y un sector doctrinal y jurisprudencial se inclina por la no aplicación

²² DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO “El delito continuado. Especial referencia al tratamiento penológico en las infracciones continuadas contra el patrimonio”, en la obra colectiva “El nuevo Derecho Penal. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz”, coordinada por Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats. Aranzadi, 2001, Pág. 200.

de la pena en su mitad superior, no puede afirmarse, cuando se trate de figuras agravadas, que si es de aplicación a la regla 2.º del artículo 74, el inciso “la pena del delito más grave”, esto es, o bien se acepta en su totalidad que el párrafo 1.º es regla general que abarca también al párrafo 2.º, o por el contrario, y de forma también global, se rechaza que el primer párrafo extienda su radio de acción al segundo.

SU INCIDENCIA EN LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA EN EL AMBITO MILITAR

Como ya tuvimos ocasión de pronunciarnos²³, la regulación del artículo 74 del Código Penal, por no oponerse a la especial naturaleza de los delitos militares ni a los preceptos del Código Castrense, debe entenderse plenamente aplicable a los mismos, y así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia de la Sala V de lo Militar del Tribunal Supremo.

No obstante, aunque los Tribunales Militares venían apreciando la figura de la continuidad delictiva (Sentencias de la Sala V, entre otras, de 30 de noviembre y 16 de diciembre de 1998 y 29 de diciembre de 1999, sobre hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995) no podían aplicar “*strictu sensu*” su consecuencia jurídica, toda vez que el artículo 69 bis del Código Penal de 1944/1973 obligaba a imponer la pena correspondiente al delito más grave, que podía ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior, y como resulta conocido, en el Código Penal Militar de 1985 no existían escalas graduales ni división de la pena en grados.

Sin embargo, llama poderosamente la atención la Sentencia de la Sala V, de 7 de junio de 1999, ya que acogiendo los motivos casacionales interpuestos por el Fiscal Togado, condena al procesado por un delito continuado de “Desobediencia” de los artículos 102 del Código Penal Militar y 74 del Código Penal Común, a una pena de un año de prisión, siendo así que tal consecuencia jurídica es errónea, pues si se aplica el artículo 74, y asignándose por el Legislador al tipo básico de la “Desobediencia” una pena que, en abstracto, oscila de los tres meses y un día a los dos años, la pena que “realmente” debió ser impuesta no es la de un año, sino la de un año, un mes y catorce días como límite mínimo, aunque Sentencias posteriores, como la de

²³ PÉREZ PARENTE, JUAN ANTONIO y BARRADA FERREIROS, ALFONSO “Las reglas para la aplicación de las penas en el Código Penal de 1995 y el Código Penal Militar. Actualidad Penal n.º 41 de 1996. Pág. 824.

2 de diciembre de 1999 o 17 de febrero de 2000 aciertan plenamente con la penalidad asignada al delito continuado.

Por lo que se refiere a los “delitos contra la Hacienda en el ámbito militar”, singularmente con los tipificados en los artículos 195 y 196 del Código Penal Militar, relativos a la sustracción, destrucción, deterioro, abandono o receptación de material militar, es cierto que difieren de los delitos patrimoniales, no sólo en cuanto al sujeto activo, sino también respecto al objeto material de la acción y al bien jurídico protegido, ya que como puso de manifiesto Blecua Fragua²⁴, el interés tutelado “es la integridad de los recursos materiales que constituyen el patrimonio afecto a las Fuerzas Armadas para cumplir su misión en el marco de la Defensa Nacional y en los términos señalados por la Constitución “, pero, no obstante tales diferencias, sí existe cierta similitud con los delitos patrimoniales de apoderamiento en la acción consistente en sustraer o con los delitos patrimoniales sin enriquecimiento (daños) en la acción que consiste en destruir o deteriorar efectos militares, amén de que la sustracción, deterioro o destrucción de tales efectos llevada a cabo por un sujeto que no ostente la condición de militar tendría que ser considerada como hurto, robo o daños, en función de cual hubiera sido la dinámica de la acción delictiva.

Es por tal semejanza o parecido, por la que entiendo que a los delitos de los artículos 195 y 196 del Código Penal Militar pueden aplicárseles las reglas penológicas de los delitos patrimoniales continuados, y, en especial, la regla 2.ª del artículo 74 del Código Penal, referente a la cuantía del perjuicio total causado, reproduciéndose así la discusión de si ese apartado 2.º debe ensamblarse o no con lo prevenido en el párrafo 1.º del mismo. Aunque en este punto, y hasta el momento de redactar estas líneas, no conozco ningún pronunciamiento de la Sala V de lo Militar del Tribunal Supremo, que se refiera o se haya pronunciado sobre tan concreta problemática.

CONCLUSIONES

1.ª) Entiendo que la cláusula de concreción de la pena en los delitos patrimoniales continuados referente a la totalidad del perjuicio causado, habiendo ya abandonado el Código Penal el sistema de cuantías, debe interpretarse como ya lo hicieran Rodríguez

²⁴ BLECUA FRAGUA, RAMÓN “Delitos contra la Hacienda en el ámbito militar”, en la obra colectiva “Comentarios al Código Penal Militar” coordinado por RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, JOSÉ LUIS y el citado autor. Civitas, 1988. Pág. 2017.

Devesa²⁵ y Cantarero Bandrés²⁶, entre otros, en el sentido de que únicamente posibilita la conversión de varias faltas en delito, concurriendo, eso sí, los elementos configuradores del delito continuado.

2.^a) Un sector de jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo, al referirse a la “pequeña o moderada entidad de perjuicio total causado” para imponer la pena básica asignada a la infracción patrimonial continuada, eludiendo, con tal fórmula, la imposición de la pena en su mitad superior, está introduciendo en el art. 74.2 del Código Penal, un elemento normativo que potencia el arbitrio judicial a la hora de concretar la pena, pero, correlativamente, se crea cierta inseguridad jurídica, puesto que origina una jurisprudencia contradictoria que permite que conductas afines merezcan un trato punitivo diferente. De este modo, y como ya hemos expuesto, la Sentencia de 17 de marzo de 1999, considera cuatro defraudaciones por importe total de 371.067 pesetas como delito continuado, pero aplica el tipo básico de la estafa sin exasperación punitiva, mientras que la Sentencia de 1 de marzo de 2000, considera dos defraudaciones por importe total de 158.641 pesetas como delito continuado, aplicando el tipo básico de la estafa en su mitad superior.

3.^a) Ante tal situación doctrinal y jurisprudencial, quizás fuera conveniente la celebración de un Pleno no jurisdiccional de la Sala II, al objeto de unificar la doctrina emanada de nuestro Tribunal de Casación, tal como ya han tenido lugar para solventar otros problemas interpretativos del Código Penal de 1995. Concretamente, en materia de delitos patrimoniales, amen del ya reseñado, cabe citar el Pleno del 22 de mayo de 1997, respecto de que la agravación del robo con fuerza en las cosas en local abierto al público solo opera en horas de horario comercial²⁷; el Pleno de 27 de febrero de 1998, sobre la posibilidad de aplicar el tipo atenuado de robo con violencia o intimidación en las personas aún en los supuestos de exhibición de armas o instrumentos peligrosos; el Pleno de 19 de octubre de 1998, sobre absorción del delito de allanamiento de local comercial en los robos cometidos en establecimientos o locales abiertos al público; o el Pleno de 15 de diciembre de 2000, relativo a la no exigencia de convivencia entre hermanos para la aplicación de la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 del Código Penal²⁸.

²⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA y SERRANO GÓMEZ, ALFONSO “Derecho Penal español. Parte general” Dykinson, 1993. Págs. 864 y 865.

²⁶ CANTARERO BANDRES, ROCÍO “Problemas penales y procesales del delito continuado” Ob. cit. Pág. 143.

²⁷ Véase el acta extendida al efecto en a obra de ROBLEDO VILLAR, ANTONIO “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico” Bosch, 1997. Págs. 72 y 73.

²⁸ Con más detalle GRANADOS PÉREZ, CARLOS “Acuerdos del Pleno de la Sala Penal de T.S. para la unificación de jurisprudencia. Años 1991-2000” Dykinson, 2000.