

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 23 Dic. 1998, rec. 1107/1998

Ponente: Granados Pérez, Carlos.
Nº de Recurso: 1107/1998
Jurisdicción: PENAL

PENALIDAD. Determinación de la pena. Continuidad delictiva procedente de faltas continuadas contra el patrimonio. Interpretación del artículo 74 del Código Penal. Imposición de la pena en su mitad superior. Facultad discrecional. Aplicación de la pena en toda su extensión.

Normativa aplicada

TEXTO

Madrid, 23 Dic. 1998.

En el recurso de casación por infracción de ley que ante Nos pende, interpuesto por el MF, contra sentencia dictada por la AP Cádiz, que condenó a Juan Carlos S. S. por delitos contra la Administración de Justicia, estafa continuada y falsedad continuada, los componentes de la Sala 2.ª del TS se han constituido para la votación y fallo bajo la Ponencia del Magistrado Sr. Granados Pérez, siendo también parte recurrida el acusado Juan Carlos S. S.

(. . .)

Fundamentos de Derecho

Primero: En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del art. 849.1 LECrim., se invoca infracción, por falta de aplicación, del art. 77 CP.

Argumenta el MF, en defensa de su recurso, que al haber sido condenado por un delito contra la Administración de Justicia, un delito continuado de falsedad y otro delito continuado de estafa y haberse apreciado un concurso medial entre los delitos contra la Administración de Justicia y continuado de falsedad con respecto al delito continuado de estafa, para la determinación de la pena habrá que aplicar primeramente las correspondientes a las distintas infracciones, dos de ellas como delitos continuados, y luego se aplicará la pena que resulte del concurso medial previsto en el art. 77 CP, y hecha esa determinación considera improcedente la pena de 2 años y 4 meses de prisión impuesta por el Tribunal sentenciador, ya que la pena a imponer se sitúa entre 3 años, 1 mes y 15 días a 4 años de prisión.

Los razonamientos expresados por el MF parten de que el art. 77 CP, cuando se trata de concurso medial, dispone que se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que corresponderían aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

Señala el MF que la infracción más grave es el delito continuado de estafa, que está castigado con la pena de 6 meses a 4 años de prisión, luego la mitad superior, por imperativo de la continuidad delictiva prevista en el art. 74, sería de 2 años y 3 meses a 4 años, y sobre esta pena habrá que aplicar, a su vez, la mitad superior del concurso medial previsto en el art. 77, resultando una pena que se sitúa entre 3 años, 1 mes y 15 días como mínimo y un máximo de 4 años de prisión.

El cálculo del MF es correcto. Sin embargo, no se puede olvidar que, en este caso, la continuidad delictiva por delito de estafa se ha creado aplicando el apartado segundo del art. 74 CP, en el que se dispone que «si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado...». Ciertamente, se trataba de dos faltas de estafa, ya que las cantidades defraudadas lo fueron, respectivamente, de 40.000 y 37.000 ptas. La conversión de esas dos faltas de estafa en un delito continuado de estafa, al superar 50.000 ptas. el perjuicio total causado, aplicando el art. 74.2 CP, es acorde con lo que se dispone en ese precepto y conforme con la doctrina de esta Sala, que en un Pleno, para la unificación en la aplicación del derecho, celebrado el 27 Mar. 1998, tomó el acuerdo de 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 CP, los cuales, perjudicando al reo, deberán interpretarse restrictivamente».

En este caso resulta evidente la aplicación, incluso en esa interpretación restrictiva, de la continuidad delictiva en la estafa, ya que fluye sin dificultad que hubo un plan preconcebido para realizar dos acciones de idéntica factura, con una diferencia temporal de aproximadamente 1 hora, en perjuicio económico de una persona y con infracción del mismo precepto penal. Otra cuestión bien distinta, que no fue abordada en el Pleno de esta Sala al que se ha hecho referencia, es que una vez convertidas las dos faltas de estafa en un delito continuado de esa misma figura delictiva, resulte imperativo la imposición del art. 74.1 CP, es decir, que resulte imperativa la imposición de la pena en su mitad superior.

Y sobre esta cuestión, declaramos 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 non 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 art. 66.1 CP, imponiéndose un resultado equivalente a la regla 3.ª 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 non bis in idem no se producía con el Código derogado, ya que el Tribunal no estaba obligado a agravar la pena, en cuanto el art. 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 ptas., 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 que examinamos 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 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 art. 74.2 del Código vigente, con relación al ap. 1.º. Y en segundo lugar, como antes se mencionó, en el Código derogado el Tribunal no estaba obligado a agravar la pena, en cuanto el art. 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 el art. 66.1.

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 1.ª del art. 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 ap. 2.º art. 74 vigente CP.

Las razones que se dejan apuntadas aconsejan otorgar al art. 74.2 CP un carácter alternativo e independiente respecto al ap. 1.º en lo que concierne a la determinación de la pena, y 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 ap. 1.º de ese mismo precepto del CP.

Retornando al caso que nos ocupa, sigue siendo el delito continuado de estafa el más grave de entre los que ha sido condenado el acusado Juan Carlos S. S., por lo que la pena prevista en el art. 249 CP para las estafas que superan las 50.000 ptas. será la que habrá de tenerse como referente en la determinación de la pena en el concurso medial aplicado en la sentencia. Y esa pena se extiende desde los 6 meses a los 4 años, sin que se vea forzado el Tribunal de instancia por la continuidad delictiva, por lo anteriormente expuesto, a imponerla en la mitad superior, imposición que sí surge, por el contrario, del art. 77.2 CP, al concurrir un concurso medial. De ahí que la pena en su mitad superior por el concurso medial se sitúa entre 2 años y 3 meses a 4 años de prisión, por lo que, al concurrir asimismo una atenuante por drogadicción, la pena impuesta por el Tribunal de instancia de 2 años y 4 meses de prisión es perfectamente correcta y está dentro de los límites legales.

Por todo lo que se deja expresado, el motivo no puede ser estimado.

Fallo

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el MF, contra sentencia de la AP Cádiz, de fecha 12 Nov. 1997, en causa seguida a Juan Carlos S. S. por delitos contra la Administración de Justicia, continuado de estafa y continuado de falsedad. Se declaran de oficio las costas de este recurso.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Sr. García Ancos.-Sr. Bacigalupo Zapater.-Sr. Granados Pérez.