

DELITOS CONTINUADOS. PENALIDAD Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

EXTRACTO

Cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la pena más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera del artículo 74.1 queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de la doble valoración.

El auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria referida a solo algunos de los hechos que podrían estar comprendidos en un delito continuado no bloquea la investigación ni el enjuiciamiento de otros hechos no contemplados, aunque pudieran estar ligados por lazos de continuidad.

Palabras claves: delito continuado y doble enjuiciamiento.

Fecha de entrada: 08-07-2014 / Fecha de aceptación: 21-07-2014

ENUNCIADO

Los acusados eran administradores de una mercantil que se dedicaba a la promoción y venta de viviendas. Durante los años 2008 y 2010 vendieron 87 viviendas a 37 compradores, satisfaciendo cada uno de ellos la cantidad de 34.370 euros mediante un contrato privado. La mercantil no procedió a afianzar las cantidades recibidas ni constituyó cuenta aparte para asignar el dinero recibido al concepto «adquisición de viviendas». Al no obtenerse la licencia de construcción, al final, ni se construyeron las viviendas ni los compradores consiguieron la devolución del dinero invertido.

Durante la tramitación de la causa, se dictaron algunos autos de archivo por hechos similares, en virtud de denuncias de otros particulares adquirentes de viviendas, que no dieron lugar al enjuiciamiento de ellos por la Audiencia.

Los acusados fueron condenados por delito continuado de apropiación indebida, con el subtipo agravado del artículo 250.1.5.º del Código Penal, a la pena de dos años de prisión y multa.

Cuestiones planteadas:

1. Teniendo en cuenta la pena impuesta por el delito continuado, dos años, ¿se ha aplicado correctamente por el tribunal la regla del artículo 74.1, en sus apartados 1 y 2 del Código Penal?
2. Los autos de archivo ¿son compatibles con el principio *ne bis in idem*, o que sancionan el doble enjuiciamiento?

SOLUCIÓN

1. A la primera pregunta se responde tras observar la aplicación por el tribunal sentenciador del artículo correspondiente, que se deduce de la pena impuesta por el tribunal (dos años de prisión). Es decir, el artículo aplicado es el 74.1: para los delitos continuados la pena prevista será la de la infracción más grave «que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado». Y, a su vez, el artículo 250.1.^a, que sanciona la conducta descrita (cuando el hecho recae en viviendas) con la pena de uno a seis años, por recaer el hecho

sobre viviendas de primera necesidad. ¿Se ha olvidado el tribunal del artículo 250.1.5.º? («Cuando el valor de la defraudación superó los 50.000 euros») ¿Se ha olvidado del artículo 74.2? («Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado»). Veamos las consecuencias jurídicas y penológicas.

La polémica, por tanto, queda así perfectamente planteada. Vaya por adelantado que no existe tal en cuanto a la inaplicación del subtipo agravado del artículo 250.1.5.º (especial cuantía), porque el Tribunal Supremo dice que se aplica cuando, individualmente consideradas las apropiaciones, las cantidades superan los 36.000 euros; y como se puede observar del hecho descrito, los perjudicados entregaban, por cada compra y en contratos privados, 34.370. Sin embargo, el problema no está aquí, sino en la omisión (debida o no) del apartado 2 del artículo 74.2 del Código Penal y de los artículos 250. 1. 2.º y 6.º (vivienda). La Audiencia lo excluye (el 250.5.º y, por defecto, también el 250.2.º. Pero sucede que no es incompatible el 74.1 con el 74.2; entre ellos hay complementariedad y especialidad del segundo respecto del primero, y no doble imposición. Ciertamente que la reiteración de conductas delictivas no puede tenerse en cuenta para una doble agravación, pero el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo, de 30 de julio de 2007, nos tiene dicho que «Cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la pena más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera del artículo 74.1 queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de la doble valoración». Nos encontramos entonces con un delito continuado patrimonial, que debe tener su reflejo positivo en el artículo 74.2 y, por consiguiente, en el perjuicio total causado, en relación con el 250.1.5.º, siempre que se eluda la doble valoración agravatoria. La pena impuesta por el tribunal de dos años no es compatible con el juego de párrafos del artículo 72. No se puede cuantificar el perjuicio total causado a los efectos del 74.2 y luego imponer la pena en su mitad superior (art 74.1), pues supondría una doble agravación fundamentada en una única realidad delictiva (la continuidad delictiva de apropiación indebida).

Sin embargo, la Audiencia, al imponer esa pena descrita, ha elegido excluir la regla del artículo 74.2, ignorando la complementariedad y la especialidad de ambas normas (74.1 y 74.2). La Audiencia ha eludido aplicar la regla especial del perjuicio total causado.

La jurisprudencia viene señalando que, en casos de conductas ilícitas continuadas (delitos y faltas), donde dos o más de ellas superen los 400 euros, se aplica la regla del 74.1; y cuando se trata de delitos continuados patrimoniales, donde, al menos dos, rebasen la cuantía de los 50.000 euros (art. 250.1.5.º), asimismo se aplica el 74.1. Ahora bien, lo que no se admite es que la observancia de la norma general (74.1) impida la calificación con arreglo al artículo 74.2, especial para los delitos patrimoniales.

La Audiencia ha evitado así la regla básica de los delitos continuados patrimoniales del artículo 74.2 (especial). No ha calificado atendiendo al perjuicio total causado, y sí por el 74.1, evitando la doble imposición. Pero lo ha hecho erróneamente, pues el orden lógico punitivo está en la especialidad del 74.2, sin aplicar el 74.1 para evitar la doble agravación. Con lo cual, se ha premiado la continuidad, porque, dado el caso de una única acción delictiva, superior a 50.000 euros, por el efecto del artículo 250.1.5.º (que no se cuestionaría), la horquilla penológica estaría

entre 4 y 8 años (véase el 250.1.2.º 5.º, y párrafo último), mientras que la continuidad delictiva apreciada por el tribunal, tratándose de muchos los perjudicados, por el 250.1.2.º y del 74.1, la sanción se situaría entre 1 y 6 años.

2. En la segunda de las cuestiones, se plantea el efecto de cosa juzgada que pudieran tener los autos de archivo (sobreseimiento) dictados en algunos de los actos continuados de las apropiaciones indebidas, que no dieron lugar a las consiguientes acusaciones por dicho delito, en la trama de la mercantil, de los administradores, de quedarse con el dinero de los compradores de las viviendas.

En el fondo se está cuestionando que se puedan juzgar los otros hechos, si se parte del aserto de que posiblemente los argumentos utilizados en los autos de sobreseimiento sean los mismos empleados en la motivación de la sentencia condenatoria por lo demás. Al admitir esto, el principio *ne bis in idem* se vería afectado en su formulación procesal, quebrando la eficacia de la cosa juzgada, pues se reabre una investigación, o se procede a un nuevo enjuiciamiento sobre el fondo.

Desde el momento en que se dictan sobreseimientos, y no condenas, queda a salvo la prohibición de una doble condena por los mismos hechos. Pero, además, no se quiebra la prohibición del doble enjuiciamiento por los mismos hechos, porque no son los mismos hechos. Unos sobreseimientos y una sentencia de condena por otros hechos no son lo mismo ni se refieren a la misma cosa. Al tratarse de un delito continuado, no se puede hablar de «mismos hechos» sino de «varios hechos» en la cadena del fraude continuado. Cuando se trata de delitos continuados, hay que diferenciar entre sentencias absolutorias y condenatorias. La absolución por sentencia o el auto de sobreseimiento en una continuidad delictiva que solo liga los actos por los lazos de la continuidad no impide el enjuiciamiento del resto de la cadena delictiva por tratarse de hechos diferentes. Ahora bien, en el caso que estamos analizando, la sentencia es condenatoria; entonces la solución es más compleja, porque si varios hechos integran una cadena delictiva y no todos ellos son enjuiciados en el mismo procedimiento, la cosa juzgada podría afectar no solo a los juzgados, también a los pendientes que lo podrían haber sido en el procedimiento anterior. En algunos casos, la jurisprudencia ha admitido la condena posterior de otras personas por hechos similares susceptibles de enjuiciamiento anterior, quebrando así la idea previa. Y si esto es válido en el supuesto más cuestionable, cuando la sentencia sea absolutoria parece posible la condena posterior a otras personas sin quiebra del principio del *non bis in idem*. Es decir, que lo cuestionable encuentra jurisprudencia a favor (en sentencias condenatorias), por consiguiente, en las sentencias absolutorias no habría problema alguno.

El auto de archivo «por no ser los hechos constitutivos de delito» viene referido al «sobreseimiento que corresponda». No aclara, por tanto, el precepto qué tipo de archivo, si por sobreseimiento provisional o libre. La equivocidad radica del artículo 779.1.1.ª de la LECriminal, pues no se distingue entre sobreseimientos. En principio, esta falta de diferenciación hace que se deba considerar distinto un sobreseimiento libre de otro provisional, a los efectos de un posible enjuiciamiento posterior de hechos similares cometidos por otras personas que no fueron juzgadas en el procedimiento precedente por el archivo. Solo, al hablar de falta de autor conocido, el artículo 789.5.1.ª (antes de la reforma del 2002) aclaraba que dichos sobreseimientos eran provisionales

(art. 641). La jurisprudencia viene a resolver esta indefinición. En cualquier caso, la solución a que se llega, tras la interpretación de dicha jurisprudencia, es la siguiente: los hechos sobreseídos (si entendidos como libres) no pueden ser enjuiciados de nuevo; los hechos similares, susceptibles de enjuiciamiento conjunto, que quedaron excluidos, sí pueden ser objeto de juicio posterior sin merma del principio aludido. Si no concurre la triple identidad de hechos, sujetos y fundamento en la sentencia, no se vulnera ni se produce la cosa juzgada respecto de otras personas por hechos similares. Si, por consiguiente, los archivos previos no entraron en el fondo, y si las personas no fueron las mismas, la fundamentación de la sentencia condenatoria no les afecta, independientemente de que todo formara parte de una continuidad delictiva, susceptible de integrar un mismo juicio.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- LO 10/1995 (Código Penal), arts. 74 y 250.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 641, 779.1 y 789.5.
- STC 221/1997, de 4 de diciembre.
- SSTS: 239/2010, de 24 de marzo; 572/2010, de 4 de junio; 482/2000, de 21 de marzo; 1284/2002, de 8 de julio; 136/2002, de 6 de febrero; 1411/2000, de 15 de septiembre; 1265/1997, de 17 de abril; 771/2000, de 19 de junio; 1424/2000, de 22 de septiembre; 1471/2001, de 23 de julio; 135/2002, de 6 de febrero; 1510/2002, de 24 de septiembre; 29/2003, de 16 de enero; 760/2003, de 23 de mayo; 1074/2004, de 18 de octubre; 2 de junio de 1993; 6 de febrero de 1995; 3 de febrero de 1998; 1 y 20 de marzo de 2002.