

CIRCULAR 2/2003

SOBRE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL NUEVO DELITO CONSISTENTE EN LA REITERACIÓN DE CUATRO FALTAS HOMOGÉNEAS

I.- Introducción. II.- Cuestiones generales. III.- La coexistencia de los nuevos tipos con la figura del delito continuado. IV.- La pena prevista en el reformado art. 147.2. V.- Conclusiones

I. Introducción

Una de las novedades de la reforma operada por la reciente Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, ha sido la elevación a la categoría de delito de la conducta consistente en cometer cuatro hechos constitutivos de una misma falta, cuando se trate de las faltas tipificadas en los arts. 617, 623.1 ó 623.3 CP y siempre que, en el caso de estas últimas, el valor global de lo sustraído sea superior a 300,50 euros. Así se desprende de la lectura conjunta de los párrafos segundos de los arts. 147.1, 234 y 244.1 CP.

Para configurar este nuevo delito, es preciso que un mismo autor haya cometido cuatro veces una falta con encaje en el mismo tipo penal. Es decir, la comisión de tres faltas de hurto del art. 623.1 y de tres faltas de hurto de uso del art. 623.3 siguen siendo seis faltas y no un delito. Sólo cabe hacer una matización al respecto, y es que, al no hacer distinción el nuevo párrafo

segundo del art. 147.1 y remitirse genéricamente a la acción descrita en el art. 617, que comprende tanto las lesiones como los malos tratos de obra sin causar lesión, ambas conductas (falta de lesiones o falta de malos tratos de obra) tienen idéntica aptitud para completar el supuesto de hecho del delito; es decir, dos faltas de lesiones y dos de malos tratos son constitutivas de delito, como lo son tres de lesiones y una de malos tratos o viceversa. Análogamente, ninguna consecuencia jurídica se deriva del hecho de que una o varias de las cuatro faltas de sustracción de vehículos, que conforman el tipo penal del párrafo segundo del art. 244.1 CP, se haya cometido empleando fuerza en las cosas. Por el contrario, si se hubiese empleado violencia o intimidación en las personas, resulta evidente que -aunque el valor de lo sustraído sea inferior a 300,51 €- habrá tantos delitos como acciones.

II. Cuestiones generales

Sin embargo, la introducción de estas nuevas modalidades delictivas en nuestro sistema penal, construidas artificialmente como resultado de la acumulación de varias faltas, plantea no pocas dificultades interpretativas.

La primera duda que se suscita es la relativa a si pueden tenerse en cuenta para integrar estas conductas las faltas que ya hayan sido previamente enjuiciadas y objeto de condena; o, yendo incluso más lejos, si lo que integra estos tipos de nuevo cuño es precisamente el haber sido condenado ejecutoriamente en distintos procedimientos como autor de tres faltas idénticas a la que se esté enjuiciando actualmente, siempre que se den los restantes requisitos que establece la ley.

El simple tenor literal de la ley no ofrece argumentos decisivos para resolver la anterior cuestión en uno u otro sentido. Sin embargo, una primera aproximación meramente intuitiva al problema sugiere que, en el caso de que

se pretendiese construir el tipo mediante la mera acumulación de condenas previas, se podría estar vulnerando el principio “non bis in idem”. Al margen de esta primera consideración, existen también otros argumentos que confirman la misma tesis.

En primer lugar, podemos encontrar un importante elemento de interpretación sistemática en la exposición de motivos de la ley, donde se afirma que con la reforma de los arts. 147, 234 y 244 se pretende mejorar la respuesta penal que merece la habitualidad de la conducta “cuando los hechos cometidos con anterioridad no hubiesen sido aún juzgados y condenados”.

Este argumento se ve reforzado, además, por el hecho de que en la redacción inicial del anteproyecto de ley se contemplaba, junto a estas nuevas figuras delictivas construidas mediante la acumulación de faltas, el haber sido condenado previamente por tres faltas homogéneas como circunstancia agravante a la hora de determinar la pena correspondiente a la cuarta falta, de manera análoga a lo que para los delitos prevé la nueva regla 5.ª del art. 66. Aunque esta agravante de *multirreincidencia* en las faltas no se haya incorporado finalmente al texto de la ley, el hecho de que se haya contemplado en el anteproyecto como una institución netamente diferenciada de las figuras que estamos analizando confirma la tesis de que, para completar el tipo de estas últimas, únicamente pueden ser tenidas en cuenta las conductas que todavía no hayan sido enjuiciadas ni condenadas.

Por último, tampoco es desdeñable el argumento a contrario ex art. 173.3 *in fine*. Cuando -como sucede en este precepto- la ley permite que se tengan en cuenta las conductas ya enjuiciadas para integrar una figura delictiva distinta, lo hace expresamente. Además, hay que tener en cuenta que el tipo del citado artículo, al construirse sobre la nota de la habitualidad, constituye por

su influencia en la vida familiar un ataque, no sólo cuantitativa, sino cualitativamente más grave al bien jurídico protegido en el tipo básico.

En conclusión, sólo la comisión de cuatro conductas constitutivas de falta, ninguna de ellas aún enjuiciada, puede ser sancionada mediante la aplicación de estos preceptos. Basta con que se haya celebrado el juicio, aunque no haya recaído aún sentencia, para que no se pueda tomar en consideración la correspondiente falta, ya que, una vez celebrado el juicio de faltas, éste sólo puede terminar por sentencia sobre el fondo del asunto.

Otra cuestión problemática, en relación con estos tres preceptos, es la de si se pueden tomar en consideración hechos cometidos antes de la entrada en vigor de la ley para apreciar la existencia del delito, siempre que, obviamente, la cuarta conducta constitutiva de falta se haya cometido con posterioridad a la misma. También en este caso la respuesta ha de ser negativa.

La duda únicamente podría plantearse en un sistema penal sustentado sobre la teoría del resultado, ya que efectivamente se podría sostener que sólo con la comisión de la cuarta acción se colma el resultado típico. Sucede sin embargo que nuestro Código Penal ha optado, a la hora de determinar cuál es la ley aplicable en el tiempo, por la teoría de la acción. Su art. 7 no ofrece ninguna duda al respecto: “los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción”. Tratándose de delitos que consisten en una sucesión de actos (en este caso, cuatro conductas perfectamente escindibles y que incluso pueden estar muy alejadas en el tiempo, repartidas a lo largo de todo un año), todos y cada uno de los actos han de haberse realizado durante la vigencia de la nueva ley.

Por otra parte, resulta aplicable a este supuesto la doctrina sentada en su día por la Circular n.º 2/1996 de la Fiscalía General del Estado acerca de la aplicación del nuevo Código Penal a los delitos de tracto sucesivo o de varios actos, como son los tipos que estamos analizando. La nueva norma más perjudicial para el reo, como es la actual reforma en lo que a la reiteración de faltas se refiere, sólo podrá aplicarse si la totalidad de las conductas que integran el tipo han tenido lugar durante el período de vigencia de la nueva norma.

Por otra parte, hay que tomar en consideración también la posible incidencia del instituto de la prescripción en la configuración de estos delitos, toda vez que el plazo de prescripción de las faltas es de seis meses (art. 131.2 CP) y las cuatro conductas englobadas en el tipo pueden abarcar un período temporal de hasta un año. En línea de principios podría sostenerse que estamos ante un delito complejo, de pluralidad de actos y, por tanto, a efectos de prescripción, no cabe considerar cada una de las cuatro faltas aisladamente. El transcurso de más de seis meses entre la comisión de una de las faltas y la siguiente sin que se hubiese abierto el procedimiento sería intrascendente, y habría que tener en cuenta únicamente que no hubiese transcurrido el plazo de prescripción del delito, contado a partir de la fecha de comisión de la última de las faltas, siempre -claro está- que no mediase más de un año entre las fechas de comisión de la primera y la última. Esta interpretación, sin embargo, tiene un gran inconveniente práctico, y es la posibilidad de que ya haya recaído auto firme de archivo por prescripción en alguno de los juicios de faltas. En tal caso, la posibilidad de integrar la falta prescrita en el delito complejo pugnaría con un elemental principio de seguridad jurídica. Por otra parte, hay que recordar que la prescripción es un instituto de derecho sustantivo, que opera *ipso iure* y que los jueces deben apreciar de oficio, de tal manera que si respecto de alguna de las faltas hubiesen transcurrido más de seis meses sin ser perseguida judicialmente, será también procedente declarar su prescripción, y no será

posible tomarla en consideración como conducta a efectos de colmar el tipo de los nuevos delitos de reiteración de faltas.

Por el contrario, si el juicio de faltas hubiese sido archivado por un motivo distinto de la prescripción, de los que en el procedimiento por delito dan lugar a un auto de sobreseimiento provisional (v.gr. por falta de autor conocido), siempre cabría la posibilidad de reabrir el procedimiento y tomar en consideración la falta para integrar la nueva figura de delito.

Por último, en el caso de que se cometan cinco o más faltas homogéneas en el plazo de un año, habrá que penar separadamente como faltas aquellas que excedan de la cuarta.

III. La coexistencia de los nuevos tipos con la figura del delito continuado

Es esta una cuestión que afecta únicamente a las conductas de naturaleza patrimonial (párrafo segundo de los arts. 234 y 244.1 CP), ya que respecto de las lesiones y malos tratos de obra -por tratarse de ofensas a un bien eminentemente personal, como es la integridad física- no cabe apreciar el delito continuado (art. 74.3 CP).

La actual redacción del párrafo segundo de los arts. 234 y 244.1 CP podría sugerir una interpretación *a contrario* de acuerdo con la cual y, conforme al principio de especialidad, se trataría de una derogación particular de la regla general del delito continuado, de tal manera que -en aquellos supuestos que hasta ahora podrían ser calificados de delito continuado- si las infracciones no son más de tres o, aun siendo cuatro, ha transcurrido más de un año entre la fecha de comisión de la primera y la última, las conductas no deberían ser calificadas como delito sino como una mera acumulación de faltas; o, dicho con

otras palabras, que con menos de cuatro conductas materialmente constitutivas de falta no cabe cometer un delito continuado de hurto.

Sin embargo, no puede pensarse que haya sido intención del legislador suplantar, con estas nuevas figuras delictivas, la posibilidad de apreciar un delito continuado de hurto o de hurto y robo de uso, en el que se puedan integrar conductas materialmente constitutivas de falta, siempre que respondan a la ejecución de un plan preconcebido o el aprovechamiento de una ocasión idéntica, y concurren los restantes requisitos del delito continuado. En tal caso, y siempre que la suma total de lo sustraído exceda el límite de la falta, ya resultaría procedente imponer la pena de los arts. 234 ó 244.1 CP, aunque sólo fuesen dos o tres las faltas cometidas, sin necesidad de aplicar al nuevo tipo que introduce la reforma; éste es al menos el criterio sostenido por la Consulta n.º 3/1999 de la Fiscalía General del Estado.

El delito continuado de hurto o de hurto y robo de uso subsiste y coexiste, en su tradicional entendimiento, con estas figuras delictivas de nuevo cuño. En el supuesto de que unos mismos hechos fuesen subsumibles en los tipos de los párrafos segundos de los arts. 234 ó 244.1 CP y al mismo tiempo en la figura del delito continuado, la duda acerca de cuál es la norma aplicable habría de resolverse conforme a la regla de la alternatividad contemplada en el art. 8 CP y formular acusación por el delito que prevea la imposición de la pena más grave. En el presente caso, sin embargo, la cuestión carece de interés práctico, ya que ambos preceptos prevén -como ya se ha apuntado anteriormente- la aplicación de la misma pena, la correspondiente al delito respectivo.

IV. La pena prevista en el reformado art. 147.2

El art. 147.2 CP contempla un supuesto atenuado del delito de lesiones, que es aplicable también al caso descrito en el novedoso párrafo segundo del art. 147.1. En efecto, no faltarán casos en que proceda apreciar dicho tipo atenuado, pues si ha de aplicarse cuando el hecho sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido, también podrá estimarse que se da esta circunstancia cuando se cause una lesión de menor entidad, o incluso un simple maltrato de obra sin causar lesión, pese a que la conducta sea reiterada. El art. 147.2 CP prevé, en su actual redacción, la imposición de la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses. La elección de la pena de multa no plantea problema alguno; sin embargo, sí los plantea su alternativa, que es la de prisión de tres a seis meses.

En efecto, el CP de 1995 se propuso suprimir las penas cortas de prisión, y estableció el umbral mínimo de la pena de prisión en los seis meses. En la redacción inicial del Código, ningún precepto contemplaba una pena de prisión inferior a los seis meses. Congruentemente con lo anterior, el art. 71.2 CP establece que, cuando por efecto de la aplicación de las reglas de determinación de la pena, resulte una pena de prisión inferior a seis meses, se sustituirá en todo caso.

Así las cosas, la duda que se plantea es la siguiente. ¿Supone el nuevo art. 147.2, al permitir la imposición de una pena inferior a los seis meses de prisión, la única excepción a la regla general del CP de 1995? O, por el contrario y conforme al criterio del art. 71.2, ¿habrá de ser sustituida en todo caso la pena de prisión contemplada en el art. 147.1?

Pensamos que la primera opción es la correcta, por los siguientes motivos. En primer lugar, se trata de una ley posterior que, en caso de antinomia -en el presente caso más aparente que real, como tendremos

oportunidad de comprobar- derogaría la ley anterior. Por otra parte, a nadie escapa que se trata de la primera manifestación de una reforma más amplia, la operada por la LO 15/2003, que afecta a todo el sistema de penas del Código y que, únicamente por el carácter fragmentario de esta primera reforma operada por la L.O. 11/2003, ha introducido un factor de distorsión en el sistema.

En segundo lugar, hay que tener presente que el art. 71.2 se refiere únicamente a los supuestos de reducción de la pena en uno o más grados como consecuencia de la aplicación de las reglas de determinación de la misma, pero no contempla el hipotético caso de que una ley prevea expresamente la imposición de una pena de prisión inferior a los seis meses.

Por último, es necesario recordar que en el sistema de penas ideado inicialmente por el CP de 1995 es posible el cumplimiento de penas de prisión de menos de seis meses, ya que -incluso en los supuestos que contempla el art. 71.2- si se quebranta o incumple la pena sustitutiva, ha de procederse al cumplimiento de la pena sustituida (art. 88.3), que -en el caso del art. 71.2- es precisamente una pena de prisión inferior a seis meses.

Obviamente, todo lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de la facultad que los jueces y tribunales tienen para sustituir las penas inferiores a un año (y la pena del art. 147.2 evidentemente lo es), conforme a lo previsto en el art. 88 CP.

V. Conclusiones

1ª Sólo los hechos cometidos tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/2003, que no hayan sido todavía enjuiciados y no hayan prescrito, pueden ser tenidos en cuenta para integrar los delitos tipificados en el párrafo segundo de los arts. 147.1, 234 y 244.1 del Código Penal.

2ª La introducción de estas nuevas figuras penales no afecta a la posibilidad de apreciar el delito continuado de hurto, o de hurto y robo de uso, cuando concurren los requisitos previstos en el art. 74.1 y 2 del Código Penal, aunque sólo se hayan cometido dos o tres hechos constitutivos de falta, si el valor global de lo sustraído supera el límite del delito.

3ª El art. 147.2 CP permite, en su nueva redacción, la imposición de una pena de prisión de tres a seis meses, lo cual se ha de interpretar –en tanto no entre en vigor la LO 15/2003- como una modificación excepcional y expresa del sistema penológico original del CP de 1995, en el que no se contemplaban penas de prisión inferiores a seis meses. En consecuencia, la imposición efectiva de dicha pena está sometida al régimen general de sustitución de las penas de prisión inferiores a un año (art. 88), sin que la sustitución resulte imperativa por aplicación del art. 71.2, ya que este precepto contempla un supuesto distinto al del art. 147.2.

Madrid, 18 de diciembre de 2003
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES JEFES.