

-\*\*\*-

SENTÈNCIA 08-02 de 12 d'abril de 2002

Ponent : M.I. Sr. Josep Lluís VÀZQUEZ SOTELO

#### ANTECEDENTS DE FET

I.-RESULTANT: Que el M.I. Tribunal de Corts dictà sentència en data 2 d'octubre de 2001 en la causa núm. 23-1/99, amb la següent part dispositiva: "FALLEM: Que hem de condemnar i condemnem Enric S.P. com a responsable penalment en concepte d'autor del delicte major de furt amb abús de confiança, sense la concurrència de circumstàncies modificatives de la responsabilitat penal, a la pena de DOTZE MESOS DE PRESÓ, dels quals DOS MESOS FERMS i la resta condicional i a una multa de CENT CINQUANTA MIL PESSETES (901,52 EUROS).

Que hem de condemnar i condemnem Sónia V.M., com a penalment responsable en concepte d'autora d'un delicte major de furt amb abús de confiança, sense la concurrència de circumstàncies modificatives de la responsabilitat penal, a la pena de VUIT MESOS DE PRESÓ, dels quals UN MES FERM i la resta condicional, a una multa de CENT MIL PESSETES (6001,01 EUROS) Es condemna així mateix Enric S.P. i Sónia V.M., al pagament de les despeses processals causades.

En concepte de responsabilitat civil es condemna solidàriament Enric S.P. i Sónia V.M., a pagar a la Societat JECO, S.L. la quantitat de 65.260 pessetes (392,22 Euros) en reparació del perjudici sofert."

II.-RESULTANT: Que la sentència es recolza en els següents fets provats: "Que del mes de juny de 1998 al mes de gener de 1999, i en nou ocasions, l'acusat Enric S.P., nascut el 3 de novembre de 1962, de nacionalitat espanyola i sense antecedents penals, que havia obert recentment un comerç de venda de discs, anà a la botiga Músic Way situada a Escaldes-Engordany, Av. Carlemany núm. 36, propietat de la societat JECO S.L. depenent del grup GACES S.L. per qual havia treballat anteriorment.

Aprofitant-se de la qualitat d'empleada de l'acusada Sónia V.M., nascuda el 7 d'abril de 1977, de

nacionalitat andorrana i sense antecedents penals, que havia conegut a rel del seu precedent treball, i del fet que aquesta era la única dependent de la botiga en aquestes ocasions, va sostreure, després d'haver-se concertat prèviament amb ella, 1186 cassettes CD d'un valor superior a 2.500.000 pessetes, carregant la mercaderia en una bossa.

A cada ocasió, remetia a Sónia V.M. un xec per la seva col·laboració, entregant-li en total 850.000 pessetes.

La perquisició efectuada pels serveis de policia al domicili de Enric S.P. permeté recuperar 1152 cassettes CD procedents de la botiga Música Way."

III.-RESULTANT: Que contra la citada sentència formularen recurs d'apel·lació els processats condemnats en la mateixa.

1.- En el recurs del processat Enric S.P. es combat la sentència perquè infringeix el principi de legalitat penal, reconegut en l'article 1r del Codi Penal i en multitud de sentències que cita, fent referència a més a la garantia penal establerta en l'article 35, encara que reconeix que en el cas d'autes no s'ha vulnerat aquella garantia. Sobre la premissa del principi de legalitat, el recurrent articula la seva impugnació sobre la indeguda aplicació de la figura del delictes continuat, de la que sosté que a Andorra no és una figura legal, ja que no consta recollida en el Codi Penal, sent una figura de creació jurisprudencial (ja s'entengui com a ficció jurídica o com a creació del legislador) de la que els Tribunals andorrans únicament n'han fet ús per afavorir al reu però en cap cas en contra o en perjudici del mateix, invocant al respecte múltiples sentències. La sentència recorreguda ha tornat al passat aplicant la figura del delictes continuat en perjudici del reu, desatenent el principi de legalitat, ja que qualifica els fets com a constitutius d'un delictes major en lloc de qualificar-los com a constitutius de nou delictes menors o d'un delictes menor continuat de l'article 328. En la sentència - argumenta el recurrent- s'ha produït un "salt de tipus" al qualificar els fets en contra del reu, considerant-los integrants d'un delictes major continuat de l'article 245 en lloc de varis delictes menors de l'article 328 o d'un delictes menor continuat del mateix article. L'aplicació de la figura del delictes continuat en perjudici del reu es tradueix en que els terminis per a la cancel·lació d'antecedents penals i per a la rehabilitació del condemnat són més llargs com a conseqüència de la sentència (5 anys

per a la figura de l'article 245 front als 3 anys per als tipus de l'article 328). Per això conclou el seu recurs sol·licitant que es revoqui la sentència i se'n dicti una altra en la que el recurrent sigui condemnat a la mateixa pena imposada en la sentència però com autor del delictes menor continuat de l'article 328 o com autor de varis delictes menors continuats del mateix article, de manera que pugui sol·licitar la seva rehabilitació transcorreguts 3 anys.

2.- La processada Sònia V.M. en el seu recurs fa seves les encertades consideracions exposades en el recurs de l'altre processat i formula la mateixa petició.

3.- El Ministeri Fiscal s'ha oposat a ambdós recursos perquè independentment de la doctrina extensament explicada en el recurs i que comparteix, així com la tesi del recurrent, que li sembla òbvia, no deixa de ser significatiu que com consta en autes, el recurrent sostragué CD's en 9 ocasions, per un total de 2.505.704.-, sostraccions de les quals, salvat una de 80.000.- pts, les 8 restants, amb un total de 2.425.704.- pts, donen com a import de cada sostracció 303.213.- pts, que és superior a les 300.000.- pts establertes com a límit entre el delictes major i el menor. Per això la condemna imposada en la sentència suposa un criteri amplament favorable al reu, per lo qual s'oposa als recursos d'ambdós processats.

IV.-RESULTANT: Que admès a tràmit el recurs s'assenyalà dia i hora per a celebrar la vista en la qual han informat pel seu ordre els recurrents i el Ministeri Fiscal, en recolzament de les seves respectives al·legacions, destacant el primer recurrent que les sostraccions havien estat 10 i no 9 i que la coincidència de xifres es devia a les 80.000.- pts d'una de les sostraccions. Després de les al·legacions els autes quedaren conclosos per a sentència.

## FONAMENTS DE DRET

I.-CONSIDERANT: Que, com en resulta dels antecedents exposats, la única qüestió a resoldre es limita a sí l'aplicació de la figura del delictes continuat als diferents apoderaments imputats als processats s'ha realitzat amb infracció del principi de legalitat penal i en perjudici del reu.

II.-CONSIDERANT: Que com ja ha indicat aquesta Sala en anteriors ocasions la figura del delict continuat és una de les manifestacions o supòsits que solen estudiar-se com a "unitat i pluralitat de delictes". Un delict pot ser comès per vàries persones i aleshores tenim un concurs de delinqüents. I una persona (o vàries) poden cometre múltiples delictes, cas en el qual sorgeix el concurs de delictes o, en la terminologia doctrinal més depurada, la unitat o pluralitat de delictes. Aquesta hipòtesi és variada i en la mateixa s'hi poden distingir quatre supòsits: el de la unitat d'acció amb unitat de delict; el de la unitat d'acció amb pluralitat de delictes; el de la pluralitat d'accions amb unitat de delict i el de la pluralitat d'accions amb pluralitat de delictes. El supòsit que interessa al present recurs és el tercer, que suposa pluralitat d'accions amb el resultat d'un únic delict, dintre del qual és possible distingir vàries aplicacions (delict continuat, delict permanent, delict habitual). El "delict continuat" (que amb més encert es podria denominar "delict successiu", ja que la continuïtat delictiva no és una acció temporalment ininterrompuda i és més aviat intermitent o successiva) és una figura doctrinal, que ha passat a la jurisprudència penal i també a moltes legislacions, front a altres que guarden silenci sobre ella encara que rebi aplicació en la pràctica dels Tribunals. La seva finalitat està molt clara des de la seva mateixa creació, deguda, fa segles, al gran criminalista italià P. Farinacci (*Praxis et thaeoricae criminalis*, questio CLXVII), que la ideà per a salvar de la pena de mort a un acusat que havia comès tres furts, el tercer dels quals estava condemnat amb la pena capital. Acollida després pels penalistes de l'escola clàssica, singularment per Carrara, ha tingut una acceptació generalitzada en la doctrina i en la jurisprudència de molts països, sent fins i tot incorporada a no pocs codis iberoamericans, per servir a la humanització de l'aplicació estricta de la Llei penal, atenuant el *dura lex sed lex*. La figura del delict continuat si ja en el seu mateix origen respongué a un plantejament *favor rei* o *pro reo*, en els nostres dies manté el mateix fonament tant si es concep com una "ficció" o "expedient processal" per a evitar els inconvenients de la exasperació de la pena, com si es considera no una ficció sinó una "realitat" (en atenció a ser única la lesió que produeix als mateixos béns i requerir la unitat de propòsit delictiu) o també quan es defensa, segons una doctrina molt autoritzada, que es tracta d'una realitat però d'una "realitat jurídica" per ser una creació del dret (encara

que no sempre és obra del legislador sinó de la jurisprudència dels Tribunals en l'aplicació de la llei penal). D'on se segueix que, qualsevol que sigui el fonament o la naturalesa que se li atribueixi, el delictes continuat tracta sempre d'impedir la exagerada acumulació o agreujament de les penes, havent de ser entesa i aplicada com una institució o expedient *pro reo*, que sol exigir un element subjectiu, consistent en la unitat de dolo o "unitat de propòsit" (unitat d'ocasió i identitat de motiu) i un element objectiu, consistent en la homogeneïtat de les accions realitzades en diferents temps, en anàloga ocasió, i lesionant béns protegits pel mateix tipus penal.

III.-CONSIDERANT: Que el primer recurrent invoca en el seu recurs violació de la garantia de legalitat (de l'article 1 del CP. i 9,4 de la constitució), principi o garantia que hauria vulnerat la sentència a l'aplicar la figura del delictes continuat que manca de cobertura legal en el Codi Penal andorrà. Aquest plantejament, que fa seu el segon recurrent, no pot ser acollit. Si aplicar el delictes continuat suposés una vulneració de la garantia de la legalitat penal, és clar que ni aquesta Sala ni els demás òrgans de la jurisdicció penal andorrana haurien pogut fer us d'aquesta figura, en contra del que ve sent una pràctica i un criteri jurisprudencial molt reiterat, acorde amb el que segueix la jurisprudència de bona part dels països europeus i americans. És més, en els recursos s'observa la contradicció que mentre per una part s'argumenta i insisteix en la il·legalitat d'aplicar la figura del delictes continuat, no contemplada en el vigent Codi Penal andorrà, d'altra part se sol·licita precisament a aquesta Sala que condemni a cada un dels processats recurrents com autor d'un delictes menor continuat o de varis delictes menors continuats de l'article 328 CP, petició que sembla estar en flagrant contradicció amb l'al·legada infracció del principi de legalitat si es fa aplicació del delictes continuat.

IV.-CONSIDERANT: Que, qüestió ben diferent és si en el cas examinat (com se sosté en els recursos) l'aplicació de la figura del delictes continuat lluny de suposar un *favor rei* representa un perjudici per als condemnats, no tant per la pena imposada (que els propis recurrents consideren ajustada a la Llei i admeten que, en aplicació de l'article 56 del CP, podria ser fins i tot superior) sinó perquè retarda el temps per a poder obtenir la rehabilitació, temps d'espera que serà de 5 anys quan

podia ser de 3 anys. És aquest el fonament dels recursos que pot ser acollit, d'acord amb les premisses doctrinals i jurisprudencials que justifiquen dita figura. Que la continuïtat delictiva no pot aplicar-se "contra reo" ha estat proclamat reiteradament pels Tribunals d'Andorra, entre altres, en les sentències que s'invoquen en l'escrit del primer recurrent, cites que es donen per reproduïdes. I com a manifestació d'aquest principi, s'ha d'afirmar que l'aplicació de la figura del delictes continuat no s'ha de realitzar *contra reum* quan de la seva aplicació (encara que es mantinguin les mateixes penes) derivin el que amb una terminologia avui molt en ús podríem denominar "efectes col·laterals", com poden ser la major espera per a que els processats puguin obtenir la rehabilitació.

V.-CONSIDERANT: Que, com s'ha dit, les penes que estableix la sentència són correctes i proporcionades als fets delictius i així ho admeten expressament els recurrents. De tota manera, les sostraccions han estat subsumides sota l'article 245 ("qui cometi furt en quantia superior a les 300.000.- pts, concorren abús de confiança") quan és lo cert que en el que es refereix al primer condemnat Enric S.P., haurien pogut subsumir-se en l'article 328 ("furt de quantia superior a 100.000.- pts que no excedeixi de 500.000.-") ja que en quant a dit processat resulta difícil admetre la circumstància d'abús de confiança, per quant (encara que hagués treballat per una botiga del mateix grup) quan es cometeren els apoderaments, ell no era empleat de l'empresa JECO SL propietària del negoci on l'altra processada permeté la realització de les sostraccions, prevalent-se -diu la sentència- que era la única empleada de la botiga. D'altra part, en els fets provats de la sentència no consta la quantia exacta de les nou sostraccions (que el primer recurrent afirma foren 10) i es limita a afirmar que, globalment, "els 1186 CD sostrets tenien un valor superior als 2.500.000.- pts" (sense però precisar aquest valor), declarant provat a continuació que dels 1.186 cassettes CD sostrets se'n recuperaren 1.152. Per poder aplicar en continuïtat el delictes major previst a l'article 245 el Ministeri Fiscal al·lega a l'oposar-se als recursos que l'import total de les 9 sostraccions ascendí a 2.505.704.- pts i que una de les sostraccions fou per valor de 80.000.- pts mentre que les restants haurien estat totes pel mateix import o quantia de 303.213.- pts (que resulten de dividir les 2.425.704.- pts restants per 8 sostraccions). El recurrent discrepa dels numero dels apoderaments i de

l'import corresponent. En la causa no s'ha fet una peritació judicial dels CD recuperats, existint solament una valoració efectuada pel propi perjudicat segons el preu de cost. El cert és que la sentència, en la seva premissa històrica de declaració de fets provats (que no han estat combatuts en el recurs), es limita a afirmar que les sostraccions foren 9 i per un valor que no precisa però que excediria dels 2.500.000.- pts (excés eventual que al no estar definit i precisat no pot aplicar-se en contra del reu) sense que es faci cap referència a que una de les sostraccions fos per import de 80.000.- pts. Per això, sempre d'acord amb el factum de la sentència, a cada una de les 9 sostraccions o apoderaments correspondria un valor de 277.777.- pts, inferior al límit màxim de 300.000.- pts establert per al tipus delictiu de l'article 328,c ("furts amb abús de confiança quan la quantia excedeixi de 50.000.- pts i no superi les 300.000.- pts"), integrant en conseqüència cada sostracció delictiva menor que a l'haver-se comès dintre d'una relació delictiva de continuïtat correspondria sancionar amb les penes que estableix la sentència però en aplicació de l'article 328,c), amb la avantatja *pro reo* de tenir aquest delictiva el termini menor de rehabilitació per als condemnats, tal com s'ha sostingut i sol·licitat en els recursos.

VI.-CONSIDERANT: Que per les raons que antecedeixen procedeix acollir els recursos i revocar la sentència en l'únic punt de condemnar els processats com a autors del delictiva menor de furt de l'article 328,c en relació de continuïtat, a les mateixes penes imposades en la sentència, la qual es manté en tots els demés fonaments i pronunciaments, amb la conseqüència afegida, en ordre a les costes processals, que s'han de considerar declarades d'ofici.

Vistes la Constitució, El Codi Penal, el Codi de Procediment Penal, la jurisprudència d'aplicació, i altres fonts del Dret del Principat d'Andorra,

La Sala Penal del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

## D E C I D I M

1.- Estimar els recursos d'apel·lació interposats per Enric S.P. i Sónia V.M. en la causa i rotlle de referència.

2.- Revocar la sentència dictada pel Tribunal de Corts en data 2 d'octubre de 2001 única i exclusivament en l'extrem relatiu a la condemna dels processats com a autors de sengles delictes continuats de furt de l'article 245 del CP, condemna que se substitueix per la dels delictes continuats de furt de l'article 328 del Codi Penal, mantenint-se les mateixes penes imposades per la sentència, que es confirma en tots els seus demés extrems i pronunciaments.

3.- Declarar d'ofici les costes processals causades pel recurs.

4.- Retornar la Causa al M. Iltre. Tribunal de Corts, amb certificació de la present Sentència, per al seu compliment i execució.

Així, per aquesta nostra sentència, definitivament jutjant, ho manem i signem.