

## CONSULTAS

## CONSULTA 1/2006, DE 21 DE ABRIL DE 2006, SOBRE LA CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA CONDUCCIÓN DE VEHÍCULOS DE MOTOR A VELOCIDAD EXTREMADAMENTE ELEVADA

### I. ANTECEDENTES

La implantación de dispositivos tecnológicos de control de velocidad en la red viaria de nuestro país ha permitido una nueva forma de detección e identificación de vehículos que circulan a velocidad superior a la autorizada por las normas reguladoras del tráfico rodado.

Esta circunstancia ha motivado que las autoridades de tráfico, ante la captación de vehículos que circulan a velocidades superiores a los 200 km/hora hayan decidido poner los hechos en conocimiento de las respectivas Fiscalías territoriales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (en adelante Ley de Tráfico), por si tal conducta pudiera ser constitutiva de un delito de conducción temeraria del artículo 381 CP.

En este contexto, la Fiscalía consultante, con motivo de la recepción de antecedentes administrativos relativos a vehículos que circulaban entre 224 y 245 km/hora, siendo la limitación genérica de velocidad de 120 km/hora, cuestiona la posibilidad de incardinar tales conductas en el tipo penal de conducción temeraria del artículo 381 párrafo 1.º, o bien en el de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás del artículo 384 del Código Penal, habida cuenta de las exigencias típicas de estas figuras delictivas.

Por tanto, la resolución de la presente consulta debe partir de algunas consideraciones generales y un recordatorio previo de las características y requisitos típicos de los delitos de conducción temeraria, a fin evaluar el alcance penal de tales conductas.

## II. ANÁLISIS DE LA MATERIA

### II.1 Consideraciones generales sobre los delitos de conducción temeraria

La intensidad y magnitud del tráfico automovilístico en las sociedades industrializadas ha determinado que la seguridad vial se configure como uno de los intereses más relevantes para la seguridad colectiva y, de ahí, la necesidad de responder penalmente ante comportamientos insolidarios que son creadores de riesgos socialmente inaceptables. Para ello las distintas legislaciones han recurrido en este ámbito a la técnica tipificadora de los delitos de peligro, adelantando la línea de intervención del derecho penal al castigo de aquellas conductas que, atendiendo a reglas de la experiencia, son generadoras de un peligro intolerable para la seguridad vial –valor intermedio referencial– y en última instancia, para la vida y la integridad física de todos –bienes jurídicos referidos– (STC Pleno 2/2003, de 16 de enero).

Como tales delitos de peligro, algunos de los delitos de conducción temeraria requieren junto al peligro general o común para la seguridad colectiva referida al tráfico motorizado la efectiva creación de una situación de peligro para bienes jurídicos individuales (delitos de peligro concreto –art. 381 párrafo 1 y 384 párrafo 1–) mientras que otros incriminan la conducción prevista como peligrosa, aunque no se produzca dicha situación riesgo en el caso concreto (delitos de peligro abstracto –artículos 381 párrafo 2 y 384 párrafo 2–).

La distinción, como veremos, tiene importantes consecuencias en la resolución de la consulta, ya que en los primeros la inclusión de un peligro concreto como presupuesto de tipicidad exige conocer y examinar las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho para inferir de las mismas la presencia del riesgo prohibido, mientras que en los delitos de peligro abstracto no es preciso ese análisis singularizado, al entender el legislador que la situación de peligro es consustancial a la conducción en las circunstancias descritas en el tipo.

### II.2 El delito de conducción temeraria del apartado 1.º del artículo 381 CP

El artículo 381 castiga con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años al que *condujere un vehículo de motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas.*

Como se desprende de la propia literalidad del precepto y han tenido ocasión de subrayar doctrina y jurisprudencia (SSTS 341/1998, de 5 de marzo, 877/1999, de 2 de junio, 1461/2000, de 27 de septiembre, 1039/2001, de 29 de mayo, 2251/2001, de 29 de noviembre y 561/2002, de 1 de abril) el tipo objetivo del artículo 381 exige un doble elemento: la conducción con temeridad manifiesta y la puesta en concreto peligro de la vida o integridad de las personas, mientras que el tipo subjetivo exige el dolo.

a) Conducción con temeridad manifiesta.

Sobre el concepto jurídico indeterminado «temeridad manifiesta» existe una consolidada doctrina jurisprudencial según la cual conduce *temerariamente* un vehículo de motor *quien incurre en la más grave infracción de las normas de cuidado formalizadas en la Ley de Tráfico* (STS 561/2002) o, lo que es lo mismo, quien lo hace con *notoria desatención a las normas reguladoras del tráfico* (STS 2251/2001). Asimismo considera el Alto Tribunal que la conducción temeraria es *manifiesta* cuando es *valorable con claridad, notoria o evidente para el ciudadano medio*.

b) Resultado de concreto peligro para la vida o la integridad de las personas.

La redacción típica del artículo 381 párrafo 1.º exige como resultado la creación de un peligro concreto para la vida o la integridad de las personas, por lo que queda configurado como un delito de peligro concreto.

En este sentido las SSTS 2251/2001, de 29 de noviembre y 1039/2001, de 29 de mayo, precisan que *la simple conducción temeraria, creadora por sí misma de un peligro abstracto no sería suficiente, debiendo quedar acreditada la existencia de un peligro concreto (...) peligro que debe ser efectivo, constatable para la vida o integridad física de personas concretas, distintas del sujeto pasivo*.

La aplicación del tipo exige comprobar, por ello, que en el ámbito de eficacia causal del vehículo infractor hubo al menos una persona expuesta al peligro que aquél representaba, aunque no haya podido ser identificada en el proceso (SSTS 2251/2001, de 29 de noviembre, 341/1998, de 5 de marzo, y Circular 2/1990 FGE), bastando con que por ejemplo testigos presenciales o los propios agentes de policía intervinientes así lo manifiesten.

El uso del plural «personas» empleado en la fórmula legal no significa que deban ser al menos dos las personas puestas en peligro para

afirmar la tipicidad de la conducta. Por otra parte, si solamente se pone en peligro la vida del autor o la propiedad ajena (la reforma de 1989 suprimió el término «bienes» que con anterioridad aparecía junto a la vida y la integridad de las personas como objeto posible de peligro concreto derivado de la conducta temeraria) los hechos no serían subsumibles en esta figura.

c) Tipo subjetivo.

Al no contemplarse la incriminación imprudente, el delito de conducción temeraria solo admite la comisión dolosa (art. 12 CP). El dolo del autor debe abarcar los dos elementos del tipo: el modo de conducir y el resultado de peligro (SSTS 1039/2001, de 29 de mayo, y 1461/2000, de 27 septiembre).

El dolo, por tanto, no se refiere al posible resultado lesivo, sino a la acción peligrosa en sí.

Afirma la STS 1039/2001, de 29 de mayo, *el dolo del 381 no exige un dolo específico o elemento subjetivo del injusto sino que requiere conocimiento de que con la anómala conducción se crea un concreto peligro para la vida o la integridad de las personas y la voluntad de ejecutar o proseguir con la temeraria forma de conducir.*

El referido dolo no quedará desplazado, en su caso, por el móvil de huida o elusión de la acción policial de descubrimiento de la participación en hechos punibles, en los que la jurisprudencia viene admitiendo limitadamente el principio del autoencubrimiento impune, como manifestación del más genérico de inexigibilidad de otra conducta, pero constriñéndolo a los casos de mera huida (delitos de desobediencia) con exclusión de las conductas que en la fuga pongan en peligro o lesionen otros bienes jurídicos como la seguridad del tráfico o la integridad de las personas (STS 341/98, 1461/00, 168/2001 y 1464/2005).

d) Aplicabilidad del artículo 381 párrafo 1.º a las conductas examinadas.

Partiendo de las anteriores consideraciones, no parece pueda ser cuestionado que la forma de conducir de quien supera los 200 km/hora, sobrepasando incluso en un 100 por 100 ó más la velocidad máxima autorizada para la circulación de vehículos, resultará en principio y sin perjuicio de matizar dicha calificación en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, una conducta «temeraria» toda vez que supone el incumplimiento de los más elementales deberes de prudencia exigibles en la conducción de un

vehículo de motor. A tal efecto, recuérdese que el artículo 19.1 Ley de Tráfico establece que *todo conductor está obligado a respetar los límites de velocidad establecidos (...) de manera que pueda detener el vehículo dentro de los límites de su campo de visión y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse* y su artículo 11.1 que *los conductores deberán estar en todo momento en condiciones de controlar sus vehículos*.

En relación con el carácter «manifiesto» de dicha temeridad, tampoco ofrece duda que tal conducta resulta alarmante para cualquiera, que está en la conciencia de todos que tal exceso de velocidad implica un riesgo elevado de siniestralidad, en definitiva, que se trata de una temeridad patente para terceros. En este sentido un reciente estudio sobre «La Justicia en el Tráfico. Conocimiento y valoración de la población española» ponía de manifiesto cómo el 75 por 100 de los conductores valora en 8 (en una escala de 0 a 10) el riesgo de accidente de tráfico asociado al exceso de velocidad, percepción sólo superada por la peligrosidad asociada a la conducción tras el consumo de alcohol. Opinión avalada por determinadas estadísticas sobre accidentes de tráfico en España según las cuales la velocidad inadecuada aparece como causa principal o como factor concurrente en un elevado porcentaje de los siniestros con víctimas registrados (29 por 100 de los accidentes mortales en el año 2004).

No obstante, el segundo elemento exigido por el tipo del artículo 381 párrafo 1.º –el resultado de peligro concreto para la vida o la integridad de las personas– impone la necesidad de analizar además de la forma de conducción las circunstancias en que la misma se desarrolla a efectos de evaluar la naturaleza y entidad del peligro generado, pues de ello dependerá la incardinación de los hechos en dicha figura legal, en su caso, en la del artículo 384 CP o, excepcionalmente, su atipicidad.

Ciertamente la conducción temeraria posee, por sí misma, una evidente dimensión de riesgo en cuanto las normas vulneradas, basándose en la experiencia, prohíben aquellas conductas que normalmente desembocan en resultados lesivos. Es más, un exceso tan notoriamente desproporcionado de velocidad por regla general pondrá en concreto peligro la vida o integridad de terceros dada, por un lado, la incapacidad del conductor para detener a tiempo el vehículo y la grave entidad lesiva derivada de un alcance, un frenazo, una maniobra evasiva, un mínimo despiste –factores todos ellos de probable producción en tales circunstancias– y por otro, la eventualidad de la presencia de otros usuarios que pueden verse expuestos a su conducta, aunque se trate de horas avanzadas o días de poco tráfico, pues no en vano la

conducción se desarrolla en una vía pública. A tal efecto no pueden desconocerse ni el espectacular crecimiento del parque automovilístico experimentado en los últimos años ni la cultura del uso del automóvil que, hoy por hoy, impera en nuestro país.

Por último, en relación con el aspecto subjetivo del tipo, las anteriores consideraciones conducen al entendimiento de que el dolo estará de ordinario implícito en el comportamiento de dichos conductores.

No obstante, no cabe descartar que tal situación peligrosa no llegue a materializarse ante la ausencia de otras personas o vehículos para los que tal conducción pueda constituir un riesgo, circunstancia que, en definitiva, deberá ser puesta de manifiesto durante la instrucción de la causa.

Como acertadamente señala la Fiscalía consultante, la determinación del resultado de peligro concreto puede verse facilitada en aquellos casos en que los propios fotogramas obtenidos por el radar evidencian que el vehículo temerariamente conducido es ocupado por terceras personas, además del conductor.

Esta observación, exige no obstante, detenerse en la controvertida cuestión de la idoneidad de los acompañantes para ser considerados sujetos pasivos del delito.

En principio, siendo la vida y la integridad de las personas los intereses en última instancia tutelados en los delitos contra la seguridad del tráfico, debe entenderse que el riesgo generado para los restantes ocupantes del vehículo también debe ser amparado por el precepto (v. gr. SAP Soria 14 de noviembre de 2003 condena por delito de conducción temeraria a quien condujo a gran velocidad pese a los ruegos de sus acompañantes que finalmente resultaron heridos).

Más dudoso resulta, sin embargo, el supuesto en que los acompañantes consienten libremente someterse a la situación de riesgo derivada de dicha forma de conducción. Un sector doctrinal sostiene la falta de aplicación del tipo ya en virtud de la eficacia supralegal del consentimiento, ya a partir del principio de la autopuesta en peligro como criterio de exclusión de la imputación objetiva del resultado. Otro sector defiende la plena tipicidad en atención a la irrelevancia del consentimiento en relación con las posibles lesiones que pudieran derivarse para aquéllos de la conducción temeraria (SAP Cáceres 2.ª, 22 de abril de 2005). La reciente STS 1464/2005, de 17 de noviembre, se ha pronunciado en este último sentido al condenar por delito de conducción con consciente desprecio por la vida de los demás en concurso ideal con un delito de homicidio a quien condujo por una autovía en dirección contraria y a gran velocidad durante 5 kilómetros

colisionando, al sortear uno de los vehículos que venía de frente, con la valla de protección de la autopista, a consecuencia de lo cual resultó el fallecimiento de su acompañante además de la puesta en peligro de la vida de los usuarios de otros vehículos. A tal efecto razona dicha sentencia *el hecho de que el fallecido asuma el peligro no significa que el total dominio de la acción deje de corresponder al acusado*.

No obstante, si los ocupantes aparecen como partícipes del delito, por ejemplo, a título de inductores, por haber animado o incitado al conductor a conducir el vehículo vulnerando las normas elementales del tráfico viario, no cabrá la apreciación de dicho elemento típico. Otro entendimiento conduciría a la paradoja de considerar a los ocupantes víctimas del delito y al propio tiempo inductores del mismo.

### **II.3 La presunción legal de temeridad y concreto peligro del apartado 2.º del artículo 381 CP**

El delito de conducción temeraria ha experimentado una esencial modificación en la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Razones de política criminal han determinado la inclusión de un nuevo párrafo segundo en el que se acoge dentro del delito de conducción temeraria una formulación propia de los delitos de peligro abstracto: *en todo caso, se considerará que existe temeridad manifiesta y concreto peligro para la vida o la integridad de las personas en los casos de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas con altas tasas de alcohol en sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos*.

Esta fórmula legal introduce una presunción *iuris et de iure* en relación con la concurrencia de los dos elementos típicos esenciales del delito descrito en el párrafo primero (temeridad manifiesta y resultado de peligro) cuando concurre la conducción con altas tasas de alcohol y el exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos.

La posibilidad de subsumir en esta figura legal los comportamientos objeto de la presente consulta resulta remota, pues si bien por un lado la presunción legal evita la especificación de la concreta situación de peligro, por otro exige acreditar que el conductor circulaba bajo los efectos de altas tasas de alcohol, lo que de ser cierto, resultará extraordinariamente complicado de constatar salvo que se disponga de otros medios de prueba idóneos para complementar la información que sobre la desproporcionada velocidad del vehículo facilita el radar.

## II.4 Los delitos de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás. Su aplicabilidad a las conductas objeto de estudio

El artículo 384 CP contiene dos tipos delictivos en relación con la conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás.

### a) Tipo básico

El primer párrafo recoge la figura principal y castiga con penas de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores *al que, con consciente desprecio por la vida de los demás, incurra en la conducta descrita en el artículo 381*.

El tipo objetivo remite a la conducta descrita en el artículo 381, de forma que requiere una conducción manifiestamente temeraria y la creación de un peligro concreto para la vida o la integridad de las personas, quedando configurado por tanto como delito de peligro concreto (STS 1464/2005, de 17 de noviembre).

Por tanto, a la hora de valorar la subsunción de las conductas examinadas en el tipo del 384 párrafo 1.º CP se reproducen las consideraciones anteriormente expuestas en relación con la determinación del resultado de peligro concreto.

En relación con el tipo subjetivo es preciso el dolo que vendrá referido a la conducción temeraria y al concreto peligro para la vida o la integridad de las personas, pero además el precepto contiene un específico elemento subjetivo del injusto constituido por «el consciente desprecio por la vida de los demás» que constituye la *ratio essendi* de estos delitos y es objeto de examen en el apartado siguiente por ser común a ambos.

### b) Subtipo atenuado

En el párrafo segundo se describe un subtipo atenuado, de aplicación subsidiaria al del párrafo anterior, que adopta la estructura propia de los delitos de peligro abstracto al prevenir: *cuando no se haya puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, la pena de prisión será de uno a dos años, manteniéndose el resto de las penas*.

Tal circunstancia lleva a la Fiscalía consultante a plantearse la posible aplicación de este subtipo al supuesto analizado, pero sabedora de que el consciente desprecio por la vida de los demás constituye

un elemento subjetivo del tipo, se pregunta acto seguido si conducir a 245 km/hora, sin otra circunstancia periférica, supone no sólo una temeridad manifiesta, sino además un consciente desprecio por la vida de los demás.

Responder a esta cuestión impone detenerse en los elementos típicos de esta figura delictiva.

Como recuerda la STS 615/2001, de 11 de abril, el tipo objetivo se forma por dos elementos, uno de carácter positivo referido igualmente a una conducción manifiestamente temeraria –por lo que deben reproducirse aquí las consideraciones efectuadas con anterioridad en relación con dicho elemento normativo– y otro de carácter negativo consistente en que no se haya puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, pues en ese caso el párrafo primero del artículo 384 CP sería de aplicación preferente.

El tipo subjetivo, al igual que en la figura del primer apartado, está constituido además de por el dolo, que debe abarcar la conducta de conducción temeraria, por el elemento característico del «consciente desprecio por la vida de los demás».

Como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia (STS 561/2002, de 1 de abril) ese elemento subjetivo supone una alteración esencial de la estructura de esta figura en relación con los restantes delitos contra la seguridad del tráfico contenidos en el capítulo IV del título VII del Libro II, porque en todos ellos –a excepción del 384– el tipo subjetivo está constituido por la conciencia y voluntariedad de la infracción de una norma de cuidado relativa al tráfico, pero no por la conciencia y voluntariedad del *resultado* que eventualmente puede ocasionar aquella infracción, mientras que en el delito a que ahora nos referimos el dolo abarca no sólo la infracción de la norma de cuidado sino también el eventual resultado. Debe entenderse que cuando el sujeto conduce con consciente desprecio por la vida de los demás está asumiendo y aceptando el probable resultado lesivo, lo que obliga a atribuirle, al menos, el dolo que la doctrina y la jurisprudencia denominan eventual.

La Circular 2/1990 FGE ya citada, tras advertir de la dificultad de concebir una conducción con temeridad manifiesta y puesta en concreto peligro de la integridad o vida de las personas que no representase un menosprecio de la vida de los demás, concluía que la coexistencia de ambas figuras delictivas obliga a deslindar ambos tipos, dejando para el artículo 340 bis d) CP 1973 –hoy artículo 384 CP 1995– aquellos supuestos de conducción en que la temeridad es manifiestamente más grave, y por tanto mayor la antijuricidad de la conducta.

Por tal razón, el tipo penal del 384 debe entenderse reservado a supuestos en los que el consciente desprecio va implícito en la conducta por su extremada gravedad y flagrancia.

Por tanto, retomando la pregunta de la Fiscalía cabe responder que el análisis de los datos objetivos acreditados, valorados desde las máximas de experiencia, resultará nuevamente determinante para indagar un elemento subjetivo como el consciente desprecio por la vida de los demás (SSTS 20 de abril de 1994, 178/1996, de 19 de febrero, 561/2002, de 1 de abril, 1464/2005, de 17 de noviembre, entre otras). Si atendida la temeraria conducción en relación con las circunstancias de todo orden que constelaron el hecho (*v.gr.* zonas urbanas, proximidad de vehículos o terceras personas, densidad del tráfico, características de la vía, falta de visibilidad, climatología adversa, nocturnidad) resulta que el sujeto realizó una conducción tan extremadamente peligrosa, tan altamente temeraria, que permite inferir no sólo que lo hizo conociendo el elevado riesgo que para la vida de otras personas conllevaba su acción, sino que necesariamente tuvo que aceptar, consentir o representarse las consecuencias lesivas derivadas de la misma, podremos concluir que actuó con dolo eventual respecto de los previsibles resultados lesivos y estaremos en presencia de un delito del artículo 384 CP.

En otro orden de cosas procede señalar, como ya se dijera *supra* en relación con el dolo del delito de conducción temeraria del artículo 381, que el elemento del consciente desprecio por la vida de los demás del artículo 384 no quedará desplazado cuando la conducta se realice a impulso de la huida de la persecución policial, como ha tenido ocasión de recordar recientemente la STS 1464/2005, de 17 de noviembre.

Por último, recuérdese que la eventual condena por delito del 381 CP cuando el objeto de la acusación ha versado sobre un delito del 384 no vulnerará el principio acusatorio, por cuanto se trata de un delito homogéneo, más leve, de la misma naturaleza y constitutivo también de un delito contra la seguridad del tráfico, regulado en el mismo capítulo IV del título XVII del Libro II del CP.

### III. ILÍCITO PENAL E INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

El concepto de temeridad en la conducción empleado tanto en la legislación penal, como en la administrativa, obliga a deslindar, finalmente, ambas categorías de ilícitos.

En la redacción originaria del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprobó el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, la infracción de las limitaciones de velocidad y la conducción negligente o temeraria tenían la consideración de graves, elevándose a muy graves cuando concurriesen circunstancias de peligro por razón de la intensidad de la circulación, las características y condiciones de la vía, las condiciones atmosféricas o de visibilidad, la concurrencia simultánea de vehículos y otros usuarios, especialmente en zonas urbanas y en poblado, o cualquier otra circunstancia análoga que pueda constituir un riesgo añadido y concreto al previsto para las graves en el momento de cometerse la infracción.

De esta forma la calificación de las infracciones «muy graves» se hacía depender de la concurrencia de circunstancias de peligro que supusiesen un riesgo añadido y concreto al previsto para las infracciones graves, lo que, como acertadamente se ha dicho, no contribuía precisamente a diferenciar el supuesto de hecho del delito de conducción temeraria y el de la infracción administrativa «muy grave».

En la reforma efectuada por la Ley 5/1997, de 24 de marzo de 1997 en el Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, se mantuvo el mismo criterio, condicionando la consideración como infracción muy grave de la conducción negligente o excediendo los límites de velocidad a la concurrencia de las mencionadas circunstancias de peligro concreto, si bien la conducción temeraria, pasó a considerarse infracción muy grave en todo caso.

La Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos, ha modificado nuevamente el cuadro general de infracciones disponiendo que el incumplimiento de las limitaciones de velocidad constituye una infracción de carácter *grave* (art. 65.4.a) y si se sobrepasan en más de un 50 por ciento la velocidad máxima autorizada, siempre que ello suponga superar, al menos, en 30 km por hora dicho límite máximo, de carácter *muy grave* (art. 65.5.c). Asimismo reputa infracción *grave* la «conducción negligente» (art. 65.4.ñ) y *muy grave* la «conducción manifiestamente temeraria» (art. 65.5.d).

Como vemos, la nueva redacción del artículo 65 ha introducido el adverbio «manifiestamente» en relación con el carácter temerario de la conducción, cuando de infracción muy grave se trate, de modo, que en principio, el concepto de conducción manifiestamente temeraria es presupuesto coincidente en la vía sancionadora administrativa y en la penal.

Por esta razón, la conducción a velocidad tan desproporcionadamente elevada como la que motiva la presente consulta constituiría una infracción administrativa prevista en el artículo 65.5.c) de la Ley de Tráfico dando lugar a la imposición de una multa de 301 a 600 euros y la suspensión del permiso o licencia de conducción por tiempo de 1 a 3 meses, *salvo que el hecho fuera constitutivo de delito o falta* perseguible de oficio, en cuyo caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley sobre Tráfico, la jurisdicción penal gozará de carácter preferente.

A tal fin, Jurisprudencia y doctrina se han esforzado en definir la línea divisoria de ambos órdenes sancionadores.

En este sentido la STS 561/2002, de 1 de abril afirma: *La conducción temeraria es, en principio, un ilícito administrativo (...). No obstante, cuando la temeridad es manifiesta, es decir, patente, clara y con ella se pone en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, el ilícito se convierte en penal y da lugar al delito previsto en el artículo 381 CP (...). Conduce temerariamente un vehículo de motor quien incurre en la más grave infracción de las normas de cuidado formalizadas en la Ley de Tráfico. Siendo así que la temeridad que integra la infracción administrativa es, en principio, la misma que la que integra el delito. La diferencia entre una y otro está en que en el delito la temeridad es notoria o evidente para el ciudadano medio y además crea un peligro efectivo, constatable para la vida o la integridad física de personas identificadas o concretas distintas del conductor temerario.*

Las mismas consideraciones cabría hacer en relación con el delito de conducción con consciente desprecio por la vida de los demás.

De forma que pese a su aparente solapamiento, unos y otras no son plenamente coincidentes, pues el legislador penal únicamente ha sustraído de la esfera del Derecho administrativo sancionador la conducción temeraria –al margen de la influenciada por el alcohol– que genera un concreto peligro para la vida y la integridad de las personas, ya sea un peligro efectivo (art. 381 párrafo 1.º) ya presunto *ex lege* (art. 381 párrafo 2º), y aquella que se realiza con consciente desprecio para la vida de los demás, en todo caso (art. 384).

No obstante, para evitar los conflictos que pudieran derivar de la doble incriminación, la Ley sobre Tráfico, acogiendo la reiterada doctrina del TC sobre el principio *non bis in idem* (por todas, STC 2/2003 de 16 de enero), declara la preferencia de la autoridad judicial penal sobre la administración sancionadora y la sujeción de ésta a los hechos declarados probados por el Juez o el Tribunal del orden penal.

#### IV. PAUTAS DE ACTUACIÓN

El riesgo creado por quienes conducen a velocidad extremadamente elevada, comportamientos que, por otra parte, son socialmente valorados como de grave imprudencia, exige de las señoras y señores Fiscales un esfuerzo en la investigación de estas conductas tendente a evitar que eventuales dificultades probatorias del resultado de peligro (art. 381.1) o del consciente desprecio por la vida de los demás (art. 384) se traduzcan en la práctica en una generalizada falta de persecución de las mismas, desprotegiendo a la comunidad frente a estos grandes infractores. La frecuencia y gravedad de estas conductas exige una respuesta institucional que, contraria al archivo «de plano» de tales denuncias, impulse la investigación de los hechos posibilitando una fundada valoración de su alcance penal, caso por caso.

Será preciso, por tanto, que en el atestado policial o durante la actividad instructora se ponga de manifiesto, además de la persona que conducía el vehículo y los datos que puedan aportar las autoridades de tráfico en torno a la clase, marca y titularidad registral del vehículo infractor así como sobre la identificación del aparato cinemómetro que captó la imagen del vehículo y su estado de verificación, las circunstancias en que se produjo la acción, recurriendo si fuera preciso a informes periciales sobre tiempo y distancia de frenada o cuantos extremos pudieran resultar relevantes para determinar la entidad del riesgo generado. Como datos de especial relevancia, pero no de apreciación exclusiva, que pueden contribuir a una correcta calificación jurídico-penal de tales conductas, pueden señalarse las características de la vía y en concreto del tramo donde se detectó la infracción, la densidad del tráfico, la climatología, las incidencias en la circulación de las que se hubiera tenido noticia, las características técnicas del vehículo, la existencia de terceros ocupantes del propio vehículo infractor y la eventual presencia o ausencia de otros vehículos o peatones cuya seguridad se haya podido ver comprometida por la conducta del infractor.

#### V. CONCLUSIONES

1.º La detección de vehículos a motor circulando a velocidad extremadamente elevada y, significadamente, cuando sobrepase el doble de la máxima autorizada reglamentariamente como sucede en el supuesto sometido a consulta, puede resultar indiciaria de la comisión de un delito contra la seguridad del tráfico del artículo 381 CP.

2.º Las señoras y señores Fiscales en tales casos acordarán o interesarán la práctica de diligencias tendentes a averiguar, además de la identificación del conductor, aquellas circunstancias fácticas concurrentes con tal forma de conducción y que permitan efectuar una fundada valoración sobre la significación penal de los hechos y en consecuencia constatar o descartar la existencia de un concreto peligro para la vida o integridad de terceros, la posible presencia de altas tasas de alcohol en el conductor o el consciente desprecio por la vida de los demás. A tal fin interpondrán el correspondiente recurso contra las resoluciones que acuerden el archivo de plano de tales denuncias.

3.º Si atendidas las circunstancias en que se desarrolló la conducción se pusiera de manifiesto el plus de antijuricidad que el consciente desprecio supone, habrá de entenderse que los hechos son constitutivos de un delito del artículo 384 CP, bien del apartado primero, bien del segundo, en función de si hubo o no concreto peligro para la vida o la integridad de las personas.

4.º Las señoras y señores Fiscales Jefes darán cuenta de la presente Consulta a la Jefatura Provincial de Tráfico u organismo de tráfico competente en su demarcación de forma que el criterio que en ella se adopta llegue a conocimiento de los agentes de policía o guardia civil encargados de la vigilancia del tráfico rodado en dicho ámbito territorial, a fin de hacer efectiva la investigación de los mismos mediante la confección del oportuno atestado que deberá contener cuántos datos resulten indicadores de la posible comisión de un hecho delictivo.

5.º Cuando de la investigación se deduzca que no ha lugar al ejercicio de la acción penal, por no concurrir los elementos típicos o si ejercitada la misma recayese sentencia absolutoria que no estuviera fundada en la inexistencia del hecho, las señoras y señores Fiscales cuidarán de que la resolución de archivo o la sentencia absolutoria se comunique a la autoridad de tráfico competente a los efectos previstos en el artículo 74 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial.

CONSULTA 2/2006, DE 10 DE JULIO DE 2006, SOBRE LA  
PRISIÓN PREVENTIVA ACORDADA EN SUPUESTOS DE  
MALOS TRATOS DEL ARTÍCULO 153 DEL CÓDIGO  
PENAL. LÍMITE DE SU DURACIÓN

I. MODIFICACIONES DEL ARTÍCULO 153  
DEL CÓDIGO PENAL Y TEXTO ACTUAL

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, modificó el artículo 153 CP, tipificando como delito conductas que hasta entonces habían sido sancionadas como faltas en el artículo 617 CP.

Superadas las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas respecto de la nueva redacción del artículo 153 CP y tras la nueva modificación efectuada por Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, que ha reconducido la protección de las amenazas leves proferidas en el ámbito de la violencia de género al artículo 171 CP, el texto del artículo 153 CP ha quedado redactado del siguiente tenor literal:

*“1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la*

*patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

2. *Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.*

3. *Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.*

4. *No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.»*

En el apartado IV.A de la Circular 4/2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, ya se efectuó un análisis sistemático de este artículo.

## II. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE LA CONSULTA

En atención al alcance de la pena privativa de libertad establecida en dicho artículo 153 CP, de *tres meses a un año de prisión*, y teniendo en cuenta que el artículo 504.2 LECrim establece que cuando la prisión provisional se hubiere decretado en virtud de lo previsto en los párrafos *a)* o *c)* del apartado 1.3 o en el apartado 2 del artículo 503 LECrim, tratándose de delitos que tengan señalada una pena inferior a tres años de privación de libertad, el límite máximo de prisión pro-

visional será de un año –prorrogable seis meses más– (art. 504.2 LECrim), la Fiscalía que formula la consulta se plantea la cuestión de cuál es el límite temporal de la medida de prisión provisional acordada respecto de un imputado por alguna de las conductas previstas en el repetido artículo 153 CP, toda vez que el límite máximo legalmente previsto para la prisión provisional es el mismo que la pena máxima señalada para el delito en cuestión.

Dicha Fiscalía consultante, plantea dos posibles interpretaciones:

a) Por una parte, argumenta que dicho límite está constituido por el máximo de seis meses, toda vez que tratándose de la limitación de un derecho fundamental, como es la libertad, cuya aplicación debe efectuarse de forma restrictiva, se hace extensivo a este supuesto lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 504.2 LECrim, que establece que «si fuera condenado el imputado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiera sido recurrida». Es decir, dado que la pena privativa de libertad máxima que puede imponerse es de un año, la prisión provisional no podrá exceder de seis meses, que es el límite temporal señalado para los supuestos en que se haya impuesto por sentencia dicha pena máxima.

b) Por el contrario, la otra posibilidad deriva de la aplicación en sus propios términos del límite que establece el párrafo primero del artículo 504.2 LECrim, es decir, tratándose de delito cuya pena es inferior a tres años de privación de libertad, el máximo de prisión provisional será de un año, independientemente de que éste sea igual al límite superior de la pena que se puede imponer. La Fiscalía consultante basa este criterio argumentando que en el supuesto de que la prisión provisional se acordase en virtud de lo dispuesto en el artículo 503.1.3.º.c) LECrim, *evitar que el imputado pueda actuar contra los bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal*, no está previsto otro límite que el establecido en el primer párrafo del artículo 504.2. LECrim, es decir, un año si el delito imputado es inferior a tres años.

Si bien la resolución de la presente consulta exige efectuar algunas consideraciones previas sobre los presupuestos básicos de la prisión provisional, es posible anticipar desde este momento una respuesta favorable a la interpretación propuesta en primer lugar por la Fiscalía consultante, toda vez que como seguidamente se expone, los dos párrafos del artículo 504.2 LECrim que regulan la materia han de integrarse conjuntamente, para evitar que resulte más perjudicial para

el imputado la situación de que el procedimiento se encuentre en tramitación, que cuando se haya dictado sentencia.

Por lo que, en consecuencia, en las causas seguidas por delitos tipificados en el artículo 153 CP, durante su tramitación y hasta que se dicte sentencia, la prisión provisional no podrá exceder del límite de seis meses, que constituye la mitad de la pena máxima que se puede imponer por este delito. Una vez dictada sentencia, en virtud de dicha interpretación integradora, ha de regir el límite de la mitad de la pena individualizada mediante la misma.

### III. PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA DE PRISIÓN PROVISIONAL

La prisión provisional en cuanto medida cautelar de carácter personal que se traduce en una privación del derecho a la libertad, como ya expresara la STC 41/82, de 2 de julio, y recuerda la Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 4/2005, *sobre motivación por el Ministerio Fiscal de las peticiones solicitando la medida cautelar de prisión provisional o su modificación*, se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano, por lo que ha de ser concebida –en su adopción y mantenimiento– como *medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcionada* a la consecución de los fines constitucionalmente legítimos de asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, así como evitar el riesgo de reiteración delictiva (SSTC 41/1982, de 2 de julio; 47/2000, de 17 de febrero; 147/2000, de 29 de mayo; 305/2000, de 11 de diciembre; 29/2001, de 29 de enero; 8/2002, de 14 de enero; 98/2002, de 29 de abril; 82/2003, de 5 de mayo; 121/2003, de 16 de junio; 81/2004, de 5 de mayo, entre otras).

El Tribunal Constitucional, basándose en gran parte en diversas resoluciones del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, de forma paulatina pero unívoca, ha venido estableciendo una serie de requisitos para que la institución de la prisión provisional se adapte a los postulados constitucionales, particularmente al derecho a la libertad y al derecho a la presunción de inocencia, consagrados en los artículos 17 y 24.2, respectivamente, de la Constitución Española (SSTC 66/1989, de 17 de abril; 37/1996, de 11 de marzo, y 67/1997, de 7 de abril, y la esencial 47/2000, de 17 de febrero, entre otras muchas). Precisamente la vaguedad e imprecisión de la anterior redacción de los artículos 503 y 504 LECrim, determinaron que el mismo Tribunal Constitucional, en la sentencia 47/2000, de 17 de febrero, se planteara

cuestión de inconstitucionalidad de los mismos (art. 55.2 LOTC), cuya segunda sentencia no llegó a emitirse porque mediante ATC del Pleno de 29 de abril de 2004, declaró extinguida dicha cuestión por pérdida sobrevenida de su objeto al modificarse tales artículos mediante la última reforma en la materia operada por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, cuyo objeto fue, precisamente, dar respuesta a la necesidad de adecuar la ley procesal penal a las exigencias constitucionales, particularmente, la excepcionalidad y la proporcionalidad como presupuestos esenciales para la adopción y mantenimiento de la medida (exposición de motivos LO 13/2003).

A tenor de la nueva regulación de la LECrim (LO 13 y 15/2003), la adopción de la medida de prisión provisional requiere de unos presupuestos básicos que están regulados en el artículo 502 y una serie de requisitos recogidos en el artículo 503. Los límites temporales de la medida y las reglas para su cómputo se regulan en el artículo 504, y en los artículos siguientes el procedimiento y las formalidades que han de guardarse para su adopción, así como las distintas formas en que puede llevarse a efecto.

Los *presupuestos básicos* de la prisión provisional regulados en el artículo 502 LECrim hacen referencia a la *jurisdiccionalidad* de la medida (ap. 1), a su naturaleza *necesaria* y *subsidiaria* (ap. 2), así como a otros elementos que han de tenerse en cuenta para su adopción, estableciéndose como tales: las circunstancias del imputado y del hecho, así como la entidad de la pena (ap. 3), y particularmente que las investigaciones tengan por objeto un hecho constitutivo de delito, y que no concurra en el imputado causa de justificación (ap. 4).

Los *requisitos* precisos para que se pueda adoptar la medida de prisión provisional, están regulados en el artículo 503 LECrim, y son:

1. Que «conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten características de delito» (art. 503.1.1.º LECrim) –sin causa de justificación.

2. Que existan «motivos bastantes» sobre la responsabilidad penal del imputado –*fumus boni iuris* (art. 503.1.2.º LECrim).

3. Que el delito tenga señalada «pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión» (art. 503.1.1.º LECrim). Si bien en principio se establece dicha limitación penológica, seguidamente se regulan *cuatro excepciones*, de forma que aunque la pena señalada sea inferior a dos años se puede decretar la medida de prisión provisional:

- a) Cuando el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso (art. 503.1.1.º LECrim).

b) Cuando la prisión se acuerde con la finalidad de asegurar la presencia del imputado en el proceso y hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca en los dos años anteriores [art. 503.1.3°.a) LECrim].

c) Cuando la prisión provisional se hubiera acordado para evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima [art. 503.1.3°.c) LECrim].

d) Cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad (art. 503.2 LECrim).

4. Que mediante la prisión provisional se persigan alguno de los *finés* legalmente previstos (art. 503.1.3.º LECrim):

a) Evitar el riesgo de fuga [art. 503.1.3.º.a) LECrim].

b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de pruebas [art. 503.1.3.º b) LECrim].

c) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima [art. 503.1.3.º.c) LECrim], y/o

d) Evitar el riesgo de reiteración delictiva (art. 503.2 LECrim).

#### IV. LA PRISIÓN PROVISIONAL EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO DEL ARTÍCULO 153 DEL CÓDIGO PENAL

La incidencia del fenómeno de hechos violentos en el ámbito familiar y contra la mujer, ha motivado un rechazo colectivo que ha venido acompañado por una prolífica actividad legislativa, que en la actualidad constituye un entramado normativo sin parangón en otros ámbitos de criminalidad, el cual ha motivado un extenso tratamiento en sucesivas Circulares e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado, como recuerda la última Circular 4/2005, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*.

La institución de la prisión provisional también se ha visto afectada por el reforzamiento de las medidas cautelares en relación con la violencia doméstica y de género, hasta el punto de que las reformas operadas por Ley Orgánica 13/2003 y 15/2003, además de la indicada necesidad de adecuar la ley procesal a las exigencias constitucionales

en materia de prisión provisional, introdujeron como uno de los fines por los que se puede adoptar tal medida el de *evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal* [art 503.1.3.º.c)].

Por otro lado, aunque los artículos 544 bis, 544 ter LECrim y las disposiciones contenidas en el capítulo IV de la Ley Orgánica 1/2004, se refieren a las medidas cautelares que pueden adoptarse en el ámbito de la violencia doméstica y de género, es de significar, que cuando en virtud de lo regulado en los mismos, se estime procedente acordar la medida de prisión provisional, dichas disposiciones se reconducen a los artículos de la LECrim que regulan los presupuestos, *requisitos, contenido y vigencia* (v. art. 544 bis y 544 ter. 6) que han de tenerse en cuenta para la adopción y mantenimiento de ésta, así como los principios que la configuran como constitucionalmente legítima, particularmente, los de excepcionalidad y proporcionalidad.

La naturaleza de *excepcionalidad* de la prisión provisional, que deriva de la presunción de inocencia que ampara al acusado hasta tanto se demuestre su culpabilidad en sentencia firme, no varía por el hecho de que se adopte en el marco de lamentables sucesos de violencias en el ámbito doméstico o de género, por muy deplorables que los mismos nos puedan parecer, de manera que sólo en presencia de las exigencias constitucionales que, con carácter general, autorizan acudir a ella, podrá entenderse justificada (SSTC 60/2001, de 26 de febrero; 138/2002, de 3 de junio; 62/2005, de 24 de marzo).

La *excepcionalidad* de la prisión provisional ha sido proclamada constantemente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas la STC ya enunciada 47/2000, de 17 de febrero) y reiterada en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/2003 cuando señala que *la regla general ha de ser la libertad del imputado o acusado durante la pendencia del proceso penal y, consecuentemente, que la privación de libertad ha de ser la excepción* y en el artículo 502.2 LECrim, cuando establece que *la prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria*.

El *principio de proporcionalidad* tiene esencial trascendencia cuando se trata de medidas restrictivas de derechos fundamentales. Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional el principio de proporcionalidad en el caso de la prisión provisional, en cuanto restrictiva de los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia (art. 17 y 24 CE), reclama tres exigencias: la *idoneidad*, que supone que tal limitación de derechos fundamentales sea adecuada a los fines

que con ella se pretenden alcanzar –asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, así como evitar el riesgo de la reiteración delictiva– (STC 23/2002, de 28 de enero); la *necesidad*, es decir, que no haya otros medios alternativos menos gravosos, y; la *proporcionalidad en sentido estricto*, implica que el sacrificio que a la libertad de la persona se impone sea razonable en comparación con la importancia del fin de la medida.

El examen de ambos presupuestos de *excepcionalidad* y de *proporcionalidad* –en íntima relación cuando se trata de restricción de derechos fundamentales–, la comparación entre el derecho a la libertad y la presunción de inocencia del imputado, así como la determinación de la concurrencia de los requisitos precisos para adoptar la prisión provisional, constituye el denominado «juicio de ponderación», que ha de materializarse detalladamente en la resolución que decide la medida de prisión provisional.

Tal «juicio de ponderación», en el marco del art. 153 CP, deberá conjugar las conductas previstas en el mismo con la concurrencia de alguna de las *finalidades* establecidas en el artículo 503.1.3.º LECrim, las cuales, como se ha indicado más arriba son:

1. Asegurar la presencia del imputado en el proceso (riesgo de fuga).

En virtud de la pena que tiene señalada el artículo 153 CP –un máximo de un año de prisión– la medida de prisión provisional con la finalidad de *asegurar la presencia del imputado en el proceso* (art. 503.1.3.º.a) sólo será procedente cuando *a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores* [art. 503.1.3.a) párrafo 3.º LECrim], o cuando *el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso* (art. 503.1.1 LECrim).

Hay que tener en cuenta que los delitos tipificados en éste artículo pueden ser objeto de enjuiciamiento rápido conforme al artículo 795.1.2.ª.a) LECrim, y como consecuencia de ello, la pena de prisión puede ser impuesta por el Juez de Guardia, si hay conformidad, el mismo día de la puesta a disposición judicial del agresor (art. 801 LECrim), o en caso contrario, dentro de los quince días en el Juzgado de lo Penal (art. 800.3 LECrim). Por lo que en el caso de acordarse la prisión provisional fundamentada en la evitación del riesgo de fuga del imputado, el límite temporal de la misma estará sujeto al breve

plazo indicado que medie hasta que se dicte sentencia, ésta alcance firmeza o sea recurrida. Si la tramitación de la causa se prolongase, dada la entidad de la pena que tiene señalada el delito en cuestión y demás circunstancias que se establecen en el segundo párrafo del artículo 503.1.3 a) LECrim, la prisión provisional deberá ser sustituida por otra medida menos gravosa que garantice dicha finalidad.

## 2. Asegurar los elementos probatorios.

Aunque no es difícil imaginar situaciones o actuaciones que el imputado puede realizar con el objeto de incidir en las fuentes de prueba que se suelen aportar en las causas tramitadas por delitos de violencia doméstica o de género, particularmente en relación con los testigos –en numerosas ocasiones único: la propia víctima–; sin embargo, no será procedente acodar la prisión provisional por esta finalidad, toda vez que para la misma rige el límite penológico de dos años de prisión provisional, salvo que *el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso* (art. 503.1.1 LECrim).

En todo caso, atendiendo a la entidad de la agresión y de la pena establecida en artículo 153 CP, aunque el imputado tuviere los indicados *antecedentes penales*, serán excepcionales los supuestos en los que sea posible conjugar la proporcionalidad de la privación de libertad del imputado con la finalidad de evitar el peligro de *ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba* (art. 503.1.3°.b), toda vez que a dichos efectos, existen numerosos medios alternativos menos gravosos, a los cuales posteriormente haremos referencia.

## 3. Evitar el riesgo de reiteración delictiva.

Respecto a la finalidad de riesgo de *reiteración delictiva* (art. 503.2 LECrim) también rige el límite penológico de que no puede acordarse la prisión provisional en delitos con pena inferior a dos años, por tanto, no podrá aplicarse en el marco del artículo 153 CP salvo que *el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso* (art. 503.1.1 LECrim) o *cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad* (art. 503.2).

Aunque en algún supuesto pudiera concurrir alguna de las expresadas circunstancias que excepcionan el límite penológico de dos años para poder acordar la prisión provisional, en virtud del propio

objeto de dicha finalidad –evitar la reiteración delictiva–, dicha posibilidad quedará reconducida a la de proteger a la víctima, que, en definitiva, es la finalidad que subyace todos los supuestos en que se acuerde la prisión provisional en virtud de la imputación de alguna de las conductas tipificadas en el artículo 153 CP.

4. Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima.

Es la finalidad que mejor se adecua para fundamentar la prisión provisional de un imputado en un delito tipificado en el artículo 153 del CP, siendo la que, dentro de su excepcionalidad, con mayor frecuencia se producirá en la práctica.

Incluida expresamente en el artículo 503.1.3.º de la LECrim por las indicadas reformas en materia de prisión provisional para *evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal*, constituye el único de los *fin*es que permite acordar la prisión provisional cuando la pena señalada al delito sea inferior al límite penológico de dos años sin ningún otro requisito, es decir, aunque el imputado no *tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso* (art. 503.1.1 LECrim).

El Tribunal Constitucional no había mencionado tal finalidad como justificación de la prisión provisional. La introducción de la misma en la LECrim tiene por objeto dar respuesta a la creciente sensibilidad de la sociedad en torno a la violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, en el de la violencia de género, toda vez que a los presupuestos clásicos de la misma en cuanto medida cautelar, dirigida a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia –el «*fumus boni iuris*» o «*apariencia de buen derecho*» y el «*periculum in mora*»–, se añade este nuevo presupuesto en relación con dicha forma de criminalidad en el ámbito familiar o de género, con una finalidad preventiva, destinada a evitar hechos delictivos que el autor pudiera cometer en el futuro contra bienes jurídicos de la víctima.

En virtud de la especialidad de esta finalidad, la motivación de la medida de prisión provisional que se fundamente en la misma deberá reflejar *ex ante* el juicio de ponderación realizado, concretando el grado de peligro objetivo y la peligrosidad subjetiva en que se fundamenta, explicitando los datos fácticos que evidencien la existencia real del riesgo que se quiere evitar (STC 62/2005, de 14 marzo), es decir, cuáles son las actuaciones (penales) o datos que figuren en la causa –incumplimiento previo de otras medidas, número de

procedimientos en los que esté incurso el imputado, antecedentes penales– de cualquier gravedad, incluyendo las que puedan aumentar los efectos del delito presuntamente cometido, que justifiquen la adopción de la medida, cuyo fin ha de ser el de proteger a la víctima frente a la amenaza que supone su agresor, y particularmente, habrán de expresarse las razones por las que se desestiman otras medidas alternativas menos gravosas que la privación de libertad.

## V. MEDIDAS ALTERNATIVAS MENOS GRAVOSAS QUE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA O DE GÉNERO

Ya se ha expresado que la jurisprudencia del TC en relación con el principio de proporcionalidad exige que la medida de prisión provisional adoptada no sólo sea razonable en relación con el fin que se pretende, lo que se ha denominado *proporcionalidad estricta*, sino que además ha de ser adecuada, es decir, *idónea*, y también, *necesaria*, en el sentido de que no pueda ser sustituida por otra medida menos gravosa.

Las medidas cautelares alternativas a la de prisión provisional están previstas en los artículos 528 y siguientes LECrim, reguladores de la libertad provisional con o sin fianza, así como en el artículo 544 bis LECrim. Medidas que también pueden adoptarse en el marco del artículo 544 ter (introducido por la LO 27/2003, de 31 de julio), al disponer que: 1. *El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo...* 6. *Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta Ley. Se adoptarán por el juez de instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima...*

Además, en los supuestos de violencia de género, el capítulo IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, regula una serie de medidas de protección y seguridad de las víctimas, que se

declaran compatibles con cualesquiera otras que puedan adoptarse en los procesos civiles y penales, exigiéndose que en los procedimientos relacionados con la violencia de género, *el Juez competente... deberá pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, determinando su plazo, si procediera su adopción* (art. 61 LO 1/2004).

En definitiva, la prisión provisional sólo será necesaria cuando estas medidas no sean suficientes para garantizar el fin pretendido, principalmente, en este ámbito, *evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP* [art. 503.1.3.º.c) LECrim].

En virtud de las numerosas posibilidades que las medidas cautelares previstas en las indicadas disposiciones ofrecen, es difícil señalar, con pretensiones de generalidad, cuales pueden ser adecuadas en cada caso concreto como alternativa para cumplir la misma finalidad que la prisión provisional, por lo que se deberá decidir y razonar la indicada en cada supuesto. Además tratándose de medidas cautelares, su provisionalidad las hace variables en el curso del procedimiento en que fueron acordadas, en este sentido se pronuncia la Instrucción 4/2004, de 14 de junio, *acerca de la protección de las víctimas y el reforzamiento de las medidas cautelares en relación con los delitos de violencia doméstica*, al señalar que *forma parte inseparable de toda medida cautelar su variabilidad en función de que subsistan o desaparezcan las razones que obligaron a decretarla. En definitiva, la gravedad de la respuesta jurídica propugnada por el Fiscal habrá de ser siempre acorde con la gravedad de la situación de riesgo que se pretende hacer frente.*

## VI. LÍMITE TEMPORAL DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

A los ya comentados presupuestos de *excepcionalidad y proporcionalidad* de la prisión provisional debe sumarse, en cuanto a lo que a su duración se refiere, su *provisionalidad* (arts. 528 y 529 LECrim), que significa la posibilidad de que tal situación cambie, al igual que la de libertad, cuantas veces sea necesario a lo largo de procedimiento.

Es decir, el primer límite temporal de la prisión preventiva viene determinado por su propia naturaleza de *provisionalidad*. Por ello el

artículo 504 LECrim comienza estableciendo en su primer apartado que *la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción*, recogiendo, así, la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto (SSTC 128/1995, de 26 de julio; 44/1997, de 10 de marzo).

El segundo límite temporal está constituido por la determinación legal del plazo máximo de duración de la prisión provisional, lo que quiere decir que aunque subsistan los motivos por los que dicha medida fue adoptada deberá existir un límite temporal infranqueable, como exige el inciso segundo del artículo 17.4 de la Constitución Española, al establecer que *por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional*. Esta exigencia constitucional tiene un doble fundamento: el primero se encuentra en la necesidad de ofrecer una garantía de seguridad jurídica a los ciudadanos, de forma que el afectado por dicha medida cautelar conozca el límite temporal de restricción de su derecho a la libertad, y, el segundo, se refiere a la necesidad de evitar dilaciones indebidas en los procesos penales, ya que la determinación de un plazo legal máximo de prisión provisional tiene por objeto que los órganos jurisdiccionales reduzcan el tiempo de tramitación de las causas penales con preso (SSTC 174/2000, de 29 de mayo; 305/2000, de 11 de diciembre; 98/2002, de 29 de abril, y 23/2004, de 23 de febrero, entre otras).

En cumplimiento de dicho mandato constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, recibida por el Tribunal Constitucional, respecto del derecho de toda persona detenida preventivamente a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento, y que garantiza el artículo 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales, el artículo 504 LECrim, partiendo también de la premisa de que dicha medida cautelar no puede tener una duración indefinida y de que únicamente podrá mantenerse mientras subsistan los fines constitucionalmente legítimos que la justifican en un caso concreto, regula los diversos supuestos de duración máxima y su cómputo teniendo de nuevo en cuenta la exigencia de proporcionalidad (Exposición de Motivos de la LO 13/2003, de 24 de octubre).

Los límites legales de la medida de prisión provisional están regulados en el artículo 504.2 y 3 LECrim, que establece:

2. *Cuando la prisión provisional se hubiera decretado en virtud de lo previsto en los párrafos a) o c) del apartado 1.3 ó en el*

*apartado 2 del artículo anterior, su duración no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años. No obstante, cuando concurrieren circunstancias que hicieran prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos, el juez o tribunal podrá, en los términos previstos en el artículo 505, acordar mediante auto una sola prórroga de hasta dos años si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de hasta seis meses si el delito tuviera señalada pena igual o inferior a tres años.*

*Si fuere condenado el imputado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida.*

3. *Cuando la prisión provisional se hubiere acordado en virtud de lo previsto en el apartado 1.3.b) del artículo anterior, su duración no podrá exceder de seis meses.*

De la sistematización de dicho artículo en relación con el artículo 503 LECrim, resulta que los límites temporales de la prisión provisional durante la tramitación del procedimiento hasta el momento en que dictada sentencia es recurrida o alcanza firmeza, son los siguientes:

1. Cuando se trate de evitar riesgos de fuga, de ataques a bienes jurídicos de la víctima o de reiteración delictiva (art. 504.2 párrafo 1.º LECrim.):

a) El plazo máximo será de un año, si la pena prevista fuera igual o inferior a tres años.

b) De dos años, si la pena fuera superior a tres años.

2. Si se trata de protección de la prueba, no podrá exceder de seis meses, y si con anterioridad a dicho plazo se levantara la incomunicación del preso o el secreto del sumario, sólo mediante motivación suficiente podría mantenerse dicha prisión preventiva (art. 504.3 LECrim.).

El segundo párrafo del artículo 504.2 LECrim se refiere a los supuestos en que se ha dictado sentencia condenatoria y hubiere sido recurrida, en cuyo caso el límite lo constituye *la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia.*

Las disposiciones contenidas en ambos párrafos del artículo 504.2 LECrim han de integrarse en una interpretación sistemática de los mismos, para evitar que resulte más perjudicial para el imputado la prisión provisional antes de dictarse sentencia que en el supuesto de que la misma se hubiere dictado, y por tanto, hubiere adquirido el *fumus boni iuris* una especial fuerza (STC 62/1996).

Es decir, durante la tramitación del procedimiento y hasta que se dicte sentencia, la duración máxima de la prisión provisional está regulada en el artículo 504.2 párrafo primero de la LECrim, pero los plazos máximos establecidos en el mismo han de ser conjugados con la limitación establecida en párrafo segundo del mismo artículo 504.2, de forma que la situación de prisión provisional no podrá exceder de la mitad de la pena máxima que tenga señalada el delito de que se trate en el caso concreto, que será de seis meses en el supuesto de que la causa se refiera a un delito tipificado en el artículo 153 CP. Una vez dictada sentencia, el límite máximo de prisión provisional será el constituido por la mitad de la pena individualizada a través de la misma.

Por otra parte, hay que significar que la cuestión planteada en la presente consulta respecto de la duración de la prisión provisional en el ámbito del artículo 153 CP, también puede producirse en otros delitos que tengan establecida una pena cuyo máximo sea igual o inferior al límite legal de tiempo de duración de la situación de prisión provisional, y, por tanto, las pautas de actuación que se establecen deberán ser observadas por las señoras y señores Fiscales siempre que se presenten tales circunstancias.

La expresada limitación tiene la finalidad de impedir que se produzcan situaciones en las que la duración de la prisión provisional resulte más perjudicial si la causa no hubiere sido juzgada que de haberlo sido. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene estableciendo que en todos los supuestos en los que se acuerde la prisión provisional, su duración estará limitada por lo que ha denominado «plazo razonable» de dicha medida cautelar, concepto que ha de ser integrado en cada caso concreto, atendiendo, por un lado, a la finalidad que se pretende con la prisión provisional y, por otro, a la naturaleza y complejidad de la causa, la actividad desplegada por el órgano judicial, al comportamiento del imputado y a la pena que pueda imponerse (STC 98/2002, de 29 de abril). Trasladando tal doctrina a los supuestos previstos en el artículo 504.2 párrafo primero de la LECrim, se puede colegir que no sería «razonable» mantener la situación de prisión provisional más allá del límite que correspondería si efectivamente la pena se hubiera individualizado mediante la sentencia más grave que podría imponerse.

Obviamente, los anteriores límites temporales no impiden modificar la situación de prisión provisional sin agotarlos cuando las circunstancias lo aconsejen. Así, en los excepcionales supuestos en que la prisión provisional se hubiere acordado por la imputación de una conducta tipificada en el artículo 153 CP, la limitación temporal de la

medida estará determinada por la propia naturaleza de provisionalidad de la misma en relación con los principios de excepcionalidad y proporcionalidad que la configuran como constitucionalmente legítima, atendiendo a la entidad del hecho y pena privativa de libertad del delito que nos ocupa, circunstancias que, generalmente, aconsejarán modificar la situación de prisión provisional antes de los seis meses a contar desde que se produjo la privación de libertad, que supone la mitad del máximo que pudiera imponerse y que, por tanto, constituye el límite de dicha medida cautelar en estos supuestos.

Además, cuando la prisión provisional se hubiera acordado en virtud de una de las conductas descritas en el artículo 153 CP, como se ha dicho anteriormente, el «plazo razonable» vendrá determinado por el primordial objetivo de protección de la víctima hasta la celebración del juicio, el cual habrá de ser señalado en un breve plazo, si éste se prolongase por cualquier circunstancia, en virtud de la entidad del hecho y de la pena, la medida de prisión provisional habrá de ser sustituida por otra menos gravosa que la de privación de libertad.

Para concluir, hay que significar que en íntima relación con los límites de la prisión provisional subyace la problemática de la dilación en el tiempo de la tramitación de las causas, y al respecto hay que recordar lo expresado en la Instrucción núm. 4/2005 señalando que *los plazos máximos de duración de la privación provisional de libertad imponen, siquiera de manera indirecta o mediata, una carga a la Administración de Justicia penal para actuar sin dilaciones indebidas (exposición motivos LO 13/2003), declarando el Convenio Europeo de Derechos Humanos que toda persona detenida preventivamente tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable (art. 5.º). Ello determina que el Ministerio Fiscal –en su condición de defensor de las garantías procesales del imputado y de los derechos de las víctimas y perjudicados (art. 773.1 LECrim)– se haga partícipe en el objetivo de lograr una respuesta judicial pronta para evitar que los procesos penales con inculpados presos no duren más de lo razonable.*

## VII. CONCLUSIONES

Primera. En las causas seguidas por el delito tipificado en el artículo 153 CP, durante la fase de tramitación del procedimiento hasta el momento en que se dicte sentencia, la duración de la prisión provisional no podrá rebasar el límite de seis meses –mitad de la pena

máxima que puede imponerse– como consecuencia de conjugar lo dispuesto en los dos párrafos del artículo 504.2 LECrim.

Segunda. Una vez dictada la sentencia es de aplicación el límite establecido en el artículo 504.2 párrafo segundo LECrim, es decir la prisión provisional no podrá exceder de la mitad de la pena efectivamente impuesta.

Tercera. La especialidad en el ámbito de violencia doméstica y de género en materia de prisión provisional deviene de la existencia de numerosas medidas que pueden constituir alternativas a la misma, cuya eficacia habrá que explorar a dicho efecto, adoptando dicha medida de privación de libertad en supuestos debidamente justificados y estrictamente necesarios en los que tales medidas alternativas no cumplan la finalidad de salvaguardar los bienes jurídicos de la víctima.

Cuarta. En todo caso, las señoras y señores Fiscales deberán incidir en su actuación para lograr una respuesta judicial pronta en los procesos penales con inculpados presos en los que las expresadas situaciones puedan producirse.

## CONSULTA 3/2006, DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2006, SOBRE DETERMINADAS CUESTIONES RESPECTO DE LOS DELITOS RELACIONADOS CON LA PORNOGRAFÍA INFANTIL

### I. PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA

El artículo 189 CP castiga en su apartado primero dos conductas: en la letra *a*) sanciona al que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades.

En la letra *b*) sanciona al que *producere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.*

El mismo precepto castiga en su apartado segundo al que *para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces.*

Los tres tipos arrancan de un común presupuesto: conforme a nuestro Derecho, los menores de dieciocho años siempre están protegidos frente a su utilización por terceras personas con fines pornográficos, por lo que se parte de la irrelevancia del consentimiento de los menores para intervenir en la producción de este material, aun cuando tal consentimiento pudiera haberse reputado válido para la práctica, en su caso, de las relaciones sexuales subyacentes.

Se elevan dos consultas por sendas Fiscalías en relación con los delitos de pornografía infantil, parcialmente coincidentes en su objeto y radicalmente discrepantes en la solución propuesta.

Una de las Fiscalías consultantes plantea cuál ha de ser la calificación jurídica de las conductas tipificadas en el artículo 189.1 en sus letras *a*) o *b*) y en el artículo 189.2 cuando las mismas se refieren a

varios menores. Esta Fiscalía se inclina por entender que en todos estos casos se cometerá un solo delito independientemente del número de menores o incapaces que se vean afectados por la conducta del sujeto activo, con posibilidad de apreciar continuidad delictiva, y sin perjuicio de aplicar en concurso los delitos de violación, agresión o abuso sexual que, en su caso, se cometan para la creación del material pornográfico. Para alcanzar tal interpretación se entiende que este tipo protege la libertad e indemnidad sexual de forma abstracta «no referida a personas concretas cuya libertad e indemnidad sexual ya se protege a través de otras figuras delictivas compatibles con la que nos ocupa». Esta conclusión la hace extensiva al tipo sancionado en el apartado segundo, en el que al igual que en el artículo 189.1.b) «los autores no realizan ningún ataque directo a los menores o incapaces que ya han sido ofendidos por el que creó el material pornográfico». Se añade que los verbos rectores de estos tipos describen conductas que «parecen significar actos no individualizados por cada una de las personas objeto del material pornográfico».

La otra Fiscalía ciñe su consulta respecto de los supuestos de distribución o difusión de material pornográfico en cuanto a si han de reputarse cometidos tantos delitos del artículo 189.1.b) como menores de edad o incapaces aparezcan en las imágenes o, por el contrario, debe considerarse toda la transmisión *material pornográfico*, y mantenerse entonces que se ha cometido un único delito con independencia del número de menores o incapaces que aparezcan en las imágenes.

Esta Fiscalía, tras analizar los argumentos que pudieran sostener la tesis del concurso ideal de delitos o de la comisión de un único delito, se decanta por la solución de apreciar en estos supuestos un concurso real de delitos, en base a los siguientes razonamientos extractados: 1.º) el carácter personalísimo del bien jurídico protegido en este tipo de conductas, la indemnidad sexual, la libertad sexual, el derecho a la intimidad y a la propia imagen, la dignidad del menor y, finalmente, el derecho que todo menor (o incapaz) tiene a no sufrir ningún tipo de explotación de carácter sexual. 2.º) El objeto material de este delito es la imagen del menor y no el soporte que la contenga. El objeto material se ve aumentado en función del número de menores que aparecen en las imágenes difundidas. Con la imagen de un solo menor cabe ya hablar de *material pornográfico*. 3.º) En las conductas incluidas en la letra a) existirán tantos delitos como sujetos pasivos menores o incapaces se hayan empleado. Al margen de la libertad e indemnidad sexual del menor (o incapaz), se está salvaguardando, sobre todo, al menor mismo para que, en la línea trazada por el

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, no sea objeto de explotación. La Fiscalía consultante entiende que esta interpretación es la seguida por los Tribunales de Justicia, citando a estos efectos la STS de 24 de octubre de 2000, la STS de 20 de octubre de 2003 y la SAP de Valladolid de 30 de noviembre de 2002. 4.º) Otro argumento se encuentra en la interpretación del tipo penal resultante de la resolución del concurso de normas susceptible de producirse con ocasión del tráfico de imágenes. En concreto, si las imágenes de carácter pornográfico fueron tomadas sin conocimiento del menor, la calificación jurídica del hecho concreto de su posterior difusión dependerá, en ciertas hipótesis fácticas, de la resolución del concurso de normas entre el artículo 189.1.b) y el artículo 197 CP. En los supuestos en que se optara por la aplicación de este último tipo no habría duda en afirmar que por mor del bien jurídico protegido existirán tantos delitos del aludido artículo 197 como imágenes de menores, cuya intimidad se ha vulnerado, aparezcan. 5.º) Tampoco –se afirma– encuentra escollo la línea interpretativa expuesta a la hora de analizar la penalidad a imponer: la afirmación de que existirán tantos delitos del artículo 189.1.b) como menores aparezcan en las imágenes se verá acompañada, en cuanto a la pena, por la limitación del artículo 76 del Código Penal.

Esta Fiscalía, pues, no somete a consulta el supuesto previsto en el artículo 189.1 a), para el que considera pacífico que se cometerán tantos delitos como menores afectados, y tampoco somete a consulta el tipo del artículo 189.2 relativo a la simple posesión de pornografía infantil, respecto del que no realiza ningún pronunciamiento.

## II. ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS

La eclosión de Internet ha revolucionado por completo el mercado de la pornografía infantil hasta prácticamente monopolizarlo como consecuencia de las ventajas que proporciona a los usuarios, desde la facilidad para descargarse archivos, los menores costes económicos, la aptitud para entablar relación con un enorme número de internautas con la consiguiente facilitación de los intercambios, y las grandes posibilidades de permanecer en el anonimato. Internet supone el acceso a un mercado global de forma inmediata.

Si a ello unimos la accesibilidad técnica y económica a equipos de audio/vídeo que posibilitan la captación y grabación de imágenes y eventualmente de material pornográfico, con una facilidad impensable hace escasos años, puede comprenderse el fuerte incremento en la

distribución de este material no tanto con ánimo de lucro cuanto como vía de intercambio de materiales entre pedófilos, sin propósito comercial y con la única finalidad de satisfacer sus inclinaciones sexuales, con la consiguiente creación espontánea de auténticas redes de intercambio de material.

La utilización de Internet en la difusión de pornografía infantil ha pasado por varias fases. En una primera se empleaban páginas *web* alojadas en servidores de Internet. El traficante comerciaba con el material pornográfico infantil que ponía a disposición de los usuarios que previamente accedían a pagar una contraprestación que se satisfacía por medio de un cargo en la tarjeta de crédito del adquirente cuyo número previamente tenía que proporcionar éste.

Sin embargo, pronto la distribución de pornografía por medio de páginas *web* localizables a través de buscadores se reveló como muy vulnerable a las denuncias penales y a las acciones de piratas informáticos, lo que propició una evolución hacia nuevas modalidades comisivas.

En efecto, el sistema cambió, utilizándose como alternativa a las páginas *web* los *chats* desarrollados en tiempo real y los grupos de noticias y foros como medio de comunicación, así como el camuflaje de las páginas *web* de pornografía infantil, no accesibles a través de buscadores y localizables sólo para iniciados.

El Informe del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión relativa a los contenidos ilícitos y nocivos en Internet, de 20 de marzo de 1997, advirtiendo este cambio de tendencia, considera que el principal problema relativo a los contenidos ilícitos afecta no tanto a las propias páginas de la *web* como a los grupos de debate y al correo electrónico, en la medida en que las actividades delictivas realizadas a través de estos medios son tan difíciles de controlar como las actividades realizadas a través del servicio de correos o de teléfono normal.

De este modo, la figura del traficante de pornografía infantil es sustituida en gran medida por la de los consumidores que informalmente se asocian sin ánimo de lucro. Estos socios, actuando coordinadamente, pueden descargarse en su ordenador multitud de fotografías en poco tiempo a través de técnicas de intercambio por medio de correo electrónico o de fórmulas como *send to receive*. El intercambio mutuo de material sustituye a la compra al traficante. En este intercambio mutuo adquiere gran relieve la difusión de material producido privadamente, como factor criminógeno destacable.

En esta acelerada evolución los programas de globalización de archivos individuales han habilitado nuevas vías comisivas, en tanto permiten al usuario la posibilidad de compartir parte del contenido de su ordenador con las personas que se encuentren conectadas a la red utilizando ese mismo programa, de forma que los usuarios de los pro-

gramas de archivos compartidos ponen en común su material pornográfico, sin necesidad de entablar contacto directo, realizar adquisiciones individualizadas o mantener conversación alguna.

Puede ya adelantarse que estos supuestos de intercambio de archivos de material pornográfico infantil son claramente subsumibles en el concepto de distribución, pues si bien el sujeto no envía material pornográfico a los destinatarios permite que otros accedan al mismo, poniéndolo por tanto a disposición de terceros.

Este nuevo medio ha generado un fuerte incremento en la difusión de pornografía infantil. El crecimiento exponencial de la circulación de los materiales pornográficos infantiles en Internet supone la estimulación de la demanda, con el consiguiente riesgo de aumento de la oferta. Si se repara en que para satisfacer la oferta debe en el último eslabón de la cadena utilizarse directamente a menores de carne y hueso en prácticas de naturaleza sexual puede contemplarse con nitidez la justificación de la intervención penal en esta esfera, como mecanismo para tratar de evitar en última instancia la utilización de los menores. No trata el Derecho Penal de criminalizar el hecho de obtener satisfacción sexual con la contemplación de imágenes de menores, pues la moral sexual no puede erigirse en el bien jurídico protegido.

Desde un esquema criminológico debe tenerse en cuenta, pues, que la figura del traficante de pornografía infantil y la figura del simple consumidor de pornografía infantil se ha visto superada por una síntesis de ambos representada por el consumidor en red, esto es, el consumidor que comparte sus archivos, sin ánimo de lucro, con otros consumidores, de modo que al propio tiempo es consumidor/distribuidor, llegando en ocasiones a poseer enormes archivos de material que se va sucesivamente ampliando con los archivos ajenos, invirtiendo grandes cantidades de tiempo y esfuerzo y poniendo simultáneamente a disposición de otros usuarios estos archivos compartidos.

A través de estas vías, la acumulación de material pornográfico sucesiva y recíprocamente retroalimentada es, desgraciadamente, frecuente entre pedófilos internautas.

### III. PRONUNCIAMIENTOS SUPRANACIONALES E INTERNACIONALES

Reflejo de la enorme preocupación que a nivel supranacional e internacional ha suscitado la criminalidad asociada a la pornografía infantil es el gran número de instrumentos internacionales generados para su abordaje. De entre ellos deben destacarse los siguientes:

A nivel de la Unión Europea, la Acción Común del Consejo 96/700/JAI relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, de fecha 29 de noviembre de 1996, estableció un programa de estímulo e intercambios destinado a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños.

La Acción Común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y explotación sexual de los niños, considera explotación sexual de los niños «*la explotación de niños para actuaciones y material pornográfico, sea producción, venta y distribución u otras formas de tráfico de material de este tipo, y la posesión de dicho material*».

La Decisión 2000/375/JAI, de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet, señala una serie de medidas que deben ser obligatorias para los proveedores de Internet, entre las que debe destacarse la información a las autoridades acerca del material pornográfico infantil que se difunda a través de ellos, la retirada del material salvo que las autoridades decidan otra cosa, la conservación de datos del tráfico de acuerdo con la ley y durante el tiempo que prevean las leyes nacionales y la creación de sistemas de control para combatir la producción, tratamiento, posesión y difusión de material pornográfico infantil.

La Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía, tiene como objetivo armonizar las legislaciones penales de los estados miembros en relación con estos delitos. A tales efectos contiene una definición de qué debe entenderse por pornografía infantil en su artículo 1 y establece en sus artículos 2, 3 y 4 los comportamientos que deben ser castigados, incluyendo la producción de pornografía infantil, la distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil, el ofrecimiento o facilitación por cualquier otro medio de pornografía infantil, y su adquisición o posesión.

A nivel del Consejo de Europa debe tenerse en cuenta la Recomendación 1065 (87), de la Asamblea Parlamentaria, relativa al tráfico de niños y otras formas de explotación infantil, que establece la necesidad de que los Estados persigan, entre otras, la pornografía infantil; la Recomendación 91 (11) del Comité de Ministros sobre explotación sexual, pornografía y tráfico de niños y jóvenes, que propone estudiar la licitud de sancionar penalmente la mera posesión de pornografía infantil y postula la cooperación internacional; la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1099 (1996), de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de

los niños, y finalmente la Recomendación (2001) 16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la protección de los niños contra la explotación sexual, de 31 de octubre de 2001.

A nivel mundial, la Convención de los Derechos del Niño de 1989 obliga en su artículo 34 a los Estados Parte a tomar todas las medidas necesarias, de carácter nacional o multilateral, para impedir «la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos».

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 y ratificado por España («BOE» 31 de enero de 2002), aborda la materia y contiene entre otros pronunciamientos los siguientes: 1) En el artículo 3.1 c) se dispone que todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, entre otros, los siguientes actos y actividades: producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil. 2) En el artículo 6.1 se dispone que los Estados Partes se prestarán toda la asistencia posible en relación con cualquier investigación, proceso penal o procedimiento de extradición que se inicie con respecto a los delitos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 3, en particular asistencia para la obtención de todas las pruebas necesarias para esos procedimientos que obren en su poder. 3) El artículo 8.2 establece que los Estados Partes garantizarán que el hecho de que haya dudas acerca de la edad real de la víctima no impida la iniciación de las investigaciones penales, incluidas las investigaciones encaminadas a determinar la edad de la víctima.

Especialmente importante es la definición que sobre pornografía infantil contiene este Protocolo: «toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales».

#### IV. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

En nuestro ordenamiento, el Código Penal de 1995 en su redacción original tipificaba expresamente las conductas de los que directamente utilizaban a menores para la creación o elaboración del material pornográfico, pero no existía un tipo específico que sancionase a quienes se limitaban a traficar sin haber intervenido previamente en la elaboración o producción.

Los antecedentes del tipo contenido en el artículo 189.1 b) hemos de buscarlos en la proposición no de Ley, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, con fecha 4 de noviembre de 1996, instando al Gobierno a presentar un proyecto de Ley Orgánica en el que se tipificara penalmente la conducta de quienes, por cualquier medio, vendieren, difundieren, exhibieren o facilitaren la difusión, venta o exhibición de materiales pornográficos, cuando en ellos aparezcan menores de edad.

En fecha 28 de noviembre de 1997 el Defensor del Pueblo dirigió una recomendación al Ministerio de Justicia en el mismo sentido.

Estas iniciativas cristalizaron en la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del título VIII del libro II del Código Penal, cuya Exposición de Motivos invoca reiteradamente la dignidad de la persona humana y los derechos inherentes a la misma como bienes jurídicos afectados por las conductas que se tipifican, entre ellas la prevista en el artículo 189.1 b).

Las modificaciones introducidas por la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, además de incrementar la respuesta penal, introducen la tipificación de la mera posesión de pornografía infantil y la difusión de la denominada pseudo pornografía infantil, añadiendo factores de complejidad adicional a la tarea de aislar el bien jurídico protegido. Pese a ello, la Exposición de Motivos de esta última reforma prescinde de aportar explicación alguna a las modificaciones introducidas, limitándose a declarar que *respecto a los delitos relativos a la corrupción de menores, se ha abordado una importante reforma del delito de pornografía infantil, endureciendo las penas, mejorando la técnica en la descripción de las conductas e introduciendo tipos como la posesión para el propio uso del material pornográfico en el que se hayan utilizado menores o incapaces o los supuestos de la nominada pornografía infantil virtual.*

## V. DELIMITACIÓN METODOLÓGICA

La resolución de la Consulta no puede limitarse a analizar los tipos contenidos en el artículo 189.1 sino que necesariamente debe abarcar el tipo contenido en el artículo 189.2, pues los tres tipos tienen un nexo común, y los razonamientos a utilizar para analizar unos van a tener impacto en la exégesis de los otros. Esto no obstante, la respuesta a las cuestiones planteadas en las dos consultas no habrá de ser idéntica en cada uno de los supuestos planteados. En efecto, adelantando ya la solución, hemos de entender que los tres tipos contenidos

en los artículos 189.1 y 189.2 no tienen una misma naturaleza ni amparan al mismo bien jurídico.

La superación de la libertad sexual individual como único bien jurídico protegido en el título VIII es expresamente proclamada por la Exposición de Motivos de la reforma de 1999, que declaraba que «...no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos».

Desde luego, que el bien jurídico protegido en los tipos contenidos en el artículo 189 no coincide siempre con la libertad o la indemnidad en la esfera sexual, queda aún mas claro tras la nueva tipificación del denominado delito de pseudopornografía infantil penado en el artículo 189.7 CP, en el que no hay menores afectados directa o indirectamente en su esfera sexual. La rúbrica del título VIII del Código Penal, no abarca, pues, de forma omnicomprendiva todos los bienes jurídicos tutelados en los artículos comprendidos en el mismo.

Como *prius* debe partirse también de que una interpretación racional de los tipos del artículo 189.1.a), 189.1.b) y 189.2 lleva a la conclusión de que dentro del 189.1.a), han de ubicarse todas las conductas en las que se opera sobre menores concretos, afectándose a los mismos, directa (captando a los menores, convenciéndoles para que se presten a la elaboración del material, filmando, etc.) o indirectamente (financiando la grabación, proporcionando local, etc.). Por contra, tanto en el tipo de 189.1.b) como el 189.2 el sujeto activo actúa sobre un material ya elaborado, en cuyo proceso de confección no ha participado, no habiendo por tanto con su acción incidido sobre la conducta sexual del menor. Siempre que exista una conducta que tenga repercusión sobre un menor (no sobre las imágenes obtenidas) habrá de reconducirse la acción a la letra a).

Partiendo de esta exégesis, cuando el artículo 189.1.b) incluye como una de las conductas típicas alternativas la de producir el material pornográfico, debe entenderse que se refiere a acciones desplegadas *ex post*, sobre un material ya obtenido, pues la financiación de las actividades tendentes a la utilización de los menores habría de subsumirse en el tipo del artículo 189.1.a).

Desde esta perspectiva, en el tipo del artículo 189.1.a) claramente se protege la indemnidad sexual del menor, pues involucrarlo en

determinadas actividades sexuales con fines o intereses pornográficos puede afectar muy negativamente al desarrollo de la personalidad y su adecuado proceso de formación, así como eventualmente a su integridad física, psíquica y espiritual.

También en estos supuestos se lesiona la dignidad de la infancia e igualmente cabe entender que el derecho a la intimidad y a la propia imagen del menor se ven protegidos, pero estos bienes jurídicos quedan en un segundo plano, eclipsados por el anterior. En todo caso nos encontramos con bienes personalísimos y con menores concretos directamente perturbados, lo que por tanto lleva a entender que se cometerán tantos delitos como menores resultaren afectados.

En consecuencia, de las cuestiones que se acumulan en el análisis conjunto de ambas consultas una de ellas puede ser despejada *a limine*: en el tipo de utilización de menores para elaboración de material pornográfico [art. 189.1 *a*)], en tanto la conducta incide sobre menores directamente, y en cuanto ello supone un ataque a bienes personalísimos, y en un primer plano a la indemnidad sexual de los mismos, hemos de concluir que necesariamente habrán de apreciarse tantos delitos cuantos menores fueren afectados, que entrarían en régimen de concurso real. Esta interpretación ha sido refrendada por algunas sentencias de Audiencias Provinciales (SSAP Valladolid, sec. 2.<sup>a</sup> 886/2002, de 30 de noviembre, Alicante 501/2002, de 11 de noviembre y Barcelona, sec. 10.<sup>a</sup>, de 16 mayo de 2001)

## VI. DIFUSIÓN Y POSESIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL Y PLURALIDAD DE MENORES

Aclarado este punto, el análisis del resto de las cuestiones se torna en una labor exegética de mucha mayor complejidad.

Y ello porque la introducción en la reforma del Código Penal de 1999 de un nuevo tipo en el artículo 189.1 CP en el que se sanciona el tráfico de material pornográfico plantea complicaciones a la hora de determinar el bien jurídico protegido y a efectos de deslindar las relaciones del nuevo tipo con otros preexistentes, como los delitos contra la intimidad del artículo 197 párrafos primero y tercero.

El panorama se oscureció aún más tras la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, en la que se introduce el tipo de posesión de material pornográfico (art. 189.2 CP) y se sancionan algunas manifestaciones de la denominada pseudo pornografía infantil (art. 189.7 CP).

Como pórtico en el análisis de las cuestiones planteadas debe partirse de que el abordaje penal de la pornografía infantil, efectuado a

través de estas reformas, se orienta con cada vez mayor intensidad a un mismo objetivo de política criminal: atacar estos comportamientos en todas sus fases, dentro de una política de tolerancia cero. De este modo se llegó hasta la incriminación del mero hecho de poseer este tipo de pornografía, se castigó igualmente la denominada pseudopornografía y se estableció la edad del sujeto pasivo en dieciocho años, muy por encima de la edad en la que conforme a nuestro propio Código Penal se entiende que la persona tiene libertad para autodeterminarse en la esfera sexual.

Este enfoque orientado a la criminalización integral y omnicompreensiva aparece con nitidez en el Preámbulo de Propuestas de Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, elaborada por la Comisión de las Comunidades Europeas en fecha 22 de diciembre de 2000, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil *«numerosos casos de explotación sexual de niños y pornografía infantil se denuncian cada año. Los Estados miembros de la Unión Europea y los países candidatos se ven gravemente afectados por estas plagas de la sociedad. Se necesita una variedad de medidas que oscilen desde la rigurosa protección legal de todos los individuos, hasta medidas preventivas, pasando por medidas para garantizar la adecuada protección y asistencia de las víctimas. Las medidas deberían abordar la cadena entera de la trata, desde los traficantes captadores hasta los clientes, pasando por los transportistas y los explotadores»*.

Ya con anterioridad, en la misma línea, la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la protección y derechos del niño de 20 de noviembre de 1997 (Resolución B4-0954, 0968, 0980 y 0990/97) subraya en su número 5.º la necesidad de *«prohibición total de la producción, del comercio, del transporte y de la tenencia de material que incite a los abusos sexuales contra niños»*.

Esta filosofía ha cristalizado en las propuestas contenidas en la Decisión Marco 2004/68/JAI, cuyo contenido ha sido extractado *supra*.

Entrando directamente en la resolución de la Consulta y conforme a lo ya subrayado, tanto el tipo de distribución como el de posesión tienen el nexo común de sancionar conductas que se producen con posterioridad a la consumación del ataque a la libertad sexual, indemnidad sexual del menor, por lo que difícilmente puede mantenerse que sean esos los bienes jurídicos protegidos, al menos como delito de lesión.

Así, puede apuntarse en ambas conductas una dimensión lesiva que les acercaría al encubrimiento como favorecimiento real, como

tipos preordenados a la represión de acciones que si bien contribuyen al hecho con posterioridad a la consumación formal del delito, lo hacen con carácter previo a su agotamiento material. Al igual que la actividad del perista es un estímulo para que se cometan delitos contra la propiedad, el distribuidor y el adquirente de pornografía infantil perpetúan el ataque a la dignidad de los niños que han sido grabados previamente y además pueden contribuir al mantenimiento y expansión de futuras actividades criminales contra menores concretos, para generar nuevo material con el fin de satisfacer la demanda.

Avanzando en esta línea, parece que para las conductas de tráfico sin la previa utilización de menores y para las conductas de simple posesión, la exégesis más acertada es la que identifica como bien jurídico protegido la indemnidad sexual de los menores en general, como tipo de peligro. La punición de estas conductas se basaría, pues, en su peligrosidad en tanto favorecedoras de posibles futuras agresiones o abusos de menores a través del fomento de la pedofilia. En definitiva se trataría de reaccionar penalmente contra el *potencial de estímulo de explotación sexual de los niños que éstas implican* (vid. Propuesta de decisión marco del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, 2001/0025). Dicho en otras palabras, el legislador quiere proteger la indemnidad sexual de los menores anticipando las barreras de protección penal. La indemnidad sexual de los concretos menores que aparecen en el material pornográfico no integraría, pues, el objeto de protección de la norma.

Se partiría, pues, de que tanto el simple consumidor, como el consumidor-distribuidor o el mero distribuidor contribuyen con su conducta a promover y mantener la explotación sexual de menores.

Tipificando estas conductas se acuñan tipos de peligro abstracto con los que en última instancia se trata de combatir la demanda de pornografía infantil para atacar la oferta, y, en definitiva, evitar ataques sobre concretos menores.

Junto a la protección de la indemnidad sexual de los menores frente a conductas generadoras de riesgo, la propia Exposición de Motivos de la Ley de reforma de 1999 señala a la dignidad como bien jurídico protegido en estos nuevos tipos.

Qué duda cabe que también subyace en estas conductas una lesión al bien jurídico intimidad y propia imagen de los menores afectados, pero esta lesión es relativa, no concurre siempre ni es la *ratio* de la tipificación. De manera aún más pronunciada que los supuestos del tipo del artículo 189.1.a), la protección a la imagen del menor a través del delito de distribución de pornografía es indirecta y refleja. Debe

desde luego descartarse la tesis de que es precisamente este bien jurídico el que justifica la existencia de los tipos relativos a la distribución y a la posesión. Debe repararse en que el tipo del artículo 189.1.b) sanciona las conductas aunque el material tuviera su origen en el extranjero o fuera desconocido. En estos casos es evidente que no se protege el bien jurídico intimidad, pues puede suceder que el material sea extranjero y en el país de procedencia la edad para prestar el consentimiento a actos intromisivos en la intimidad y la edad para consentir válidamente participar en actos pornográficos sea inferior a los 18 años. En los supuestos en los que no estuviera identificado el menor que aparece en el material pornográfico (la mayoría en la práctica), tal desconocimiento impide descartar la anterior circunstancia (menor extranjero que ha consentido válidamente), y otros obstáculos semejantes (por ejemplo, que el menor desconocido pueda ser ya mayor de edad y no quiera denunciar los hechos, teniendo en cuenta la cláusula del art. 201 CP). El Legislador ha tipificado expresamente los ataques a la intimidad y a la propia imagen en otro precepto del Código Penal, abarcando sólo –como veremos *infra*– unas modalidades concretas de ataque a este bien jurídico. Esta falta de coincidencia entre el objeto de protección de uno y otro tipo implica que cuando el acto de distribución de pornografía infantil pueda subsumirse también en el tipo específico acuñado para proteger la intimidad y la propia imagen –artículo 197 CP– no quedará uno desplazado por otro, aplicando las disposiciones del concurso de normas, sino –en tanto necesarios ambos para abarcar la total antijuridicidad de los hechos– habrán de aplicarse simultáneamente, como concurso ideal de delitos.

En definitiva, los tipos de los artículos 189.1.b) y 189.2, a diferencia del tipo del artículo 189.1.a) no protegen bienes personalísimos sino la seguridad de la infancia en abstracto y su dignidad, adelantando las barreras de protección y atacando el peligro inherente a conductas que pueden fomentar prácticas pedofílicas sobre menores concretos. Por tanto, en ambos casos, siendo el objeto material del delito el material pornográfico como un todo, no puede dividirse el título de imputación en atención al número de menores que aparezcan en el mismo.

Este debe ser el elemento central para resolver la cuestión debatida. Cuando el sujeto activo del delito actúa sobre un material ya elaborado, no ataca el bien jurídico individual libertad/indemnidad sexual de los menores afectados, por lo que la conducta es única y también lo es la valoración jurídica, con independencia de si las imágenes representan a un único menor o a varios. *A contrario*, cuando el sujeto activo del delito actúa elaborando el material, en relación directa con los menores afectados, comete tantos delitos como menores, en

régimen de concurso real, y sin perjuicio de que puedan también cometerse simultáneamente otros delitos contra la libertad sexual de los menores, si para elaborar el material pornográfico se incurre o se hace incurrir al menor en otras conductas con relevancia penal.

El tipo del artículo 189.1.b) no atiende a bienes jurídicos individuales, como se desprende de la descripción de la conducta, que recae no sobre un menor o varios menores, sino sobre el material pornográfico como un *totum*. Robustece esta conclusión la expresa declaración legal de la irrelevancia de que el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido, declaración que apunta a un tratamiento del material desconectado de los sujetos afectados.

Aunque hasta fechas recientes, repasando las resoluciones recaídas en la jurisprudencia menor, no se podía encontrar ningún pronunciamiento que abordara en profundidad las cuestiones objeto de análisis, es lo cierto que en numerosos supuestos se castiga la posesión para distribución o la distribución de material pornográfico consistente en fotos de plurales menores como un único delito: en este sentido puede reseñarse los casos analizados por las SSAP Alicante, sec. 2.<sup>a</sup> 21/2006, de 17 de enero; Valencia, sec. 5.<sup>a</sup>, 178/2005, de 17 de mayo; Tarragona, sec. 2.<sup>a</sup>, 447/2005, de 10 de mayo; Cáceres, sec. 2.<sup>a</sup>, 84/2004, de 17 de junio; Málaga, sec. 3.<sup>a</sup>, 413/2004, de 5 de julio; Madrid, sec. 2.<sup>a</sup> 206/2004, de 6 de mayo; Guipúzcoa, sec. 2.<sup>a</sup> 2112/2004, de 20 de mayo; (Gijón) Oviedo, sec 8.<sup>a</sup> de 23 de octubre de 2003; Córdoba, sec. 3.<sup>a</sup>, 188/2003, de 7 octubre; Jaén, sec. 1.<sup>a</sup>, 50/2002, de 26 de septiembre y Alicante, sec. 1.<sup>a</sup>, 614/2001, de 15 de octubre. También en el caso analizado por la STS 1444/2004, de 10 de diciembre, aunque no se plantea la cuestión, se confirma una condena por un solo delito pese a que el material pornográfico que se distribuía consistía en 911 archivos de imágenes y varios archivos de vídeo conteniendo gran cantidad de imágenes pornográficas de niños.

Algunas resoluciones tienen el valor añadido de ser dictadas directamente por la Sala en única instancia, decantándose también por apreciar un único delito. En este sentido puede citarse las SSAP Sevilla, sec. 1.<sup>a</sup> 604/2005, de 30 de noviembre; Alicante, sec. 1.<sup>a</sup> 614/2001, de 15 de octubre o Jaén, sec. 1.<sup>a</sup> 50/2002, de 26 de septiembre.

Por contra, no se han encontrado sentencias que condenen al distribuidor por tantos delitos como menores aparezcan en el material incautado. Las sentencias citadas en apoyo de su postura por la Fiscalía favorable a la tesis del concurso real (SSTS 1632/2000, de 24 de octubre, 1342/2003, de 20 de octubre y SAP Valladolid, sec. 2.<sup>a</sup>,

886/2002, de 30 de noviembre) tampoco se pronuncian con la necesaria claridad sobre la cuestión debatida.

La solución apuntada también resulta adecuada desde el punto de vista de la proporcionalidad de la respuesta penal. En efecto, no parece que pueda equipararse la entidad de la antijuridicidad inherente al empleo de varios menores para elaborar material pornográfico con la difusión, sin haber participado ni material ni moralmente, del material producido.

De admitirse la concurrencia de tantos delitos como menores afectados en las conductas del artículo 189.1.b), se produciría una injustificada equiparación total en el tratamiento punitivo de las acciones sancionadas en este precepto con las penadas en el artículo 189.1.a).

Por lo demás, si se opta por castigar por tantos delitos como menores aparezcan en el material, por los mismos motivos tales conclusiones parece tendrían que trasladarse al tratamiento penal de la posesión de material pornográfico del artículo 189.2, en cuyo caso la desproporción aparecería si cabe con más nitidez.

Por tanto, el concepto material pornográfico a efectos de los tipos del artículo 189.1.b) y 189.2 se integra tanto con imágenes referidas a un solo menor, como por imágenes referidas a una pluralidad de éstos.

Por más execrables que tales conductas sean, el tamiz del principio de proporcionalidad y la exégesis conforme al bien jurídico protegido aportan pautas que abogan por evitar interpretaciones maximalistas.

Debe por lo demás, conforme a lo ya apuntado, repararse en que desde un punto de vista criminológico, con el avance imparable de Internet (principal canal de difusión de los materiales de pornografía infantil) la figura del consumidor de pornografía infantil y la del distribuidor de este repulsivo material se funden y confunden con la universalización de la utilización de los programas de archivos compartidos, en los que todos los internautas conectados reciben y aportan material referido en muchas ocasiones a un gran número de menores, difícilmente singularizables en un escrito de calificación o en una sentencia.

Descartado el concurso de delitos incluso en su modalidad ideal, una vía adecuada para traducir penológicamente la mayor antijuridicidad de conductas en las que el material pornográfico incautado tenga especial entidad podría eventualmente encontrarse en la aplicación del subtipo agravado del artículo 189.3.c) (cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico).

En última instancia, podrá traducirse la potencial mayor gravedad de la distribución o posesión de imágenes de plurales menores por medio de las reglas de dosimetría penal, utilizando las posibilidades que ofrece la regla 6.<sup>a</sup> del artículo 66 CP, conforme a la que *cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.*

Recientemente, la STS 913/2006, de 20 de septiembre, aunque no aborda específicamente esta cuestión, al analizar el bien jurídico protegido por el tipo de distribución de pornografía infantil parece decantarse por considerarlo de carácter supraindividual, cuando considera que «nos encontramos ante lo que se podría denominar delito solitario, con incidencia sobre el bien jurídico cuando este ya ha sido lesionado, por aquellos que corrompen a los menores en el proceso de elaboración del material. Es decir, la acción solitaria, inducida las más de las veces por impulsos sexuales incontrolados, no se dirige contra terceros concretos individualizados e identificados. Nos encontramos, por tanto, ante un delito de mera actividad. El legislador mantiene que el consumo de productos colgados en la red, induce, aunque sea remotamente a la lesión del bien jurídico protegido...».

También en esta dirección y con mayor grado de concreción, la SAP Pontevedra, sec. 2.<sup>a</sup> 30/2006, de 30 de octubre, abordando específicamente por primera vez la cuestión planteada en la consulta declara que «no puede aceptarse la calificación alternativa del Ministerio Fiscal en cuanto considera una pluralidad de delitos, tantos como menores afectados por la misma razón de que en la descripción de las conductas típicas, el 189.1.b) protege el bien jurídico no en su consideración individual y subjetiva de cada niño como sucede con los delitos que pudieran concurrir de abusos y agresión sexual o cualesquier otros contra la integridad, cometidos sobre los menores utilizados para la formación del material».

## VII. UTILIZACIÓN DE MENORES Y CONTINUIDAD DELICTIVA

En el tipo de utilización de menores para elaboración de material pornográfico [artículo 189.1.a)] no existen obstáculos para que cuando se repitan los hechos en el tiempo con el mismo sujeto pasivo, concurriendo los requisitos del artículo 74 CP, sean susceptibles de calificarse y valorarse a través del expediente del delito continua-

do. Debe recordarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la aplicación del delito continuado a delitos contra la libertad sexual ante una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en las acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes (*vid.* SSTs 1043/2005, de 20 de septiembre 28/2006, de 18 de enero, 275/2001, de 23 de febrero 190/1998, de 16 de febrero 784/1998, de 25 de mayo y 95/1999, de 26 de enero)

Aplicando tal doctrina al tipo del artículo 189.1.a) se ha apreciado delito continuado en las SSAP Baleares, sec. 2.ª, 38/2005, de 11 de febrero, Valladolid, sec. 2.ª 886/2002, de 30 de noviembre y Alicante 501/2002, de 11 de noviembre.

### VIII. RELACIONES ENTRE LOS DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD/PROPIA IMAGEN Y LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

El análisis de la cuestión planteada obliga también necesariamente a ampliar el radio de la Consulta, abarcando las relaciones entre los tipos de los artículos 189.1 y 189.2 y los tipos del artículo 197 CP.

Recordemos que el apartado primero del artículo 197 castiga con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa al que *para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación.*

El apartado tercero párrafo primero castiga (prisión de dos a cinco años) *si se difunden, revelan o ceden a terceros las imágenes captadas.*

El apartado tercero párrafo segundo sanciona (prisión de uno a tres años y multa) al que, *con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento difunda, revele o ceda a terceros las imágenes captadas.*

El apartado quinto dispone que *cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.*

Debe tenerse presente que en la redacción original del Código Penal, en la que no se contenían tipos específicamente referidos a la distribución de pornografía infantil, se defendió que la incriminación

podía realizarse a través de los tipos protectores de la intimidad, aunque tal alternativa se rechazó al considerarse que la *conditio sine qua non* para aplicarlos era la de que hubiera una previa filmación o captación subrepticia de imágenes pornográficas con menores. Por contra, se entendía que si la captación no era subrepticia, los hechos no podían calificarse conforme al artículo 197.1 CP y consiguientemente tampoco podían ser calificados para los distribuidores conforme al 197.3 y 197.5 CP.

También se había venido considerando que los tipos del artículo 197 CP exigían un elemento subjetivo del injusto adicional al dolo, derivado del inciso «para descubrir (es decir, con la finalidad o con el ánimo de descubrir) los secretos o vulnerar la intimidad de otro». En este sentido, SSTS 1641/2000, de 23 de octubre y 694/2003, de 20 de junio.

Esta conclusión estuvo en el origen de la modificación operada en el Código Penal en 1999 con el fin de introducir tipos específicamente dirigidos a castigar la distribución de pornografía infantil.

De hecho, y como apunte para la interpretación conforme a los antecedentes históricos, durante la tramitación del Proyecto que culminó en la reforma de 1999 hubo consenso entre los grupos parlamentarios en punto a la necesidad de colmar la laguna suscitada con respecto al tráfico de pornografía infantil.

Por tanto, en cuanto a la conducta de quien directamente elabora el material pornográfico incidiendo sobre menores concretos, habrá de entenderse aplicable el tipo del artículo 189.1.a), que como adelantamos, entrará en su caso en concurso con el tipo de abuso o agresión sexual en que pudiera haberse incurrido para ejecutar las escenas grabadas. En caso de operarse sobre varios menores habrán de apreciarse tantos delitos del artículo 189.1.a) cuantos menores hubieran resultado afectados.

Como excepción, cuando la operación de captación de la imagen se hubiera llevado a cabo de manera subrepticia, de modo que el menor no hubiera sido consciente de la filmación o grabación, el bien jurídico lesionado no sería otro que la intimidad y propia imagen del sujeto pasivo, no resultando lesionada la indemnidad sexual del mismo, por lo que habrían de calificarse los hechos conforme al artículo 197.1 CP.

En efecto, la indemnidad sexual no quedaría perturbada en estos casos. Este bien jurídico protege el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en su dimensión de derecho a un adecuado proceso de aprendizaje en libertad del comportamiento sexual, en relación con personas que por razón de edad o de incapacidad no han culminado

su proceso de maduración. Si para captar la imagen se opera subrepticamente, ninguna interferencia en ese proceso de aprendizaje se genera.

Sin embargo, una eventual distribución o exhibición del material pornográfico subrepticamente obtenido daría lugar a la aplicación, además del delito del artículo 197.1, 3 y 5 CP, a la del previsto en el artículo 189.1.b) CP en régimen de concurso, pues a la lesión típica de la intimidad y propia imagen se acumularía la puesta en peligro de la indemnidad de los menores en general como bien jurídico protegido por el tipo de distribución de pornografía infantil.

En relación a la conducta del que no habiendo participado en la fase de elaboración interviene a posteriori difundiendo el material pornográfico, habrán de distinguirse dos supuestos:

Cuando las imágenes no hayan sido captadas subrepticamente (o no conste tal extremo, lo que será el supuesto ordinario cuando los menores que aparecen en el material pornográfico no están identificados) los hechos habrán de calificarse conforme al artículo 189.1.b) CP.

Por contra, cuando los menores que aparezcan en el material pornográfico difundido sean personas perfectamente identificadas y quede acreditado que su imagen fue captada subrepticamente, devendrá aplicable, además del delito de distribución de pornografía infantil, el delito del artículo 197.3 párrafo segundo CP, pues en estos casos la lesión típica al bien jurídico intimidad y propia imagen aparece diáfana. Para ello será necesario que el distribuidor, aun no habiendo participado previamente en la filmación o elaboración de imágenes, hubiera tenido conocimiento de las circunstancias en que fueron llevadas a cabo. En estos supuestos, en tanto se lesiona la intimidad del menor y simultáneamente se ataca al bien jurídico protegido por el tipo del artículo 189.1.b), para abarcar la total antijuridicidad del hecho deberá acudir a la calificación conforme a ambos tipos en régimen de concurso ideal. Además, en principio habrá de partirse de la concurrencia de tantos delitos del artículo 197.3 párrafo segundo cuantos menores resulten afectados.

## IX. CONCURSO CON AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES

Como ya se ha adelantado, en relación con el tipo previsto en el artículo 189.1.a), que protege bienes jurídicos individuales e individualizables, cada menor utilizado generará un delito, en régimen de concurso real. Además, si aparte de la utilización para elaborar mate-

rial pornográfico los actos en sí son constitutivos de abuso sexual o agresión sexual, estos tipos también deberán ser aplicados en régimen de concurso. La aplicación de las disposiciones del concurso de delitos y no de leyes se justifica por la necesidad de aplicar simultáneamente los dos tipos para abarcar la total antijuridicidad de las acciones cometidas.

En efecto, el tipo de utilización para elaborar el material puede perpetrarse sin cometer simultáneamente ningún otro delito contra la libertad e indemnidad sexuales (por ejemplo, cuando se graban actos de contenido sexual de un menor de más de trece años sin emplear violencia o intimidación y sin emplear ningún otro medio típico). Los bienes jurídicos protegidos por unas y otras figuras delictivas tampoco son completamente coincidentes, pese a tener una zona de intersección. Pero incluso aunque se afirmara la unidad del bien jurídico, debe tenerse presente que la constatación de tal unidad no es suficiente para aplicar las disposiciones sobre el concurso de normas, pues la pluralidad delictiva puede fundarse en la existencia de distintas formas de atentar contra un mismo bien jurídico y en los supuestos analizados la utilización del menor con finalidad pornográfica supone un ataque sobreañadido al generado por el abuso o la agresión sexual grabada, fotografiada o filmada.

Por tanto, en la elaboración del material pornográfico, cuando la escena filmada o fotografiada consista en relaciones sexuales del menor con terceros, cuando la víctima sea menor de trece años o se haya empleado violencia, intimidación o los medios típicos del abuso, además del tipo del 189.1 *a*) devendrá aplicable el de agresión o abuso tanto para la persona que protagoniza la escena con el menor como para terceros que intervengan en la elaboración del material y que puedan considerarse inductores, cooperadores necesarios o cómplices.

Por lo demás, ya la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril subrayaba expresamente la necesidad de apreciar concurso real entre los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores y las agresiones o abusos sexuales cometidos concretamente sobre la persona que se encuentra en tan lamentable situación, declaración que en relación con los delitos relativos a la prostitución tuvo una concreta plasmación en el articulado del Código (art. 188.4 CP).

## X. CONCLUSIONES

1.<sup>a</sup> En el tipo de utilización de menores para elaboración de material pornográfico [art. 189.1.a)], en tanto la conducta incide sobre

menores directamente, y en cuanto ello supone un ataque a bienes personalísimos, en especial a la indemnidad sexual de los mismos, los señores Fiscales apreciarán tantos delitos cuantos menores fueren afectados, en régimen de concurso real.

2.<sup>a</sup> En el tipo de utilización de menores para elaboración de material pornográfico [art. 189.1.a)] concurriendo los requisitos del artículo 74 CP, cuando se repitan los hechos en el tiempo con el mismo sujeto pasivo, no existen obstáculos para que los hechos puedan calificarse y valorarse a través del expediente del delito continuado.

3.<sup>a</sup> Los tipos de los artículos 189.1.b) y 189.2, a diferencia del tipo del artículo 189.1.a) protegen la indemnidad, la seguridad y la dignidad de la infancia en abstracto, adelantando las barreras de protección y atacando el peligro inherente a conductas que pueden fomentar prácticas pedofílicas sobre menores concretos. Siendo el objeto material del delito el material pornográfico como un todo, no puede dividirse el título de imputación en atención al número de menores que aparezcan en el mismo. Cuando el sujeto activo del delito actúa sobre un material ya elaborado, no ataca el bien jurídico individual libertad/indemnidad sexual de los menores afectados, por lo que los señores Fiscales partirán de que la conducta y la valoración jurídica son únicas, con independencia de si es un único menor o si son varios los afectados, por lo que se apreciará un único delito.

4.<sup>a</sup> Descartado en estos supuestos el concurso de delitos, una vía para traducir penológicamente la mayor antijuridicidad de conductas en las que el material pornográfico incautado tenga especial entidad podría encontrarse, en su caso, en la aplicación del subtipo agravado del artículo 189.3.c) (cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico).

5.<sup>a</sup> Podrán los señores Fiscales, en su caso, traducir penalmente la potencial mayor gravedad de la distribución o posesión de imágenes de múltiples menores a través de las reglas de dosimetría penal, mediante las posibilidades que ofrece la regla 6.<sup>a</sup> del artículo 66 CP, conforme a la que *cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.*

6.<sup>a</sup> Cuando exista prueba de que el imputado hace acopio de material pornográfico y comparte el mismo con otras personas, los señores Fiscales deberán calificar tal conducta conforme al tipo del artículo 189.1.b), pues la misma rebasa la limitada antijuridicidad de la mera posesión.

7.<sup>a</sup> Cuando la operación de captación de la imagen se hubiera llevado a cabo de manera subrepticia, de modo que el menor no hubiera sido consciente de la filmación o grabación, al no resultar lesionada la indemnidad sexual habrán de calificarse los hechos conforme al artículo 197.1 CP, al resultar típicamente lesionada la intimidad y la propia imagen y no conforme al artículo 189.1.a).

8.<sup>a</sup> Sin embargo, una eventual distribución o exhibición del material pornográfico subrepticamente obtenido daría lugar a la aplicación, además del delito del artículo 197.1, 3 y 5 CP, a la del previsto en el artículo 189.1.b) CP en régimen de concurso ideal, pues a la lesión típica de la intimidad y propia imagen se acumularía la puesta en peligro de la indemnidad de los menores en general como bien jurídico protegido por el tipo de distribución de pornografía infantil.

9.<sup>a</sup> En relación a la conducta del que no habiendo participado en la fase de elaboración interviene *a posteriori* difundiendo el material pornográfico, cuando los menores que aparezcan en dicho material sean personas perfectamente identificadas y quede acreditado que su imagen fue captada subrepticamente, devendrá aplicable, además del delito de distribución de pornografía infantil, el del artículo 197.3 CP párrafo segundo (difusión de imágenes atentatorias contra la intimidad). Para ello será necesario que el distribuidor aun no habiendo participado previamente en la filmación o elaboración de imágenes, hubiera tenido conocimiento de las circunstancias en que fueron llevadas a cabo. En estos supuestos, en tanto se lesiona la intimidad del menor y simultáneamente se ataca al bien jurídico protegido por el tipo del artículo 189.1.b), para abarcar la total antijuridicidad del hecho deberá acudir a la calificación conforme a ambos tipos en régimen de concurso ideal.

10.<sup>a</sup> En relación con el tipo previsto en el artículo 189.1.a), si además de la utilización del menor para elaborar material pornográfico, los actos grabados, filmados o fotografiados son en sí constitutivos de abuso sexual o agresión sexual, también deberán ser aplicados estos tipos en régimen de concurso real.

CONSULTA 4/2006, DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2006,  
SOBRE CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA INTER-  
CEPTACIÓN EN RECINTOS ADUANEROS DE PUERTOS  
MARÍTIMOS ESPAÑOLES DE VEHÍCULOS SUSTRÁIDOS  
EN TERRITORIO DE LA COMUNIDAD EUROPEA CON  
DESTINO A PAÍSES NO COMUNITARIOS

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LA CONSULTA

La Consulta elevada al Fiscal General del Estado por una Fiscalía de Audiencia Provincial está motivada por la necesidad de resolver la cuestión relativa a la calificación jurídico-penal que resulta procedente respecto de una modalidad delictiva que de una manera expansiva se está produciendo en el ámbito de la Fiscalía consultante, pero que igualmente se produce en el de otras Fiscalías de Audiencias Provinciales en las que existe puerto marítimo que permite la salida de personas y mercancías hacia países de fuera del territorio de la Comunidad Europea.

En concreto, la conducta delictiva respecto de la que se plantea el problema de su tipificación penal, es la relativa a la interceptación en la aduana del puerto español de personas conduciendo vehículos que han sido sustraídos en algún otro país de la Unión Europea y que tratan de sacar hacia terceros países (principalmente Marruecos y Argelia), embarcándoles en alguno de los buques comerciales que operan en el puerto con destino a los mismos, presentando normalmente esos vehículos sus documentos identificativos, tales como placas de matrícula, número de bastidor o permiso de circulación, alterados o sustituidos.

El motivo principal que ha determinado la presentación de la Consulta es la disparidad de criterio entre la Fiscalía y la Audiencia Provincial respectiva sobre la calificación jurídica de la referida conducta como delito de receptación, competencia de los tribunales españoles. La Audiencia Provincial se apartó del criterio anteriormente sostenido, el cual era coincidente con el del Ministerio Fiscal, a partir de una sentencia de 7 de octubre de 1998. Dicha Audiencia Provincial mantiene actualmente y de manera unánime por todas sus Secciones que la conducta del extranjero que trasporta el vehículo sustraído en

otro país de la UE y trata de embarcarlo en un puerto español en un buque comercial con destino a un país extracomunitario, no puede ser enjuiciada de conformidad con lo previsto en el artículo 23.3 de la LOPJ por los tribunales españoles como delito de receptación del artículo 298 del Código Penal, dado que el delito se habría consumado en el país comunitario de procedencia del vehículo, donde el responsable de la supuesta receptación habría adquirido o recibido el bien de los autores de la sustracción para su transporte a países de fuera de la UE donde poder traficar con ellos con mayor beneficio económico.

Por la Fiscalía se expone además que el criterio sostenido por su respectiva Audiencia Provincial difiere del criterio mantenido por otra Audiencia de la misma Comunidad Autónoma, respecto del mismo supuesto de hecho, la cual admite que la conducta de quien transporta los vehículos sustraídos en otro país comunitario y trata de embarcarlos en puerto marítimo español con destino a terceros países, es un delito de receptación cometido en territorio español, y por tanto, competencia de los tribunales españoles.

En este sentido se expone la preocupación por la vulneración del principio de igualdad y seguridad jurídica en la aplicación de la norma penal, al estar dándose respecto de iguales conductas diferente tratamiento o respuesta en función del órgano judicial de enjuiciamiento.

En relación con este diferente tratamiento en la calificación jurídico penal de las conductas referidas, la Consulta aborda igualmente la cuestión relativa a la tipificación de las mismas además de como delito de receptación, como delito de contrabando y uso de documento falso. Es respecto de la calificación jurídica de contrabando donde igualmente se producen las discrepancias, en este caso no entre la Fiscalía consultante y su respectiva Audiencia Provincial, que coinciden en considerar procedente la apreciación del delito de contrabando, sino entre la Fiscalía consultante y la otra Fiscalía de la misma Comunidad Autónoma, pues mientras que en la primera se formula acusación por contrabando, en la segunda no se califican las citadas conductas conforme a este tipo delictivo.

La Fiscalía consultante propone como tipificación penal de las conductas de transporte de los vehículos sustraídos y su salida del territorio aduanero comunitario a través de puerto marítimo español con destino a terceros países la siguiente:

1.º Formular acusación por delito de receptación del artículo 301.1 del Código Penal y alternativamente conforme al artículo 298.1, calificación jurídico penal que determinaría la competencia para el enjuiciamiento y fallo por la Audiencia Provincial dada la pena seña-

lada por el artículo 301.1, lo que permitiría interponer recurso de casación y obtener la fijación de doctrina por el Tribunal Supremo.

2.º Formular acusación por delito de contrabando conforme al artículo 2.3 letra a) de la Ley Orgánica 12/1995 de Contrabando, basada en la consideración de los hechos como exportación de un vehículo cuya tenencia constituye delito (precisamente el de receptación).

3.º Formular acusación por delito de uso de documento falso conforme al artículo 393 del Código Penal.

## II. LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE UN DELITO DE RECEPTACIÓN DEL ARTÍCULO 298

La principal cuestión planteada en la Consulta es la disparidad de criterio entre la Fiscalía consultante y su respectiva Audiencia Provincial sobre la apreciación de la existencia de un delito de receptación competencia de los tribunales españoles, en los supuestos de quien transporta vehículos sustraídos en otro país comunitario, tratando de embarcarlos en puerto marítimo español en un buque comercial para llevarlos a un tercer país en el continente africano.

La Audiencia Provincial que inicialmente coincidió con la Fiscalía en considerar que existía un delito de receptación en los referidos supuestos, modificó su criterio sobre la base de entender que la posible receptación se debe entender consumada en el país comunitario de procedencia del vehículo, que es donde la persona a la que se imputa la receptación habría recibido el vehículo de los responsables del delito precedente de sustracción. Sobre la base de este criterio del lugar donde la receptación ha sido cometida, la Audiencia considera que no son competentes para su enjuiciamiento los Tribunales españoles de conformidad con el artículo 23.3 LOPJ.

La determinación de la consumación del delito de receptación como delito de resultado en base al lugar donde el receptor obtiene la disponibilidad de los efectos procedentes del delito antecedente, se corresponde también con el criterio jurisprudencial, mantenido, entre otras, en SSTs de 13 de marzo de 1990, 22 de junio de 1990, 16 de octubre de 1991, 27 de enero de 1992, 12 de mayo de 1997 y 20 de febrero de 1998. Sin embargo, estas sentencias estaban teniendo en cuenta el tipo delictivo de receptación anterior al Código Penal de 1995, que sancionaba tan solo el aprovechamiento lucrativo de los efectos del delito por el propio autor de la receptación. Así el artículo 546 bis. a) establecía: «*el que con conocimiento de la comisión de un*

*delito contra los bienes se aprovechar para sí de los efectos del mismo será castigado con prisión menor y multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas».*

La diferente configuración del delito de receptación en el Código Penal de 1995, como delito autónomo del delito origen de los efectos y la ampliación del tipo objetivo, obliga a reconsiderar el criterio de la consumación basado en el lugar donde el receptor obtiene la disponibilidad de los efectos, ya que el tipo sanciona ahora además del aprovechamiento lucrativo propio de los efectos del delito, el realizado en beneficio de los responsables del delito previo. El actual artículo 298 dispone: *«El que con ánimo de lucro y con conocimiento de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años».*

El tipo objetivo de receptación se estructura de manera alternativa con las siguientes modalidades comisivas: ayudar a los responsables del delito antecedente contra el patrimonio o el orden socioeconómico a aprovecharse ellos mismos de los efectos del delito; aprovechamiento propio por el autor de la receptación que recibe o adquiere tales efectos, y ocultación de los efectos del delito precedente.

En el supuesto de que la modalidad comisiva de receptación consista en ayudar a los responsables del previo delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico a aprovecharse de los efectos del mismo, la comisión del delito debe entenderse producida en el lugar en que el receptor realiza esa conducta de auxilio.

En el caso planteado por la Consulta, el responsable del posible delito de receptación ayuda a los responsables del delito previo de sustracción del vehículo a trasladarlo a un país no comunitario (normalmente Marruecos o Argel), para poder traficar con él de manera más ventajosa o beneficiosa económicamente. Por tanto, y con independencia de que pueda considerarse o no acreditado dónde recibió la persona enjuiciada el vehículo que fue robado en otro país, deberá entenderse que la conducta de auxilio a los responsables del delito antecedente se realiza en España, donde el sujeto es sorprendido transportando el vehículo y tratando de embarcarlo en puerto marítimo español en alguna de las líneas comerciales de buques que realizan trayectos hacia terceros países no comunitarios. Es por ello, que los tribunales españoles tienen competencia para su enjuiciamiento (art. 23.1 LOPJ). A los efectos de determinación de la competencia en base al principio de territorialidad, debe tenerse en cuenta que el

criterio de la ubicuidad, ampliamente admitido en el Derecho Comparado, posibilita considerar cometido el delito, tanto en cualquier lugar en que se realiza la acción típica, como en el lugar en que se produce el resultado.

Este criterio sobre la comisión de la receptación en España es el que sostiene de manera uniforme la Audiencia Provincial de Cádiz, y es discrepante con el de la Audiencia Provincial de Almería. Así la sentencia de la secc. 7.<sup>a</sup> de la AP de Cádiz 30/2000 de 14 de febrero resuelve a propósito de la falta de competencia de los tribunales españoles alegada por la defensa *«Este peculiar modus operandi desgraciadamente frecuente en esta zona comenzó a darse hace unos años y consiste en que por parte de unas organizaciones radicadas en el extranjero se sustraen en países europeos automóviles la mayor parte de las ocasiones de lujo, sirviéndose de elementos integrados en la organización se portan hasta Marruecos pasando por España con el fin de que una vez en aquel país se trafique con el vehículo en cuestión (...) en casos como el presente donde el acusado recibe en Italia un turismo conociendo su sustracción y que debe conducirlo hasta Marruecos, pasando por nuestro país a cambio de un precio, se produce el delito desde el instante en que lo conduce hasta que realiza la entrega y al hacerlo por territorio español en esas circunstancias el tipo es perfectamente encajable en el artículo 298 del Código Penal y en consecuencia dicho ilícito penal es competencia de los tribunales españoles»*. Este criterio, además de reproducirse en otras sentencias de esta Audiencia y haberse acogido en un Acuerdo de Pleno de la misma, es seguido también por otras Audiencias como la de la Audiencia Provincial de Albacete en sentencia 1100/2004, de 3 de diciembre.

### III. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE BLANQUEO DE BIENES

La Fiscalía consultante propone calificar de manera alternativa la conducta de quienes son sorprendidos trasladando los vehículos sustraídos en otro país comunitario a terceros países como un supuesto de blanqueo tipificado en el artículo 301.1 del Código Penal, que tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, no exige que el delito base o antecedente del blanqueo sea un delito grave. Este tipo sanciona ahora a *«El que adquiriera, convirtiera o transmita bienes sabiendo que estos tienen su origen en un delito o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito o para ayudar a la persona que haya parti-*

*cipado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos...».*

La supresión del requisito de la gravedad del delito previo posibilita el que puedan, en principio, delitos no graves como el robo con fuerza o el hurto, constituir el presupuesto de un delito de blanqueo del artículo 301, el cual se configura en el Código como modalidad de receptación puesto que esta incluido en el capítulo XIV del título XIII, del Código Penal de 1995 bajo la rúbrica «de la receptación y otras conductas afines». No obstante, en el Anteproyecto de reforma del Código Penal, se contempla la modificación de la rúbrica por la de «de la receptación y el blanqueo de capitales».

La calificación de los supuestos de hecho que motivan la Consulta, como modalidad de receptación comprendida en el artículo 301.1, no sólo permite establecer una unificación de doctrina mediante la interposición en su caso, de recurso de casación, sino que resolvería además sin ningún problema interpretativo referido al lugar de consumación del delito, la cuestión acerca de la competencia de la jurisdicción penal española, ya que el apartado 4 del mismo establece el principio de universalidad en la persecución de las conductas constitutivas de blanqueo pues dispone: *«El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubieren sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero».*

Ante la cuestión planteada, debe valorarse si resulta procedente que las conductas ilícitas cuya calificación es objeto de disparidad, sean integradas de manera exclusiva o alternativamente en el tipo del artículo 301.1.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto de relieve las dificultades dogmáticas para diferenciar las conductas constitutivas de la receptación del artículo 298, del blanqueo del artículo 301 y del encubrimiento del artículo 451, dada la similitud con que se configura el tipo objetivo de estas modalidades delictivas. Las dificultades para incardinar ciertos supuestos materiales en alguno de esos tipos delictivos se han visto agravadas tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, puesto que al suprimir el requisito en el tipo de blanqueo del artículo 301, de que los bienes objeto del mismo tengan su origen en un delito grave, se ha hecho desaparecer uno de los elementos especializantes del blanqueo.

En los supuestos de concurrencia de las conductas típicas descritas en las tres citadas figuras delictivas, tales como la relativa a adquisición de bienes, ocultación de efectos o bienes o ayuda a los responsables de la infracción inicial, puede plantearse la duda acerca de la

existencia de un concurso aparente de leyes a resolver conforme al artículo 8.4 del Código Penal, aplicando el principio de alternatividad, este criterio supondría siempre la aplicación preferente el tipo del artículo 301 sancionado con pena superior que la prevista en los tipos de receptación del artículo 298 o de encubrimiento del artículo 451 que quedarían vacíos de contenido.

Frente al anterior criterio debe señalarse que el Tribunal Supremo ha venido a considerar, a partir del Código de 1995, que los problemas de concurso de leyes que se suscitan en la aplicación de los tipos delictivos de receptación, blanqueo y encubrimiento deben resolverse de conformidad con el principio de especialidad. La STS de la Sala Segunda 155/2002, de 29 de febrero, consideró que entre el delito de blanqueo del artículo 351 y el de encubrimiento del artículo 451 existe: *«(...) un concurso de leyes a resolver conforme a la regla de especialidad del artículo 8.1, ya que el encubrimiento constituye un género de delito respecto del cual estas concretas conductas del artículo 301 son una de sus especies. Hay una relación de norma genérica a norma específica que obliga a la aplicación de esta última»*.

La STS de la Sala Segunda 1501/2003, de 19 de diciembre, considera que: *el delito de blanqueo de capitales del artículo 301 constituye un delito especial respecto de la receptación, de ahí que el título del Código Penal se denomine «de la receptación y otras conductas afines»*.

La especialidad de la modalidad delictiva del blanqueo frente a las conductas de receptación del artículo 298 o de encubrimiento del artículo 451, que presentan similar construcción del tipo objetivo, debe buscarse básicamente en el diferente bien jurídico protegido por el blanqueo.

En concreto y por lo que se refiere a la receptación, mientras que en el delito de receptación el bien jurídico protegido es el patrimonio, que se ve lesionado con la comisión del delito previo, y cuya lesión se mantiene o permanece con la realización de las conductas receptadoras, que básicamente suponen el aprovechamiento que una persona realiza de los efectos de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico ejecutado por otro en su favor o en el de los responsables del delito previo, en el delito de blanqueo, cuyo fundamento está en conseguir que los bienes procedentes del delito previo adopten una apariencia de licitud o logren tener esta cualidad a fin de incorporarlos al tráfico económico lícito, el bien jurídico directamente protegido no es el patrimonio individual o subjetivo, sino la correcta circulación de bienes en el mercado, como un presupuesto indispensable para su

buen funcionamiento y el de la economía en general, el cual se ve afectado si los bienes que circulan en él no son de origen lícito.

A partir de esa diversidad de bienes jurídicos es posible apreciar otros criterios delimitadores entre la receptación y el blanqueo. En la receptación el aprovechamiento de los efectos es el principio rector de la conducta realizada; en el blanqueo el aprovechamiento tiene un papel accesorio, el sujeto que blanquea los bienes pretende disimular su procedencia delictiva, para de esa forma canalizarlos e incorporarlos al tráfico económico. Su conducta no está basada en el aprovechamiento de los bienes que en la mayoría de los casos ya se habrá producido previamente, lo que si habrá en el autor del blanqueo es un ánimo de lucro implícito, que en el caso del receptor es explícito.

En la evolución histórica de la tipificación del blanqueo en nuestro derecho nos encontramos con que dicha incriminación trata de dar respuesta a una nueva realidad criminal, vinculada primordialmente al crimen organizado, al mismo tiempo que dar cumplimiento a las obligaciones internacionales que España asume en virtud de Convenios de los que es parte o de la normativa europea. De este modo, inicialmente y tras la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, el tipo de blanqueo se incorporó al artículo 546 bis.f), sancionando específicamente la adquisición o aprovechamiento propio o en beneficio de tercero de los efectos o ganancias procedentes de delito de tráfico de drogas. Posteriormente, tras la Convención de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988, de lucha contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que imponía a los Estados firmantes la obligación de introducir en sus ordenamientos penales preceptos que castigaran el blanqueo o lavado de dinero procedente de narcotráfico, se incorporaron en virtud de la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, los artículos 344 bis h) y 344 bis i), que vinieron a castigar las conductas no sólo de adquisición y posesión de los bienes procedentes de los delitos de tráfico de drogas sino también su conversión, transferencia o cualquier acto para ocultar o encubrir su origen ilícito o para ayudar a los responsables del delito previo a eludir las consecuencias jurídicas. Tras la Convención del Consejo de Europa de 9 de noviembre de 1990 relativa al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y la Directiva 91/308, de 10 de junio, del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales se amplía la tipología de los delitos de los que pueden proceder los bienes objeto de blanqueo, y ello da lugar a la tipificación de blanqueo que se recoge en los artículos 301 a 304 del Código Penal de 1995, que incorpora como delitos previos a todos los

delitos graves y que la Ley Orgánica 15/2003 ha ampliado finalmente a todos los tipos delictivos.

La STS, de la Sala Segunda 506/2006 de 10 de mayo, establece: *«Este conjunto de Convenciones Internacionales y normas de derecho interno tiene por finalidad impedir la conversión o transformación de bienes cuya generación se produce extramuros de la legalidad al ser ilícita la actividad que los genera pero no se pretende con la punición de estas conductas castigar directamente el delito base o delito de origen (aquel que genera los bienes que luego se tratan de transformar en el mercado lícito), que tiene una respuesta penal distinta y autónoma. Se trata, fundamentalmente de dificultar el agotamiento de dichos delitos en lo que se refiere a la obtención de un beneficio económico extraordinario (auténtica finalidad perseguida con su ejecución), conseguido por no tener que soportar los costes personales, financieros, industriales, y tributarios que se exigen a la ganancia obtenida lícitamente, con desestabilización de las condiciones de la competencia y el mercado, de ahí que el blanqueo se ubique sistemáticamente en el título XIII del Libro II del Código Penal, dedicado a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico».*

Además de ese criterio esencial del diferente bien jurídico protegido para delimitar las conductas que deben ser integradas en el tipo de blanqueo de las que deben ser integradas en el de receptación, también puede acudir a alguna diferencia relativa a sus elementos estructurales. Así en la receptación el objeto material son los efectos del delito precedente, tales efectos deben ser considerados como el objeto material del delito previo contra el patrimonio o el orden socioeconómico, es decir los directamente procedentes de este delito (lo que excluye la tipicidad de la receptación sustitutiva que recae sobre el dinero o ganancias obtenidas a cambio de aquellos), en el delito de blanqueo el objeto material son los bienes procedentes del delito previo por lo que se incluye también aquellos por los que fueron sustituidos los directamente procedentes del delito. Otro criterio delimitador puede ser el del sujeto activo, pues mientras en la receptación se excluye expresamente, en el delito de blanqueo se admite pueda ser también el responsable del delito precedente (SSTS 1293/2001, de 28 de julio y 449/2006, de 17 de abril).

Partiendo de ese criterio delimitador de los delitos de receptación y blanqueo basado en el diferente bien jurídico protegido por ambos tipos delictivos, debe valorarse si la conducta de transporte de vehículos sustraídos en otro país de la Unión Europea, hacia países no comunitarios donde los responsables del delito previo los podrán poner a la

venta obteniendo mayores beneficios económicos puede ser considerada como un supuesto típico de receptación o de blanqueo.

En principio, y teniendo en cuenta que los concretos hechos a los que se refiere la Consulta se centran en la actividad individual de quien por encargo y mediante precio, realiza el transporte de un coche robado tratándolo de embarcar en las líneas comerciales que operan en un puerto marítimo español con destino a algún país del continente africano donde se pondrá a la venta, estamos en presencia de un acto de ayuda a los responsables de un delito previo contra el patrimonio, para que puedan beneficiarse de los efectos directos de dicho delito obteniendo un lucro mediante su venta o transmisión en terceros países.

La ayuda o auxilio que realiza el transportista de los vehículos previamente sustraídos, debe ser tipificada en tales casos como receptación, al no aparecer constatados otros elementos o indicios que permitan sustentar que la persona que realiza el transporte actúa en el marco de una actividad criminal organizada en la que el traslado del vehículo fuera del territorio comunitario es un eslabón de una actividad más compleja y amplia encaminada a traficar fuera de la UE con los vehículos previamente sustraídos, generando un mercado paralelo a aquel en el que sólo se integran los objetos de legítima procedencia. Son estos indicios los que, superando el nivel de mera sospecha, permitirían integrar la conducta con la connotación que constituye el fundamento del delito de blanqueo, relativa a la canalización o incorporación de los bienes de origen delictivo al tráfico económico lícito dotándoles de la apariencia de licitud.

Por lo que se refiere al dato de que esos vehículos normalmente presentan sus datos identificativos alterados o sustituidos como placas de matrícula, número de bastidor o permiso de circulación, no puede ser considerado como un acto de ocultación del origen del vehículo en el sentido en que se encuentra definido en el tipo de blanqueo del artículo 301. La referida ocultación de los datos identificativos del coche resulta imprescindible para poder trasladar el mismo sin que sea descubierta su procedencia, pero ello no supone que se esté transformando su carácter ilícito en lícito, puesto que se trata de los mismos efectos que son el objeto material de la sustracción, efectos cuyo traslado o posesión será siempre ilícita, en cuanto se trata de los mismos efectos sustraídos al propietario, aunque esta posesión ilegítima trate obviamente de ser ocultada o evitar ser descubierta por los responsables del delito que tratan de lucrarse con dichos efectos mediante su venta. Por otra parte, no parece que en los casos respecto de los que se está planteando la Consulta, el sujeto que transporta los coches sustraídos, haya participado de modo di-

recto en la alteración o sustitución de los datos del vehículo, de ahí que no se le impute un delito de falsedad sino de uso de documentos falsos en la realización de las operaciones de transporte.

Sin embargo, el estrecho margen de delimitación entre las conductas de receptación y blanqueo, requiere llamar la atención sobre la necesidad de agotar todas las posibilidades de investigación que permitan constatar si en cada caso se dan los elementos indiciarios suficientes para considerar que la conducta del transporte del vehículo sustraído en un país comunitario para trasladarlo fuera del territorio comunitario, se produce dentro del entramado de actuación de una organización criminal y como requisito para alcanzar el objetivo fundamental de traficar económicamente con esos vehículos en un mercado extracomunitario. En tales casos, los hechos rebasarán la modalidad de receptación, debiendo quedar integrados en la específica del blanqueo. Sólo realizando investigaciones más amplias y que vayan más allá de los datos obtenidos con la interceptación del transportista del vehículo, podrá descubrirse la verdadera naturaleza de los hechos y con ello una más efectiva lucha contra la delincuencia organizada que normalmente es la que opera tras este tipo de conductas.

A la hora de valorar si se puede estar en presencia de actividades que deben integrarse en la modalidad de blanqueo, podrán tenerse en cuenta ciertos indicios concurrentes en el caso concreto que permitan deducir que la acción de transportar y sacar el vehículo por el puerto marítimo español con destino a un país extracomunitario, constituye parte de la actividad de una organización criminal que roba vehículos en países comunitarios para incorporarlos y canalizarlos al mercado de terceros países. A modo de ejemplo, cabe señalar como indicios de este tipo: los antecedentes delictivos de la persona que realiza el transporte, en particular por hechos relacionados con el tráfico ilícito o de vehículos; investigación de las agendas manuales o telefónicas del transportista que permitan determinar su vinculación con personas dedicadas a este tipo de actividad delictiva; el modus operandi similar con el de otras operaciones detectadas en el mismo punto de salida, atendiendo particularmente al tipo de vehículos que en determinadas épocas son detectados (alta gamas y concretas marcas y modelos) y a la especial preparación de la operación de transporte para garantizar su éxito (utilización de vehículos lanzadera que adviertan de cualquier riesgo; gran despliegue de documentación falsificada, tanto en relación con los datos del vehículo, como del conductor, pudiendo incluso aparecer generada en varios países miembros de la UE).

Por lo anterior, se estima que si bien en relación con la concreta conducta del transporte de vehículo sustraído a través de puerto maríti-

mo español que es objeto de la Consulta, la calificación procedente es la de receptación del artículo 298.1 Código Penal, no debe descartarse que en base a los indicios concurrentes y a los elementos constatados en el desarrollo de una investigación más amplia, pueda acreditarse la específica connotación de que la conducta en cuestión lesiona primordialmente el correcto funcionamiento del tráfico económico al que trata de incorporarse los bienes de procedencia delictiva. En tales supuestos, la calificación procedente será la de blanqueo del artículo 301.1, la cual se formulará de manera alternativa con la de receptación, en los casos en que los indicios concurrentes no permitan delimitar claramente entre ambas modalidades delictivas al tiempo de presentar la acusación.

#### IV. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE DELITO DE CONTRABANDO

La segunda cuestión que se planteaba en la Consulta es la relativa a la calificación de delito de contrabando respecto de los supuestos de transporte de vehículos sustraídos que son embarcados en puerto marítimo español hacia terceros países no comunitarios.

La Fiscalía consultante plantea el tema de la calificación jurídica de contrabando, dado que si bien la Audiencia respectiva viene condenando de conformidad con el criterio sostenido por la Fiscalía que acusa por un delito de contrabando sancionado por el artículo 2.1 letras *a)* o *g)*, de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, se cuestiona la posible inexistencia de este delito, dado que la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Cádiz, no formula en tales casos acusación por delito de contrabando, además de que en el seno de la propia Fiscalía consultante se ha planteado que la calificación correcta de contrabando lo es al amparo del artículo 2.3 letra *a)* de la Ley de Contrabando y no en base al artículo 2.1.a) o *g)*.

El problema que suscita la tipificación de las referidas conductas de sacar del territorio de la UE los vehículos sustraídos en otro país comunitario a través de puerto marítimo español con destino a terceros países, como contrabando del artículo 2.1 *a) g)*, radica en que conforme a este precepto es requisito necesario el que los efectos no hayan sido presentados para su despacho o se haya obtenido éste despacho mediante la alegación de causa falsa o de cualquier otro modo ilícito.

Así el artículo 2.1 de la LO 12/1995 establece *«Cometen delito de contrabando siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas los que:*

a) *Importen o exporten mercancías de lícito comercio sin presentarlas para su despacho en las oficinas de aduanas o en los lugares habilitados por la administración aduanera.*

g) *Obtengan, mediante la alegación de causa falsa o de cualquier otro modo ilícito el despacho aduanero de géneros estancados o prohibidos o mercancías de lícito comercio o la autorización para los actos a que se refieren los apartados anteriores».*

Se pone de manifiesto por la Fiscalía consultante que en los referidos supuestos no tienen lugar una actividad administrativa de despacho por lo que no se cumple el requisito que contempla el artículo 2.1 letras a) y g) La razón de que el despacho aduanero no sea exigible es que conforme a lo preceptuado en el Código Aduanero Comunitario aprobado por Reglamento del Consejo 2913/1992, de 12 de octubre de 1992 (art. 38.4) y el posterior Reglamento de la Comisión 2454/1993, de 2 de julio, dictado en aplicación del primero (art. 231), sólo será exigible el despacho aduanero cuando se exporta el vehículo con la finalidad de no volver a importarlo. Esta normativa da lugar a que el proceder habitual en el paso aduanero del correspondiente puerto marítimo es que la presentación del vehículo con intención de salir o entrar en el territorio español equivale a la Declaración de Aduanas que prevé el artículo 233 del Reglamento 2454/1993 de la Comisión, que no supone actividad administrativa de autorización. Por tanto, no siendo preceptivo el despacho, ni verificándose éste en la práctica falta el requisito del artículo 2.1 a) y g) de la Ley de Contrabando.

Como consecuencia de lo anterior los supuestos en que se ha detectado el transporte de vehículos sustraídos y se han puesto los hechos en conocimiento del Juzgado de Guardia, se han producido con ocasión del control de seguridad de personas y mercancías por la Guardia Civil, que comprueba que se trata de un coche sustraído, pero sin que exista ningún despacho aduanero, ya que lo único exigible para poder embarcar con el vehículo hacia países extracomunitarios es el pasaje del vehículo y que se utilicen los cauces de embarque establecidos al efecto.

La Fiscalía que eleva la Consulta destaca que a los efectos de considerar aplicable el artículo 2.1 de la ley de Contrabando, debe tenerse en cuenta que en estos casos de transporte de coches sustraídos con destino a terceros países, resulta evidente que la finalidad del transporte es la exportación definitiva, pues se trata de conseguir su comercialización en esos países sin que exista intención de volverlos a introducir en territorio comunitario. De conformidad con esta valoración sería preceptivo, según la normativa aduanera anteriormente mencionada,

el despacho aduanero de los vehículos y su omisión o la alegación de causa falsa para obtenerlo permitiría apreciar la aplicación del artículo 2.1.a) o 2.1. g).

No obstante lo anterior, se pone de manifiesto que el delito de contrabando del artículo 2.1 se habría cometido en el país de procedencia del vehículo, pues es en él donde se deberían cumplimentar los correspondientes trámites aduaneros, concretamente el DUE de exportación, (art. 161 del Reglamento 2913/1992, de 12 de octubre y arts. 205, y 792 del Reglamento 2454/1993, de 2 de julio), limitándose la aduana de salida del territorio comunitario a sellar su exportación, a fin de que el interesado pueda acreditar en el país de origen del vehículo que ha salido del territorio comunitario y darle de baja a efectos administrativos y fiscales (art. 793 del Reglamento 2454/1993). Conforme a lo anterior, debe entenderse cometido el delito de contrabando tipificado en el artículo 2.1.a) o 2.1 g) fuera de España, y por tanto, no serían competentes los tribunales españoles para su enjuiciamiento de conformidad con el artículo 23 LOPJ.

La propuesta que hace la Fiscalía consultante es la de calificar las citadas conductas de transporte y embarque de los vehículos sustraídos en puerto marítimo de España, con la finalidad de sacarlos del territorio comunitario y concretamente a países del continente africano, en base al artículo 2.3.a) de la Ley de Contrabando que dispone:

*«Comenten asimismo delito de contrabando quienes realizan alguno de los hechos descritos en el apartado 1 de este artículo, si concurre alguna de las circunstancias siguientes:*

a) *Cuando el objeto del contrabando sean drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias catalogadas como precursores, armas explosivos o cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito o cuando el contrabando se realice a través de una organización, aunque el valor de los bienes, mercancías géneros o efectos sea inferior a 3.000.000 de pesetas».*

En relación con esta modalidad de contrabando cabe destacar la exigencia típica de que se realice alguno de los hechos descritos en el apartado 1.

Esta remisión, debe entenderse referida únicamente a la realización de conductas de importación o exportación, y no a la exigencia de que sea necesario el requisito de despacho aduanero, exigencia que debe estimarse incompatible con el tipo de mercancías que se enumeran en el apartado 3 (drogas, armas, explosivos).

La modalidad de contrabando del artículo 2.3 está reservada a los supuestos en que se introduce o saca del territorio español aduanero

determinados objetos o concurre una determinada forma comisiva (a través de una organización).

El propio artículo 1.2 de la Ley de Contrabando define la exportación a los efectos de su aplicación como: «*La salida de mercancías del territorio español. No se considerará exportación la salida de mercancías comunitarias del territorio español comprendido en el territorio aduanero de la Unión Europea, con destino al resto de dicho territorio aduanero*».

La otra exigencia del contrabando sancionado por el artículo 2.3.a), es que recaiga sobre alguno de los objetos expresamente mencionados (drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias catalogadas como precursores, armas, explosivos) o bien cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito.

La modalidad de contrabando del artículo 2.3 debe entenderse está reservada a los supuestos en que se introduce o saca del territorio español aduanero determinados objetos o efectos que están excluidos de modo general de una legítima posesión y de las posibilidades de comercialización, de ahí, que en estos casos no concurre un requisito de despacho aduanero, que resulta vulnerado, sino que se sanciona el mero hecho de introducir o sacar clandestinamente esos efectos del territorio español.

En el caso debatido, considera la Fiscalía consultante que si la posesión del vehículo que se trata de sacar de territorio español es ilícita por constituir un delito de receptación, es posible también integrar la misma dentro del delito de contrabando del artículo 2.3.a) de la Ley Orgánica 10/1995.

Admitiendo la tesis de que no sería posible imputar el delito de contrabando en base al artículo 2.1 letras a) o g), puesto que aunque considerando fuera exigible el despacho aduanero, al tratar de exportar de manera definitiva fuera del territorio aduanero comunitario los vehículos sustraídos en otro país de la UE, se carecería de jurisdicción para su enjuiciamiento, en cuanto la actividad de presentación para el despacho corresponde al país de origen del vehículo donde en su caso, debe tramitarse el DUE de exportación de despacho, es necesario plantearse, si en el supuesto de hecho objeto de la Consulta es posible formular la calificación jurídica por contrabando sancionado en el artículo 2.3.a)

En primer lugar, es cuestionable si la expresión *cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito* que utiliza el artículo 2.3 a) se refiere a la tenencia de aquellos bienes que además de las drogas, armas o explosivos, que expresamente se mencionan, por su propia naturaleza o índole su posesión es delictiva (tenencia de útiles para la

falsificación), o también incluye aquellos en el que la ilicitud de la posesión no resulta de la propia índole del objeto, sino que deriva de su procedencia de un delito anterior.

Si se considera que los bienes cuya tenencia constituye delito a los efectos del contrabando del artículo 2.3 son sólo aquellos cuya posesión es delictiva en razón de su propia naturaleza, quedan fuera de este tipo los supuestos en que el carácter delictivo de la posesión resulta de la comisión de un delito anterior. Por tanto, conforme a este criterio no procedería calificar por delito de contrabando del artículo 2.3, en los casos en que la exportación se produce respecto de vehículos previamente sustraídos por quien es responsable de su receptación.

En el supuesto en que se acepte la tesis de que en el delito de contrabando del artículo 2.3 se sancionan también las conductas referidas a bienes cuya tenencia delictiva deriva de la previa comisión de un delito, se suscita la posible existencia de un problema concursal. El supuesto de drogas tóxicas estupefacientes y sustancias psicotrópicas tipificadas en el artículo 368, es quizás el caso más claro en el que se ha planteado el tema del concurso. Durante la vigencia del Código de 1973, la cuestión de la naturaleza del concurso en los casos de tráfico de drogas o estupefacientes tipificado en el artículo 344 y de contrabando de estas sustancias sancionado por la Ley especial, se resolvía por la jurisprudencia mayoritaria a favor de la existencia de un concurso de delitos de carácter ideal-medial, por considerar que la referida conducta infringía bienes jurídicos distintos que eran protegidos respectivamente por el tipo delictivo del Código Penal y por la Ley de Contrabando. Así el TS venía declarando en numerosas sentencias como la 15/1995 de 12 de diciembre de 1995: *«En el caso de que el traficante de estupefacientes es también importador clandestino o está en connivencia con éste, existe en su conducta un plus de antijuricidad, quebrantando por dos vías distintas el interés comunitario respecto de la protección de la salud pública, la estatal y la supraestatal, demandando mayor sanción para el traficante importador que para el simple traficante, debiendo en consecuencia sancionarse dos delitos: contra la salud pública y contrabando en concurso medial o ideal»*.

Con posterioridad al Código Penal de 1995, la doctrina jurisprudencial se modificó y a partir de la STS de 1 de diciembre de 1997, que recoge el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 24 de noviembre de 1997, se instaura una doctrina uniforme que considera que los supuestos de concurrencia de un delito de tráfico de drogas con un delito de contrabando de tales sustancias debe valorarse como un caso de concurso de normas que se resuelve conforme al

principio de consunción o absorción del artículo 8.3 a favor del delito de tráfico de drogas tipificado en el Código Penal.

Conforme a este nuevo criterio jurisprudencial se establecía: «*En los supuestos de introducción de la droga en España desde el exterior el artículo 368 alcanza toda la ilicitud del hecho, pues no existe un interés fiscal defraudado en la medida en la que aunque el autor hubiera querido satisfacer las tasas aduaneras, ello no hubiera sido posible. La hipotética lesión de los bienes jurídicos que trata de proteger la legislación de contrabando queda subsumida en la lesión de la salud pública que incuestionablemente se produce con la introducción de la droga en territorio nacional*» (entre otras SSTs 1 de diciembre de 1997 1088/1997 y de 17 de abril de 2000 670/2000).

Cabe por tanto plantearse si en el supuesto de hecho que es objeto de valoración por la Consulta a los efectos de su calificación jurídica, es posible apreciar un concurso de delitos de carácter medial o ideal o bien un concurso aparente de leyes entre el delito de receptación del artículo 298 y el de contrabando sancionado por el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 12/1995 en términos similares a los del concurso entre el delito contra la salud pública y el delito de contrabando.

La determinación sobre la existencia de un concurso de delitos o de leyes debe hacerse partiendo de si en el caso concreto se lesionan uno o varios bienes jurídicos que son objeto de protección por los tipos delictivos respecto de los que se plantea el concurso. El bien jurídico protegido por el tipo de receptación del artículo 298 del Código Penal es el patrimonio que resulta lesionado por la comisión del delito precedente, lesión que se mantiene como consecuencia de la conducta receptadora; en el caso del delito de contrabando sancionado en el artículo 2.3, el bien jurídico protegido para las conductas de importación o exportación de «cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito», no puede ser el interés estatal en la obtención de derechos fiscales aduaneros, puesto que la introducción o salida de territorio español de bienes cuya tenencia sea constitutiva de delito no podrá dar lugar al devengo de derechos aduaneros a favor del Estado. El fundamento de la punición como delito de contrabando que recae sobre objetos o mercancías cuya tenencia es constitutiva de delito con independencia de la cuantía debe buscarse en el interés del Estado en controlar la introducción o salida del territorio de bienes ilícitos.

El tipo delictivo de receptación del artículo 298 sanciona la conducta de aprovechamiento lucrativo, propio o a favor de tercero (los responsables del delito previo) de los efectos del delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico. Se trata de evitar el mantenimiento de la lesión del derecho patrimonial del legítimo titular, al impedir o

dificultar los actos de receptación la recuperación de su derecho patrimonial sobre el bien. En el supuesto de hecho en el que los actos de receptación implican el introducir o sacar del territorio español los bienes previamente sustraídos para ayudar a los responsables a beneficiarse de los mismos, cabe plantearse si el tipo de receptación del artículo 298 abarca el desvalor de la conducta que se sanciona por el delito de contrabando del artículo 2.3, en cuanto al interés del estado en controlar que entren o salgan de territorio español bienes cuya tenencia sea constitutiva de delito.

En este sentido, la SAP de Barcelona, sección sexta, de 25 de mayo de 1999, en un supuesto similar al que es objeto de la presente Consulta, en el que los imputados que constituían un grupo organizado dedicado a sustraer vehículos que luego sacaban con sus datos de identificación alterados por diferentes puntos de las fronteras españolas con destino, a través del puerto de Helsinki, a Rusia donde se procedía a venderlos admite que estaríamos ante un supuesto de concurso de leyes a resolver por el principio de consunción del artículo 8.3 y declara: *«La calificación jurídica de robo obsta para la apreciación del delito de contrabando por el que se acusa, pues la presentación de los vehículos retroquelados a las autoridades aduaneras hubiera hecho ineficaz toda la acción, al ser necesariamente evidente la retroquelación de los vehículos con número de bastidor y motor que pertenecían a coches distintos (...), lo que hubiera hecho saltar la evidencia de la ilicitud que tales numeraciones y matriculaciones encubrían. Ha de estimarse, así pues, que la no presentación de los vehículos que se sacaban del territorio nacional a las autoridades aduaneras encargadas del control de las exportaciones de mercancías queda absorbida por la calificación de robo que se da a la conducta, en el mismo sentido que la doctrina jurisprudencial viene entendiendo absorbida la inhumación ilegal en el delito de homicidio».*

El anterior pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Barcelona puede considerarse como admisión del criterio favorable a la existencia de un concurso aparente de leyes, en este caso entre el delito de robo y el de contrabando, que debe resolverse por el principio de consunción del artículo 8.3 Código Penal a favor del delito de robo. Cabe por tanto, considerar que la conducta del receptor que embarca en puerto marítimo español el vehículo sustraído previamente en otro país, para llevarlo a un país extracomunitario, sin presentar a despacho dicho vehículo a las autoridades aduaneras, no constituye un plus de antijuricidad que debe sancionarse por contrabando, sino que esa conducta queda absorbida en la incriminación por receptación del artículo 298 del Código Penal.

## V. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE USO DE DOCUMENTO FALSO

En relación con esta calificación jurídica de uso de documento falso del artículo 393 del Código Penal, no se plantea por la Fiscalía consultante ninguna cuestión controvertida pues se pone de manifiesto que respecto de este delito existe un mismo criterio de la Fiscalía y la respectiva Audiencia Provincial, siendo también coincidente el criterio de la Audiencia Provincial de Cádiz, con la que la Consulta confronta los tipos delictivos de receptación, blanqueo y contrabando en los que integra el supuesto de hecho que la motiva. Se parte de que el sujeto que es interceptado en el puerto marítimo tratando de embarcar el vehículo sustraído que porta placa de matrícula, número de bastidor alterados y un permiso de circulación que ha sido falsificado, es un mero transportista que no ha tenido intervención previa en las conductas falsarias; de otra forma la participación en la realización material de las falsificaciones sería imputable sólo a título de falsedad del artículo 392, pues el uso de los documentos falsos sería mero agotamiento y no sería además posible el enjuiciamiento de esa falsedad por los tribunales españoles al haberse cometido normalmente en el extranjero.

Por ello, debe considerarse correcta la calificación hasta ahora mantenida de uso de documento falso del artículo 393, en cuanto no esté acreditada la participación del responsable del transporte del vehículo en la alteración o sustitución de sus datos y documentos de identificación realizada en territorio nacional y siempre que concurren los elementos subjetivos de dicho tipo de uso relativos al conocimiento de la falsedad y ánimo de perjuicio de tercero.

## VI. CONCLUSIONES

1.<sup>a</sup> La conducta de auxilio a los responsables del delito previo de hurto o robo del vehículo, consistente en el transporte del vehículo embarcándolo en puerto marítimo español en líneas comerciales con destino a países extracomunitarios (normalmente de África), debe ser calificada de receptación del artículo 298.1 del Código Penal, si no concurren otros elementos que permitan estimar acreditado que el transporte se integra en una actividad desarrollada por criminalidad organizada de la que el transportista es parte y orientada primordialmente a traficar con los vehículos robados canalizándolos e integrándolos en el mercado de esos países no comunitarios.

2.<sup>a</sup> La anterior conducta de auxilio a los responsables de un delito previo contra el patrimonio para que se aprovechen de sus efectos, debe entenderse realizada en España y es competencia de los Tribunales españoles de conformidad con el artículo 23.1 LOPJ.

3.<sup>a</sup> Debe valorarse e investigarse la posible concurrencia en cada caso concreto de indicios que permitan acreditar que la actividad de transporte rebasa una conducta aislada de auxilio a los responsables de un delito previo contra el patrimonio, y reúne las circunstancias que la cualifican como modalidad de blanqueo, al constituir parte de una actividad de criminalidad organizada dirigida a canalizar e introducir en el mercado de países no comunitarios los vehículos previamente sustraídos para traficar con ellos en esos mercados.

4.<sup>a</sup> De acreditarse que el transporte se integra en la actividad más amplia de una organización criminal, que introduce y trafica en el mercado de terceros países con los coches sustraídos en países comunitarios, la calificación que merecerá la conducta del transporte del vehículo será la de blanqueo del artículo 301.1, directamente o de manera alternativa con la receptación, en función de que los indicios concurrentes permitan o no delimitar claramente ambas modalidades.

5.<sup>a</sup> No cabe calificar de contrabando la conducta del que intenta sacar el vehículo previamente sustraído de territorio comunitario a través de puerto marítimo español, ni de conformidad con el artículo 2.1.a) o g) de la Ley Orgánica 12/1995, de Contrabando, ni tampoco de conformidad con el artículo 2.3.a) de dicha norma. En el caso del artículo 2.1.a) o g), por falta de jurisdicción de los Tribunales españoles; en el supuesto del artículo 2.3 a) porque la referencia a *cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito*, que contiene este precepto debe entenderse hecha sólo a bienes que por su propia naturaleza o índole su tenencia sea constitutiva de delito, sin perjuicio, de que en cualquier caso, la conducta receptadora abarca la antijuricidad de no presentar a despacho el vehículo a las autoridades aduaneras, actuando el tipo de receptación del artículo 298.1 como *lex consumens* respecto del tipo de contrabando del artículo 2.3 Ley Orgánica 12/1995.

6.<sup>a</sup> En el supuesto de que el transportista del vehículo lleve los documentos de identificación del mismo alterados y no conste su intervención en la falsificación material de aquellos, procederá la calificación de uso de documentos falsos del artículo 393 del Código Penal, concurriendo los elementos subjetivos del conocimiento de su falsedad y ánimo de perjuicio de tercero.