



FISCALIA GENERAL  
DEL ESTADO

## Circulares

### DOCUMENTO ANALIZADO

**Circular n.º 3/2005, de 12 de julio, sobre diversas cuestiones relacionadas con los sorteos ilegales**

### NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

Arts. 2.1.d) de la Ley de Contrabando de 1995

Disposición adicional 18.ª de la Ley 46/1985

### MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

—El apartado 1 de la DA 18.ª de la Ley 46/1985 ha sido modificado por la Disposición Final 14.ª de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007

—El artículo 2 de la L.O. 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, ha sido modificado por la L.O. 6/2011, de 30 de junio.

### AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

### AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

### AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

### EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

- Disposición Final 14.ª de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre: Uno: a) *en los artículos 1.7 y 2.1. d) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, se entiende prohibida la circulación, comercio, tenencia o producción de billetes, boletos, sellos, cartones, resguardos, máquinas o cualquier otro elemento, incluso técnico o informático, que constituya soporte en la práctica de juegos de azar, sorteos,*

*loterías, apuestas y quinielas.*

**b) 1.** *Se encuentran prohibidas, salvo autorización del órgano administrativo competente, las rifas, tómbolas, combinaciones aleatorias y, en general, aquellos concursos en los que no siendo gratuita la participación se otorguen premios mediante cualquier fórmula aleatoria donde el azar sea un elemento de selección.*

- o **2.** *La realización de las actividades previstas en el apartado b) 1 anterior sin la autorización administrativa correspondiente, o en condiciones distintas de las autorizadas, estará sujeta al régimen sancionador establecido para las infracciones de contrabando en el Título II de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, cualquiera que fuere el importe global de los bienes, géneros, efectos, o el soporte de la actividad. Estas infracciones se tramitarán de conformidad con el procedimiento establecido en el Real Decreto 1649/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el título II de la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, correspondiendo, en todo caso, la potestad sancionadora al Director del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.*
- o **3.** *Se autoriza al Ministro de Economía y Hacienda para definir y regular las actividades a las que se refiere el punto primero de la letra b) de este apartado.»*

Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio:

Cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 150.000 euros, los que realicen alguno de los siguientes hechos:

- **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.

La ocultación o sustracción de cualquier clase de mercancías a la acción de la Administración aduanera dentro de los recintos o lugares habilitados equivaldrá a la no presentación.

- **b)** Realicen operaciones de comercio, tenencia o circulación de mercancías no comunitarias de lícito comercio sin cumplir los requisitos legalmente establecidos para acreditar su lícita importación.
- **c)** Destinen al consumo las mercancías en tránsito con incumplimiento de la normativa reguladora de este régimen aduanero, establecida en los artículos 62, 63, 103, 136, 140, 143, 144, 145, 146 y 147 del Reglamento (CE) n.º 450/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero Modernizado), y sus disposiciones de aplicación, así como en el Convenio TIR de 14 de noviembre de 1975.
- **d)** Importen o exporten, mercancías sujetas a medida de política comercial sin cumplir las disposiciones vigentes aplicables; o cuando la operación estuviera sujeta a una previa autorización administrativa y ésta fuese obtenida bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos, o bien de cualquier otro modo ilícito.
- **e)** Obtengan, o pretendan obtener, mediante alegación de causa falsa o de cualquier otro modo ilícito, el levante definido de conformidad con lo establecido en el artículo 123 del Reglamento (CE) n.º 450/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero Modernizado), y sus disposiciones de aplicación o la autorización para los actos a que se refieren los apartados anteriores.
- **f)** Conduzcan en buque de porte menor que el permitido por los reglamentos, salvo autorización para ello, mercancías no comunitarias en cualquier puerto o lugar de las costas no habilitado a efectos aduaneros, o en cualquier punto de las aguas interiores o del mar territorial español o zona contigua.

- **g)** Alijen o transborden de un buque clandestinamente cualquier clase de mercancías, géneros o efectos dentro de las aguas interiores o del mar territorial español o zona contigua, o en las circunstancias previstas por el artículo 111 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay, Jamaica, el 10 de diciembre de 1982.

**2.** Cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros, los que realicen alguno de los siguientes hechos:

- **a)** Exporten o expidan bienes que integren el Patrimonio Histórico Español sin la autorización de la Administración competente cuando ésta sea necesaria, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito.
- **b)** Realicen operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, circulación de:
  - 
  - Géneros estancados o prohibidos, incluyendo su producción o rehabilitación, sin cumplir los requisitos establecidos en las leyes.
  - 
  - Especímenes de fauna y flora silvestres y sus partes y productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, o en el Reglamento (CE) n.º 338/1997 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, sin cumplir los requisitos legalmente establecidos.
- **c)** Importen, exporten, introduzcan, expidan o realicen cualquier otra operación sujeta al control previsto en la normativa correspondiente referido a las mercancías sometidas al mismo por alguna de las disposiciones siguientes:
  - 
  - **1.º** La normativa reguladora del comercio exterior de material de defensa, de otro material o de productos y tecnologías de doble uso sin la autorización a la que hace referencia el capítulo II de la Ley 53/2007, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito.
  - 
  - **2.º** El Reglamento (CE) n.º 1236/2005 del Consejo, de 27 de junio de 2005, sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes con productos incluidos en el anexo III del citado Reglamento, sin la autorización a la que hace referencia el capítulo II de la Ley 53/2007, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito.
  - 
  - **3.º** La normativa reguladora del comercio exterior de precursores de drogas sin las autorizaciones a las que se refiere el Reglamento (CE) n.º 111/2005 del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, por el que se establecen normas para la vigilancia del comercio de precursores de drogas entre la Comunidad y terceros países, o habiéndolas obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito.
- **d)** Obtengan, o pretendan obtener, mediante alegación de causa falsa o de cualquier otro modo ilícito, el levante definido de conformidad con lo establecido en el artículo 123 del Reglamento (CE) n.º 450/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero Modernizado), y sus disposiciones de aplicación.

3. Cometen, asimismo, delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo, si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- **a)** Cuando el objeto del contrabando sean drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, armas, explosivos, agentes biológicos o toxinas, sustancias químicas tóxicas y sus precursores, o cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito, o cuando el contrabando se realice a través de una organización, con independencia del valor de los bienes, mercancías o géneros.
- **b)** Cuando se trate de labores de tabaco cuyo valor sea igual o superior a 15.000 euros.

4. También comete delito de contrabando quien, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones u omisiones previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo en las que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos aisladamente considerados no alcance los límites cuantitativos de 150.000, 50.000 ó 15.000 euros establecidos en los apartados anteriores de este artículo, pero cuyo valor acumulado sea igual o superior a dichos importes.

5. Las anteriores conductas serán igualmente punibles cuando se cometan por imprudencia grave.

6. Las personas jurídicas serán penalmente responsables en relación con los delitos tipificados en los apartados anteriores cuando en la acción u omisión en ellos descritas concurren las circunstancias previstas en el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal y en las condiciones en él establecidas.

7. Asimismo, cuando el delito se cometa en el seno, en colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones carentes de personalidad jurídica, le será de aplicación lo previsto en el artículo 129 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal.

En definitiva, para los géneros estancados o prohibidos, se eleva la cuantía del delito a los 50.000 euros.

Es importante el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2007: *El supuesto de delito de Contrabando incorporado por el apartado 1 de la Disposición Adicional 18.ª de la Ley 46/1985, de 27 de Diciembre, sobre Presupuestos Generales del Estado para el año 1986, que complementaba dicha infracción en la previsión que, de la misma, recogía la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, vigente al tiempo de publicación de la referida Ley 46/1985, no resultó derogado por la nueva ley de represión del Contrabando de 1995, a la que ha seguido complementando”.*

En la jurisprudencia menor, ha seguido el criterio de la Circular el AAP Barcelona (7.ª) 91/2007, de 5 de enero.

El AAP Cantabria (1.ª) 293/2005, de 25 de octubre, admite la personación como perjudicada de la ONCE.

El AAP Toledo (2.ª) 61/2006, de 5 de abril, no remite las actuaciones a la Audiencia Nacional por considerar, en contra de la Circular, que el contrabando no figura entre los delitos del art. 65 LOPJ.

Ficha elaborada por la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado.

---

## TEXTO DE LA CIRCULAR

**Circular nº 3/2005, de 12 de julio, sobre diversas cuestiones relacionadas con los sorteos ilegales**

## **I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

El delito de contrabando ha sido usualmente aplicado a las conductas consistentes en la confección y venta de boletos de azar o cupones que distribuidos al público a cambio de un precio, dan derecho al comprador a participar en una rifa con un premio en metálico y con la referencia normalmente al número premiado en la ONCE, sin contar con las pertinentes autorizaciones gubernativas ni correlativamente atender a las necesarias obligaciones fiscales.

La utilización del tipo de contrabando para perseguir penalmente estas conductas ha sido avalada por dos sentencias del Tribunal Supremo: las SSTs de 14 de febrero y de 8 de julio de 1992, no habiendo recaído desde dichas resoluciones nuevos pronunciamientos del Alto Tribunal.

Un gran número de resoluciones de Tribunales inferiores han optado también por la subsunción de estas conductas en el delito de contrabando. Así, *ad exemplum* pueden citarse las SSAP Pontevedra (Sección 3.<sup>a</sup>) núm. 16/1996, de 29 marzo; Barcelona (sección 6.<sup>a</sup>) de 23 de octubre de 1996; Oviedo 130/1999, de 25 de marzo; Huelva, (secc. 1.<sup>a</sup>), de 25 de enero de 2000; Cádiz (secc. 7.<sup>a</sup>, Algeciras) 179/2001, de 8 de noviembre o Madrid (secc. 2.<sup>a</sup>) 268/2002, de 27 de junio.

Sin embargo, se ha detectado que en la actualidad no existe unidad de criterio en la actuación del Ministerio Fiscal, habiéndose puesto de manifiesto interpretaciones jurídicas dispares en distintas Fiscalías.

Las discrepancias detectadas se refieren tanto a la consideración típica de las conductas en sí, como a la competencia, existiendo Fiscalías que entienden que en los casos de organizaciones que operan en distintas provincias, las causas deben ser instruidas por los Juzgados Centrales de Instrucción y enjuiciadas en la Audiencia Nacional.

La ciertamente compleja subsunción de estas conductas en el contrabando como tipo penal en blanco está en la raíz de las divergencias hermenéuticas. En cualquier caso, el principio de unidad de actuación que debe vertebrar al Ministerio Público exige el dictado de un instrumento que unifique las pautas a seguir, garantizando el principio de seguridad jurídica y un tratamiento igual (al menos desde la actuación del Fiscal) a las cuestiones nucleares que plantean estos sorteos o rifas ilegales.

## **II. ASPECTOS SUSTANTIVOS**

### **II.1. Tipicidad de las conductas analizadas**

El art. 2 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre de Represión del Contrabando dispone en su párrafo 1º que 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:

d) Realicen operaciones de importación, exportación, producción, comercio, tenencia, circulación o rehabilitación de géneros estancados o prohibidos, sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes.

El art. 2.3.a) de la LO 12/1995, establece que también se comete este delito «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»

Por su parte, la referida Ley Orgánica, en sus arts. 1.6 y 1.7 define, respectivamente, los géneros estancados y los prohibidos en los siguientes términos:

«Géneros o efectos estancados»: los artículos, productos o sustancias cuya producción, adquisición, distribución o cualquiera otra actividad concerniente a los mismos sea atribuida por ley al Estado, con carácter de monopolio así como las labores del tabaco y todos aquellos a los que por ley se otorgue dicha condición.

«Géneros prohibidos»: todos aquellos cuya importación, exportación, circulación, tenencia, comercio o producción esté prohibida expresamente por disposición con rango de ley o por reglamento de la Unión Europea. El carácter de prohibido se limitará para cada género a la realización de la actividad o actividades que de modo expreso se determine en la norma que establezca la prohibición y por el tiempo que la misma señale.

El tipo de contrabando es, pues, un tipo penal en blanco, que obliga a acudir a otras disposiciones para completar su contenido. Ello se ha hecho en relación con las conductas objeto de análisis por dos vías: considerando los billetes o boletos como género estancado o como género prohibido.

En todo caso ha de partirse como *príus* lógico de la base incontestable de que la legalidad de los sorteos de lotería está subordinada a la obtención de la correspondiente autorización administrativa. La STS Sala 3.<sup>a</sup>, sec. 6.<sup>a</sup>, de 6 de octubre de 1994, con cita de la STS de 28 de junio de 1994 declara que es claro que la venta de cupones -boletos- mediante un precio cierto y determinado, con los que se obtiene un premio en metálico si el número en ellos consignado coincide con los números premiados en el sorteo de la ONCE, constituye indiscutiblemente una de las modalidades de juego descritos en el art. 2 RD 1067/81, en cuyo art. 4 se exige para la venta de tales boletos o cupones la obtención propia de la correspondiente autorización administrativa,. En este mismo sentido, SSTS Sala 3.<sup>a</sup>, sec. 6.<sup>a</sup>, de 26 de octubre de 1994, STS Sala 3.<sup>a</sup>, sec. 6.<sup>a</sup>, de 20 de diciembre de 1994 y STS Sala 3.<sup>a</sup>, sec. 6.<sup>a</sup>, de 2 de noviembre de 1994.

Tanto la derogada Ley Orgánica 7/1982 como la vigente Ley Orgánica 12/1995, de 12 diciembre (art. 1.6), establecen una reserva de ley para atribuir a determinados géneros el carácter de estancados.

El art. 1 del Real Decreto-Ley 16/1977, de 25 febrero otorgó a la Administración del Estado la determinación de los supuestos en que los juegos de azar, rifas, tómbolas, apuestas y combinaciones aleatorias podían ser autorizados, la reglamentación general de los mismos y la competencia para autorización y organización de las actividades específicas destinadas a hacer posible la práctica de aquellos.

Que el sorteo o juego permanente similar a la lotería que representa el cupón de la ONCE está sometido a un régimen de concesión y autorización previa del Consejo de Ministros ha sido reafirmado por la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, a cuyo tenor la Organización Nacional de Ciegos Españoles precisará Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, de acuerdo con los Ministros de Economía y Hacienda y

del Interior, para la concesión de autorizaciones relativas al régimen de sorteos del cupón pro ciegos, así como de cualquier otra modalidad de juego de las definidas en el «Acuerdo general entre el Gobierno de la Nación y la ONCE» vigente en cada momento.

Las dudas sobre la tipificación de estas conductas como constitutivas de contrabando trataron de ser disipadas por la Disposición Adicional Decimoctava de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986 al declarar que a los efectos de lo previsto en los arts. 1, 1, 4, 3, 2 y 3, 3 de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de junio, se entiende prohibida la circulación, comercio, tenencia o producción de billetes, boletos, sellos, cartones, resguardos, máquinas o cualquier otro elemento, incluso técnico o informático, que constituya soporte en la práctica de juegos de azar, sorteos, loterías, rifas, tómbolas, quinielas, combinaciones aleatorias y, en general, todas aquellas actividades en las que se arriesguen cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables en forma de envites o traviesas sobre resultados.

Dos. Quedan excluidos de lo dispuesto en el apartado anterior los elementos a que se alude en el mismo cuando las actividades realizadas estén relacionadas con los siguientes juegos:

- a) Los de puro pasatiempo o recreo constitutivos de usos sociales de carácter tradicional o familiar, tanto en su forma como en su cuantía, siempre que no sean objeto de explotación lucrativa por los jugadores u otras personas.
- b) Aquellos cuya organización o celebración estuviera autorizada en cada caso por los Organismos competentes y que se desarrollen con estricta sujeción a la autorización concedida.
- c) Los organizados o gestionados por el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado.
- d) Los sorteos autorizados a la Organización Nacional de Ciegos Españoles.

Pese a la calificación que la DA 18.<sup>a</sup> realiza de estos efectos como género prohibido, cabría entender que su esencia se corresponde más con la de género estancado por referirse a una actividad cuya explotación económica se atribuye monopolísticamente al Estado, que puede realizar una explotación directa o indirecta, en este último caso sometiéndola a regímenes de concesión o autorización. En este sentido, toda actividad no autorizada sobre dichos géneros habría de reputarse en sí misma prohibida.

Como declara la SAP Pontevedra (Sección 3.<sup>a</sup>), núm. 16/1996, de 29 marzo, la finalidad de la DA 18.<sup>a</sup>, «es acentuar y dejar patente el monopolio legislativo que ejerce el Estado en materia de juegos, sobre todo por razones de índole fiscal; monopolio que aparece consignado en el Real Decreto-ley 16/1977, de 25 febrero».

Por lo demás la calificación como géneros estancados de estos boletos se ha mantenido en el orden penal tanto por las SSTS 14 de febrero y 8 de julio de 1992 como por la jurisprudencia menor reciente (SAP núm. 268/2002 Madrid (Sección 2.<sup>a</sup>), de 27 junio, Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 5 de Granada 192/2004 de 18 de junio, AAP Gijón (Sección 7.<sup>a</sup>), de 14 de noviembre de 2001; AAP Cantabria, (Sección 1.<sup>a</sup>), 44/2001, de 9 de mayo y SAP Cádiz de 8 de noviembre de 2002, entre otras) Las transferencias de competencias en este ámbito a las Comunidades Autónomas no alterarían la esencia de este planteamiento (vid. STS 1616/1992, de 8 de julio,

respecto de la Comunidad Autónoma de Andalucía y SAP Pontevedra, secc. 3.<sup>a</sup>, núm. 16/1996, de 29 marzo, en relación con la Comunidad Autónoma de Galicia)

En esta línea la STS de 14 de febrero de 1992 declara que entre los géneros estancados «se encuentran indudablemente toda clase de boletos de lotería no autorizados por el Estado que ostenta su monopolio».

En apoyo de la tipificación de contrabando en su modalidad de género estancado debe reseñarse que el TEDH declaró el 3 de mayo de 2001 inadmisibile una demanda presentada porque «el Tribunal ya ha constatado que en razón del mismo principio de generalidad de las leyes, el texto de éstas no puede presentar una precisión absoluta. Así numerosas leyes se sirven por la fuerza de las cosas de fórmulas más o menos vagas, con el fin de evitar una excesiva rigidez y de poder adaptarse a los cambios de situación» añadiendo que «para condenar al demandante por el delito de contrabando de mercancía en régimen de monopolio sin autorización, las jurisdicciones españolas se han basado en los arts. 1.1.3.2.1 y 3.1 de la LO 7/82 de 13 de junio, en el Decreto-Ley 16/77 de 25 de febrero y en el Decreto 1067/81 de 24 de abril. refiriéndose asimismo a toda una serie de sentencias dictadas por las Salas de lo Penal y de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en materia de contrabando de mercancías en régimen de monopolio. El Tribunal considera que las disposiciones legales aplicadas al demandante, leídas a la luz de la jurisprudencia interpretativa del Tribunal Supremo de la noción de contrabando de mercancías en régimen de monopolio, cumplían las exigencias de previsibilidad y accesibilidad que le permitían por consiguiente regular su conducta. En conclusión, es innegable que los hechos reprochados al demandante entraban en el ámbito de aplicación de la ley penal».

También diversas resoluciones de la jurisdicción contencioso administrativa se han decantado por considerar a esos cupones como género estancado: así pueden citarse las SSTSJ de Madrid (sección 9.<sup>a</sup>) 588/2000, de 13 de junio, que considera a estos juegos de suerte como monopolio fiscal. Esta sentencia fue confirmada por la STS Sala 3.<sup>a</sup>, (sec. 3.<sup>a</sup>), de 12 de mayo de 2004. En el mismo sentido cabe reseñar las SSTSJ de Madrid (sección 9.<sup>a</sup>) 1162/2002, de 24 de octubre o la SAN sala de lo contencioso (sección 6.<sup>a</sup>) de 4 de febrero de 2003.

El Tribunal Constitucional también ha validado desde la perspectiva constitucional la calificación de los boletos de lotería como efectos estancados: en este sentido, la STC nº 38/2003, de 27 de febrero declara que «en este contexto, en el que no es competencia de este Tribunal verificar cuál de las interpretaciones posibles de la norma es la más adecuada, hay que concluir en que la calificación realizada de los hechos (esto es, que los boletos de lotería no autorizados han de considerarse como «efectos estancados») no constituye una interpretación imprevisible o irrespetuosa, tanto del tenor literal de los preceptos como de las pautas axiológicas que conforman nuestro ordenamiento constitucional, los criterios mínimos de la lógica jurídica y los modelos de argumentación adoptados en el seno de la comunidad jurídico-penal».

Sin embargo, la vigencia de la Disposición Adicional Decimoctava de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986 también se prestó a dudas, que se concretaron en la presentación de tres cuestiones de inconstitucionalidad admitidas a trámite en los años 1996, 1997 y 1999.

El planteamiento de estas cuestiones de inconstitucionalidad fue utilizado como argumento para defender la atipicidad de estas conductas (vid. Auto de la Sala de lo Penal de la AN de fecha 20 de abril de 1999)

En cualquier caso, las dudas suscitadas han quedado despejadas tras la STC 34/2005, de 17 de febrero, que ha declarado la plena constitucionalidad y por tanto la vigencia de la DA 18.<sup>a</sup> a la hora de concretar el tipo penal de contrabando. En esta sentencia, el TC, tras recordar que a los tipos penales en blanco le son exigibles tres requisitos (reenvío normativo expreso, reenvío justificado en razón del bien jurídico protegido y que la Ley que reenvía sea de la suficiente concreción para que la conducta quede suficientemente precisada con el complemento de la norma a la que se remite) afirma su cumplimiento por la LO 7/82, de 13 de julio, por lo que no se vulnera el art. 81.1 CE.

El TC también considera que al ser la disposición cuestionada una norma protectora de los derechos económicos de la Hacienda Pública se justifica sobradamente su inclusión en el contenido eventual de la Ley de presupuestos

Estas afirmaciones del TC son trasladables a la vigente la Ley Orgánica 12/1995, de Contrabando, pues la misma presenta una evidente similitud con la LO 7/82 en la sistemática seguida para tipificar el contrabando de géneros prohibidos o estancados.

La doctrina contenida en la STC 34/2005 ha sido por lo demás reiterada en la STC núm. 82/2005 (Pleno), de 6 abril.

En base a las anteriores consideraciones los Sres. Fiscales calificarán estas conductas alternativamente conforme a las modalidades de efectos prohibidos y estancados, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.1.d) de la Ley de Contrabando en relación con la DA 18.<sup>a</sup> de la Ley 46/1985.

## **II.2. Principio de intervención mínima**

Suele invocarse en algunas resoluciones que optan por sobreseer libremente estas causas el principio de intervención mínima del Derecho Penal (vid. Auto de la Sala de lo Penal de la AN de fecha 20 de abril de 1999)

Este principio impone limitar la utilización del Derecho Penal para proteger los bienes jurídicos de mayor rango, contra los ataques de mayor gravedad y sólo cuando otras ramas del ordenamiento jurídico no puedan dar una tutela eficaz y suficiente.

De su enunciación aflora con nitidez la conclusión de que el principio está esencialmente dirigido al legislador, y solo residualmente, para resolver dudas interpretativas, puede ser utilizado por el aplicador del Derecho.

En efecto, aunque el Tribunal Supremo considera que en casos límite o problemáticos el derecho penal se rige, entre otros, por el principio de intervención mínima, que es un principio de política criminal informador del derecho penal (STS nº 830/2004, de 24 de junio) también ha declarado que «reducir la intervención del derecho penal, como última «ratio», al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal». (SSTS 7/2002, de 19 de enero y 96/2002, de 30 de enero)

No puede, pues, invocarse el principio de intervención mínima para afirmar la irrelevancia penal de una conducta tipificada por el legislador.

En todo caso deben hacerse algunas consideraciones al respecto. El tipo de contrabando aplicado a las loterías ilegales se orienta a bienes jurídicos dignos de protección: el interés económico del Estado, el interés en la recaudación de los ingresos de carácter tributario que de las autorizaciones del juego derivan (SSTC 120/98 y 34/2005), los intereses benéficos cubiertos por la ONCE y la tutela de los usuarios frente a potenciales fraudes tanto más probables cuanto menos arraigo y estructura tengan los organizadores.

Los ataques que estos bienes jurídicos sufren como consecuencia de las loterías ilegales son, sin duda graves, habiéndose llegado a cuantificar hasta un total de 34 asociaciones que explotan hasta 24 rifas ilegales, estimándose que entre todas mueven unos 100 millones de euros.

Por último, la necesidad de sanción penal se justifica por la insuficiencia de las sanciones administrativas para reaccionar frente a organizaciones semiclandestinas que pueden fácilmente eludir el pago de las multas administrativas.

Puede por tanto concluirse con que no solo de lege data estas conductas están tipificadas sino que además in abstracto está justificado el recurso a la vía penal para reaccionar contra estas conductas.

### **II.3. Asociaciones de discapacitados y solicitudes de autorización**

Con relativa frecuencia suele utilizarse como argumento de defensa el que los imputados pertenecen a Asociaciones legalmente constituidas y que se solicitó autorización para celebrar el sorteo.

No es suficiente para convalidar legalmente la actividad de organización del sorteo ni que las Asociaciones que lo llevan a cabo se hayan constituido legalmente, ni que tengan entre sus objetivos sociales la promoción de discapacitados, ni tan siquiera que hayan solicitado del Ministerio de Economía y Hacienda autorización para organizar el sorteo.

El hecho de no contar con la preceptiva autorización, unido a la superación de las cuantías típicas o a la concurrencia de las circunstancias enumeradas en el art. 2.3 de la Ley de Contrabando es en principio suficiente para integrar la conducta típica.

### **II.4. Consumación del delito**

El delito se consuma cuando la confección de los boletos ya está realizada, y en posesión del procesado en disposición de ser distribuida, no existiendo un resultado truncado por la intervención de los agentes de la autoridad en este momento previo a la venta (vid. STS de 14 de febrero de 1992, recurso 133/1990).

### **II.5. Tratamiento del error**

En relación con el delito de contrabando se trata de una cuestión que ha de ser analizada en cada caso singularizadamente sin que quepa dar pautas generales. No obstante, ha de partirse de la necesidad de ponderar

el grado en la escala de la organización que detenta la concreta persona imputada. Es evidente que a medida que ascendamos en la estructura jerárquica menos dudas podrán plantearse acerca del conocimiento de que los boletos eran efectos estancados o prohibidos o de que se operaba sin autorización.

Esta reflexión también debe llevarnos a sensu contrario a valorar la posibilidad de que principalmente en los grados básicos de la estructura -minusválidos utilizados para la venta ambulante de los cupones paralelos- concorra error.

El error encuentra potencialmente un campo abonado en tipos formales o de creación artificial (*mala quia prohibita*), como es el caso del delito de contrabando, no pudiendo desconocerse por lo demás que en la modalidad de contrabando analizada concurre un cuando menos singular supuesto de ley penal en blanco en la que uno de sus elementos normativos (el género estancado o prohibido) debe ser integrado por medio de una disposición contenida en una Ley de Presupuestos.

Parece en principio prudente descartar el error cuando el acusado había sido ya condenado con anterioridad por hechos similares (SAP Madrid secc. 2.ª 268/2002, de 27 de junio).

Debe en este punto reseñarse que el TEDH declaró el 3 de mayo de 2001 inadmisibile una demanda presentada por un ciudadano español que había sido condenado penalmente por la Audiencia Provincial de Madrid por estimar que con la ayuda de los asesores adecuados, el demandante que además había trabajado en una empresa que comercializaba los boletos de personas discapacitadas cuyas actividades habían sido declaradas ilegales, debía saber, en el momento de los hechos, que teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, corría un peligro real de ser perseguido por el delito de contrabando de mercancías en régimen de monopolio.

En todo caso habrán de evitar los Sres. Fiscales que el rigor de la Ley penal se emplee en exclusiva frente a vendedores discapacitados sin ninguna capacidad funcional en la organización. Cuando este tipo de conductas se detecten, no procederá concluir la investigación sin agotarla por todos los medios procesales para, en su caso, esclarecer la identidad de las personas que integran los peldaños superiores de la estructura organizativa.

### **III. ASPECTOS PROCESALES**

#### **III.1. Competencia para la instrucción y enjuiciamiento de las causas por sorteos ilegales**

Desde el punto de vista procesal es necesario abordar la competencia para el conocimiento de estas causas cuando se trate de supuestos en los que la actividad se despliega en el territorio de más de una Audiencia.

Conforme al art. 65.1c) LOPJ corresponde a la Audiencia Nacional el conocimiento de las causas que versen sobre defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia.

Con carácter previo debe tenerse en cuenta que las exigencias de que las defraudaciones tengan o puedan tener

una grave repercusión en la economía nacional, o que afecten a una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia, como se deduce de la conjunción utilizada en el Texto Legal son meramente disyuntivas: de ahí que sea suficiente la concurrencia de uno de tales presupuestos para que deba reconocerse la competencia de la Audiencia Nacional, y consiguientemente de los Juzgados Centrales de Instrucción (AATS de 22 de abril de 1999, de 5 de marzo de 1999 y de 12 de julio de 2004)

Por otro lado, el art. 65.1 c) se refiere a «defraudaciones y maquinaciones», que el nuevo Código Penal contempla en los capítulos VI y XI (sección 3) del Título XIII, no comprendiéndose ni los delitos de contrabando, ni los delitos contra la Hacienda Pública, que se recogen específicamente en el Título XIV y no en el marco del capítulo de las defraudaciones.

Podría en una interpretación estricta considerarse que la Audiencia Nacional no es, en principio, competente para conocer del delito de contrabando, pues el mismo no está contemplado en el art. 65 LOPJ (en este sentido, auto Juzgado Central de Instrucción n.º 2 de 13 de mayo de 1997).

Aunque algunas resoluciones del TS se han inclinado por considerar que la competencia de la Audiencia Nacional debe ser siempre interpretada de manera restrictiva, por la propia naturaleza de dicho órgano jurisdiccional (ATS de 20 de febrero de 1992, rec. 990/1991, y en el mismo sentido ATS de 4 de julio de 2003, rec. 30/2003) su configuración como órgano de la jurisdicción ordinaria (vid. STC 56/90 de 23 de marzo) no impide la interpretación amplia del término defraudaciones

En efecto, la praxis sancionada por la jurisprudencia se ha dirigido hacia una interpretación superadora de la puramente sistemática (vid. ATS de 14 de abril de 1993, en un supuesto de delito contra la Hacienda Pública y ATS de 19 de diciembre de 1997, en un supuesto de contrabando), abarcando dentro del término defraudaciones todos los tipos penales que materialmente supongan tal conducta aun cuando no se comprendan en el capítulo VI. El concepto «defraudaciones» puede, pues, interpretarse en función de la finalidad que persigue la norma orgánica que crea una jurisdicción especializada ante procesos singularmente complejos que afectan a intereses superiores merecedores de una protección más eficaz.

En este sentido, los AATS de 22 de abril de 1999, de 5 de marzo de 1999 y de 12 de julio de 2004 sientan la siguiente doctrina: «ante todo ha de decirse que el término «defraudaciones» empleado en la Ley Orgánica del Poder Judicial debe ser interpretado en un sentido material (conductas que causan daño patrimonial por medio del engaño, el fraude o el abuso del derecho, penalmente tipificadas) y no estrictamente formal, referido únicamente a las figuras delictivas incluidas por el legislador bajo dicha rúbrica. A este respecto, debe destacarse que en el Código Penal vigente no han sido recogidos, bajo la indicada rúbrica, los mismos tipos penales que lo estaban en el Código derogado, que era el vigente en el momento de la promulgación de dicha Ley Orgánica».

Admitiendo la posibilidad de que el contrabando esté en principio incluido entre las defraudaciones que pueden ser competencia de la Audiencia Nacional, debe avanzarse para tratar de clarificar cuando podrá producirse tal atribución competencial.

Sin descartar una posible atribución competencial a la Audiencia Nacional para el conocimiento de causas por contrabando, será necesario para defender tal tesis constatar que concorra alguna de las circunstancias que alternativamente exige el art. 65.1c): que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia.

No será suficiente que la rifa o sorteo se celebre en el territorio de más de una Audiencia. Debe también tenerse presente que el contrabando en sí en su modalidad de sorteos ilegales en principio no produce perjuicio patrimonial más que al Estado y a la ONCE, por lo que no se colmará en este supuesto el requisito que cumulativamente con el territorial se exige de que se produzca perjuicio patrimonial en una generalidad de personas.

Cabrá teóricamente entender que concurre el perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en los supuestos de impagos generalizados de premios, que podrían arrastrar además del contrabando, la aplicación del tipo de estafa.

Aún en este último supuesto ha de avanzarse en la exégesis del requisito de la generalidad de personas. El Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1999 declara que «la exigencia de generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia ha de ser interpretada finalísticamente, en función de la posibilidad de instrucción, valorando la trascendencia económica, así como si la necesidad de una jurisdicción única sobre todo el territorio servirá para evitar dilaciones indebidas». En este sentido el ATS de 4 de julio de 2003 declara que «esta Sala viene interpretando el concepto de generalidad de personas -utilizado también por el legislador en el art. 74 del C.P- como una muchedumbre, universalidad o en definitiva una gran cantidad de individuos».

Para valorar la trascendencia económica -inherente a la generalidad de personas- debe tenerse en cuenta que el perjuicio patrimonial causado por la estafa consiste en la disminución del patrimonio sufrida por causa de la disposición patrimonial realizada. Por lo tanto, «es decisivo establecer si la parte que le hubiera correspondido en el premio al suscriptor de una participación en el billete de lotería era o no parte del patrimonio en el momento de suscribir dicha participación. La respuesta es negativa. No se puede disminuir el patrimonio sino en aquello que ya es componente en él en el momento de realizar la disposición patrimonial. Es claro que la estafa protege los bienes que componen el patrimonio, pero no las simples ilusiones de incrementarlo». (STS n.º 1565/1994, de 5 de septiembre). La trascendencia económica habrá por tanto de evaluarse no en relación con el quantum de los premios impagados, sino, en su caso, si el impago de los premios ha sido generalizado, en relación con los billetes vendidos.

De todo lo anterior puede concluirse con que si solamente concurre el delito de contrabando, el hecho de que el mismo se haya cometido en el territorio de más de una Audiencia no otorga competencia a la Audiencia Nacional, sin perjuicio de que ésta pueda postularse si los hechos producen o pueden producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil o en la economía nacional.

Si aun concurriendo junto con el contrabando un posible delito de estafa con repercusiones en el territorio de

más de una Audiencia no se puede afirmar la generalidad y la trascendencia económica, será en principio objetivamente competente el Juzgado de Instrucción y territorialmente aquél que se determine conforme a las reglas contenidas en los arts. 15 a 18 LECrim.

### **III.2. Necesidad de hacer ofrecimiento de acciones a los perjudicados**

Los Sres. Fiscales habrán de promover en estos procedimientos, si no se ha realizado de oficio por el Juzgado de Instrucción, que se haga un efectivo ofrecimiento de acciones a los potenciales perjudicados, el Estado y, en su caso, la ONCE.

Ha de hacerse aquí un recordatorio de la obligación que el art. 3.10 EOMF impone a los Fiscales de velar por la protección procesal de las víctimas, sin perjuicio, claro es, de que el reconocimiento del derecho a ser indemnizado como perjudicado exigirá la previa acreditación del perjuicio causado, en función de las circunstancias que concurran en cada supuesto.

## **IV. CONCLUSIONES**

1.º Los Sres. Fiscales calificarán las conductas analizadas, cuando concurran los requisitos típicos, alternativamente conforme a las modalidades de efectos prohibidos y estancados, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.1.d) de la Ley de Contrabando en relación con la DA 18.ª de la Ley 46/1985.

2.º Cuando se abran diligencias para investigar este tipo de delitos, no procederá concluirlos sin agotarlos por todos los medios procesales para, en su caso, esclarecer la identidad de las personas que integran los peldaños superiores de la estructura organizativa.

3.º Sin descartar una posible atribución competencial a la Audiencia Nacional para el conocimiento de causas por contrabando, los Sres. Fiscales solo informarán favorablemente en tal sentido cuando concurra alguna de las circunstancias que alternativamente exige el art. 65.1c) LOPJ, sin que la mera celebración del sorteo en varias provincias sea suficiente para postular la competencia de la Audiencia Nacional.

4.º Los Sres. Fiscales habrán de promover en estos procedimientos, si no se ha realizado de oficio por el Juzgado de Instrucción, que se haga un efectivo ofrecimiento de acciones al Estado y, en su caso, a la ONCE.

