

C. DERECHO
PENAL

DELITO DE CONTRABANDO

Núm.
46/2004

Ángel MUÑOZ MARÍN
Fiscal

• **ENUNCIADO:**

Antonio, Raúl y Patricia deciden en el año 2000 constituir una asociación para la defensa del «colectivo...»; como medio para la obtención de fondos para la referida asociación, deciden los tres comenzar a comercializar una especie de lotería, para la cual carecerían de la oportuna licencia administrativa. A través de diversas denuncias efectuadas por diversas personas, se efectúa por la Policía, con el oportuno auto de entrada y registro el 5 de septiembre de 2001, y con presencia del Secretario del Juzgado, una diligencia de entrada y registro en la que se intervienen, entre otros efectos, 64.324 cupones, algunos de los cuales eran para sorteos venideros, mientras que otros eran para sorteos ya realizados. Cada cupón tiene un valor de venta al público de 1 euro.

Consta la denuncia de al menos doce personas que pagaron por los boletos cada uno de ellos tres euros. Uno de ellos ha sido premiado con 100 euros, y el titular no ha podido cobrar su premio, al no tener fondos la sociedad para el abono de los mismos.

La sociedad creada por Antonio, Raúl y Patricia se encuentra inscrita en el Registro de Asociaciones de la respectiva Comunidad Autónoma.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. ¿Qué delitos se han cometido?
2. ¿Quién es responsable de los mismos?

• **SOLUCIÓN:**

En primer lugar, hay que dirimir si el hecho de realizar rifas o loterías, sin la correspondiente autorización administrativa es una conducta que venga tipificada en el Código Penal (CP). Es evidente que podríamos encontrarnos ante un delito contra la Hacienda Pública, tipificado en el artículo 305 del CP, si bien, del relato de hechos que es al que debemos referirnos, no hace mención alguna a que quede constancia de que se haya procedido a defraudar a la Hacienda Pública.

Respecto a la posible conducta delictiva por la realización de la lotería o rifa, no se encuentra precepto alguno que haga referencia al mismo en el CP, si bien no hay que olvidar que el CP no es el único texto donde se tipifican conductas delictivas; por tanto, debemos acudir a lo establecido en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

El artículo primero de dicha Ley nos proporciona una serie de definiciones determinantes para la posterior consideración de las posibles conductas delictivas. Así, el número sexto de dicho artícu-

lo primero señala: «Géneros o efectos estancados: los artículos, productos o sustancias cuya producción, adquisición, distribución o cualquier 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».

Seguidamente, hay que acudir a lo establecido en el artículo segundo letra d) de la mencionada Ley Orgánica 12/1995, para encontrar las conductas que la Ley tipifica como delictivas, y así, señala dicho precepto: «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».

La primera cuestión que deberemos analizar es la circunstancia de si los boletos de lotería hay que considerarlos como géneros estancados y prohibidos, a los efectos de lo establecido en el artículo 2.º d) de la mencionada Ley Orgánica 12/1995. La respuesta ha de ser indudablemente afirmativa, al amparo de lo establecido en la disposición adicional decimoctava de la Ley 46/1985, de Presupuestos Generales del Estado (PGE), respecto a lo que se considera como género prohibido. De la misma manera, la Ley Orgánica de Contrabando en su artículo 1.º 6 efectúa una interpretación integradora de lo que deben considerarse géneros estancados y, así, considera como tales los productos o sustancias cuya producción, adquisición, o cualquier 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 tal condición. Por tanto, los boletos de lotería, y todo lo relacionado con los mismos, tienen el carácter de monopolio, a tenor como ya hemos adelantado de lo establecido en la disposición adicional decimoctava de la Ley 46/1985, de PGE.

Por tanto, de los preceptos legales que estamos analizando, y de su interpretación integradora, no cabe otra conclusión de que los hechos enunciados en el supuesto práctico se encuentran descritos como tipo delictivo en la Ley Orgánica 12/1995. Sin embargo, la cuestión parece enturbiarse cuando observamos que, para que dicha conducta sea delictiva, el montante económico de la conducta debe exceder de los 3.000.000 de pesetas, lo que nos lleva a plantearnos dos cosas; primera, si la cuantía de los boletos encontrados supera dicha cantidad, y en segundo lugar, si al haber sido intervenidos los mismos antes de su puesta en venta, el delito sería consumado o en grado de tentativa.

Respecto a la primera cuestión, debemos cuestionarnos si se pueden sumar, a los efectos de alcanzar la cuantía de los 3.000.000 de pesetas, los boletos de sorteos ya producidos con los de los venideros, ya que dependiendo de la respuesta que demos a la misma la conducta podría devenir impune. Entendemos que sobre la base de lo establecido en el artículo 10 de la vigente Ley de Contrabando, que establece las normas para determinar la cuantificación económica de la defraudación, hay que estar al precio de venta al público, siendo indiferente que se trate de cupones para sorteos ya realizados o no y, por tanto, se debe sumar la cuantía de todos los boletos, y de su precio de venta al público para determinar la cuantía. Entendemos que la interpretación contraria, esto es, que los boletos de sorteos ya finiquitados carecen de valor de venta al público carece de cualquier sustento legal y de lógica.

Respecto a la segunda de las cuestiones, esto es, el grado de perfección del delito, basta con leer la dicción del tipo legal, y las conductas que en él describe «producción, tenencia» para deducir que la mera tenencia de estos boletos para ponerlos en circulación es suficiente para la consumación del tipo. Se trata de un delito de consumación anticipada, como los del tráfico de drogas, en los que basta la mera tenencia para ponerlas en circulación, para que el delito quede consumado, no exigiéndose pues la realización efectiva de la venta.

Finalmente, y por lo que se refiere a la propia constitucionalidad de las normas objeto del presente supuesto, se ha cuestionado por parte de la doctrina si el hecho de atribuirse el Estado un mono-

polio sobre los sorteos de loterías y otras apuestas vulnera la Constitución. La respuesta en el momento actual ha de ser negativa, ya que el Tribunal Constitucional ha venido pronunciándose en diversas ocasiones sobre la existencia del monopolio del Estado respecto a la lotería, y en ninguna de sus relaciones ha hecho referencia alguna a su inconstitucionalidad.

La segunda gran cuestión planteada en el supuesto es abordar la cuestión relativa al impago de los premios de doce personas por parte de la sociedad, al carecer de fondos.

En una primera aproximación podemos pensar que el impago de los premios podría dar lugar a la comisión de un delito de estafa del artículo 248 del CP, ya que mediante un engaño se ha producido error en otro (las doce personas agraciadas) y las ha inducido a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno (el euro que cuesta cada cupón). El primer análisis que ha de realizarse ante la conducta descrita consiste en determinar si, desde el momento mismo en que se crea el sorteo, ya tienen decidido los responsables del mismo no abonar cantidad alguna por los premios y apropiarse del dinero de aquellas personas que compran los cupones. Y esto es así porque la jurisprudencia, a la hora de configurar una conducta como la señalada como estafa, nos dice que debe residir desde el primer momento en el ánimo del sujeto activo del delito la idea de engañar, esto es, de no pagar los premios. Caso distinto sería, si este abono no pudiera realizarse debido a la mala situación económica de la entidad, que impide su pago efectivo, en cuyo caso nos encontraríamos ante una deuda civil, ya que en ningún momento ha surgido en el deudor la intención de engañar al comprador del boleto. En el presente caso, y de la descripción de los hechos, no existen elementos para afirmar que la idea originaria de Antonio, Raúl y Patricia era el quedarse directamente con el dinero de los boletos, sino que parece ser que el impago se produce por dificultades económicas de la misma.

Aun en el caso de que se apreciara el dolo penal, y a efectos meramente dialécticos, las cantidades defraudadas en modo alguno excederían de 50.000 pesetas, por lo que nos encontraríamos ante una falta tipificada en el artículo 623 del CP, ya que parece difícil que se pueda entender que nos encontramos ante un delito masa. Sí es cierto que respecto a los sujetos pasivos se da el elemento de unos indeterminados y múltiples perjudicados, pero parece entenderse que su impago se debe a una mera situación coyuntural de la entidad y no a un plan preconcebido por los sujetos activos para defraudar. No olvidemos que el delito masa, que es una manifestación del delito continuado, exige un plan preconcebido, circunstancia esta que no concurre en el supuesto presente.

Por último, y respecto a la autoría del delito de contrabando anteriormente analizado, entendemos que son autores los tres creadores de la sociedad, ya que parece que los tres actuaron de consuno en la creación del sorteo, siendo como dice el enunciado el principal medio de obtener fondos para la sociedad; por ello, por aplicación de las normas del artículo 28 del CP, hay que considerar a los tres socios como autores del delito.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 28, 249 y 623.**
- **Ley Orgánica 12/1995 (Represión del Contrabando), arts. 1.º 6 y 2.º d).**
- **STS de 14 de febrero de 1992.**
- **SAP de Madrid de 27 de junio de 2002.**
- **Auto de la AP de Cantabria de 9 de mayo de 2001.**