

Consultas

CONSULTA 1/2001, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, DE 9 MAYO. RETORNO DE EXTRANJEROS QUE PRETENDEN ENTRAR ILEGALMENTE EN ESPAÑA: ALCANCE Y LÍMITES

I. PLANTEAMIENTO

Los hechos que han dado lugar a la Consulta pueden sintetizarse del modo siguiente:

En la madrugada del 20 de junio de 2000 la Guardia Civil de Mijas interceptó una furgoneta, matrícula de Murcia, en la que viajaban hacinados 37 ciudadanos marroquíes. Muchos de los ocupantes presentaban sus prendas de vestir mojadas por agua de mar, detectándose en el interior del vehículo arena de playa. Igualmente fueron hallados numerosos plásticos donde traían sus ropas secas, algunos de los cuales las cambiaron por las humedecidas tras la detención por la Guardia Civil.

A juicio de la fuerza actuante los ciudadanos marroquíes acababan de desembarcar en algún punto de la costa española entre Tarifa y Málaga y se dirigían a la región de Murcia para establecerse.

Entre las actuaciones practicadas en el atestado levantado al efecto consta la identificación y posterior negativa a prestar declaración de todos los ciudadanos extranjeros y la entrega del atestado y puesta a disposición del español conductor de la furgoneta, único que resultó detenido, a la autoridad judicial.

A los efectos de la Consulta es importante destacar que la fuerza pública solicitó autorización para proceder al retorno de tales ciudadanos a su país de origen, lo que se acordó por el Subdelegado de Gobierno al amparo del artículo 54.2.b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social. En consecuencia, no les fue incoado expediente de expulsión. El acuerdo de retorno fue inmediatamente ejecutado.

La Fiscalía consultante cuestiona y niega la procedencia de la figura del retorno en este caso, entendiéndolo, por el contrario, que ha de reputarse aplicable el procedimiento de expulsión al concurrir la causa señalada en el apartado d) del artículo 49 de la citada norma legal, resaltando la diferencias entre una y otra solución jurídica.

Conviene con carácter previo advertir de las dificultades interpretativas inherentes a la materia que se somete a consulta. Los perfiles que separan las medidas del retorno y de la expulsión son en muchas ocasiones difíciles de establecer y poco nítidos. Existe una zona intermedia que genera dudas acerca de la aplicabilidad de una u otra figura jurídica, en la cual la valoración de las concretas circunstancias fácticas concurrentes se erige en clave para la adopción de una u otra solución.

Es de señalar finalmente que, tras el planteamiento y formalización de la Consulta, la Ley Orgánica 4/2000 ha sido objeto de modificación operada mediante Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Ello no obsta, sin embargo, a la necesidad y justificación de un pronunciamiento de la Fiscalía General sobre la materia atendiendo a la normativa vigente al momento de producirse los hechos, que resulta de aplicación en la resolución de la Consulta. Todo ello sin perjuicio de referirnos en el último apartado a la regulación actual que, como veremos, no modifica el sentido de la Consulta.

II. BREVE REFERENCIA AL RÉGIMEN LEGAL DEL RECHAZO, DE LA DEVOLUCIÓN Y DE LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

Se hace preciso distinguir entre tres instituciones reguladas en la Ley Orgánica 4/2000: el rechazo en frontera, la devolución o retorno de extranjeros y, finalmente, la expulsión.

El *rechazo en frontera o denegación de entrada en territorio español* se recogía en los artículos 56 y 24.2 de la Ley. El artículo 24.2 señalaba:

«A los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que pueden interponer contra ella, plazo para ello y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada.» (En la redacción actual se ha añadido que la asistencia letrada podrá ser de oficio y que el alcance de la información se extenderá también al derecho a ser asistido de intérprete).

Esta figura jurídica presupone que la entrada que se pretende efectuar no es clandestina sino, al contrario, conocida de la autoridad española, que, en su caso, la deniega por no cumplirse todos los requisitos procedentes para su autorización. En definitiva, se trata de una institución ajena al problema contemplado en la Consulta.

El *retorno o devolución* de extranjeros se encontraba regulado en el artículo 54.2 de la Ley Orgánica 4/2000. Disponía aquel precepto:

«No será preciso expediente de expulsión para el retorno de los extranjeros en los siguientes supuestos:

- a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.
- b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país...».

El supuesto recogido en el apartado b) transcrito, que es el que nos interesa a efectos de la Consulta, se refiere a los que pretendan entrar ilegalmente en el país. Esta causa de devolución o retorno se regulaba en la anterior Ley de Extranjería –Ley Orgánica 7/1985, de 11 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España– en su artículo 36.2 que, conjugando el verbo en un tiempo pasado a diferen-

cia de la redacción actual, se refería a «*aquellos que hayan entrado ilegalmente en el país*».

En cuanto a la *expulsión*, su regulación se recogía en los artículos 53 y concordantes de la Ley Orgánica 4/2000. La causa que es preciso ahora destacar se contenía en el apartado *d*) del artículo 49, que establecía como infracción grave susceptible de motivar la sanción de expulsión:

«La entrada en territorio español careciendo de la documentación o de los requisitos exigibles, por lugares que no sean los pasos habilitados o contraviniendo las prohibiciones de entrada legalmente previstas.»

III. FUNDAMENTO DE LA APLICACIÓN DEL RETORNO O DE LA EXPULSIÓN

La expulsión y el retorno, aunque son reacciones frente a un mismo hecho –la entrada ilícita en territorio español– presentan varias diferencias.

La expulsión constituye una sanción administrativa que lleva aparejada la prohibición de entrada en España por un lapso temporal y que precisa de la tramitación de expediente administrativo de expulsión en el que se acredite la comisión del ilícito sancionable.

El retorno no es propiamente una sanción, sino una medida de restablecimiento inmediato del orden jurídico perturbado, que se acuerda, sin necesidad de incoar expediente de expulsión, por resolución administrativa de la autoridad gubernativa competente para la expulsión y que no lleva aparejada la referida prohibición de entrada.

Otra diferencia estriba en el distinto régimen de la medida cautelar de internamiento en la primitiva redacción de la Ley Orgánica 4/2000. La causa de expulsión del artículo 49.*d*) no permite –a diferencia de lo que sucede con otras como las contempladas en los apartados *a*), *b*) y *c*) del artículo 50 y en el apartado *g*) del artículo 49– el posible internamiento del extranjero sujeto a expediente de expulsión. Ello es así en virtud de lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley. Por el contrario, si lo que se acuerda no es la expulsión sino el retorno, sí será posible el internamiento a tenor del artículo 56, debiendo ser acordado judicialmente, cuando la ejecución de la medida de retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas. En el supuesto concreto que nos ocupa no se llegó a interesar la medida de internamiento.

La solución de la Consulta exige indagar acerca del fundamento o razón que justifica que la autoridad administrativa ante una entrada ilícita en territorio nacional reaccione mediante la elección de uno u otro instituto jurídico, acudiendo al más expeditivo camino del retorno o tramitando un expediente sancionador de expulsión.

III.1 La distinción entre retorno y expulsión en atención a la efectiva entrada en territorio español

El primer intento de aproximación a esta cuestión ha de venir necesariamente de la interpretación gramatical de la causa de retorno establecida en el artículo 54.2.*b*) de la Ley Orgánica 4/2000, que permite acordar el retorno de «los que pretendan entrar ilegalmente en el país».

El hecho, por un lado, de que la redacción del derogado artículo 36.2—que permitía el retorno de «aquellos que *hayan entrado* ilegalmente en el país»— haya sido modificada en la vigente Ley Orgánica 4/2000 en términos que limitan los casos de retorno a los que *pretendan entrar* en España, así como, de otra parte, la formulación de la causa de expulsión recogida en el apartado *d)* del artículo 49, antes transcrita, que incluye en la expulsión a los que hubieran entrado en territorio, son dos presupuestos que permiten inferir, desde una interpretación gramatical de tales preceptos, que la Ley Orgánica 4/2000 ha restringido los supuestos de retorno a aquellos extranjeros que no hayan conseguido entrar en territorio español, reservando a los que sí hubieran entrado el expediente de expulsión.

Según la interpretación gramatical pretender entrar es un estadio anterior al hecho de haber entrado en el país. En consecuencia, quien ya ha penetrado en el país no puede ser retornado.

El problema radica en determinar cuándo se produce la efectiva entrada en territorio español. Se abren aquí dos posibles interpretaciones: entender, en primer lugar, que ha entrado en España quien ha llegado a alcanzar el territorio nacional; considerar, en segundo lugar, que no basta por sí sola dicha circunstancia y que debe ser completada con la existencia de un mínimo de inmersión en el tejido social. Veamos ambas posibilidades.

III.1.A) Esta primera interpretación gramatical según la cual entra en España quien alcanza el territorio español nos lleva a consecuencias poco sólidas. La distinción entre *pretender entrar* y *haber entrado* en territorio español según se haya alcanzado o no el mismo, como base de la diferenciación entre retorno y expulsión, choca con un escollo insalvable: la noción de territorio empleada por la Ley Orgánica 4/2000 en orden a entender producida la entrada en España difiere de la noción política de territorio, y ello hace muy difícil e inseguro, si no imposible, fijar con claridad el momento de entrada.

No es posible acudir a la noción política de territorio para concluir que la entrada en el país se produce desde el momento en que se alcanza territorio sujeto a soberanía española. No puede sostenerse que ha entrado en el país y que por consiguiente no puede ser retornado y sí únicamente sujeto a expediente de expulsión, la persona que alcanza suelo, aguas o espacio aéreo español, con independencia incluso de que sea detenido inmediatamente de haberlo alcanzado.

Por ello, para solventar si procede el retorno o la expulsión no podemos atender al hecho de que los inmigrantes hubieran o no accedido a territorio español. Tanto accede quien no ha llegado a desembarcar y se encuentra en aguas españolas (art. 1 de la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial) —y si fuera sorprendido en dicho momento procedería su retorno—, como quien desembarca y es sorprendido en dicho acto, como quien es sorprendido sin solución de continuidad tras haberse alejado varios kilómetros del punto de desembarco.

Además, la adopción de la medida de retorno sólo se justifica respecto de quienes hubieren entrado en territorio español. Las autoridades españolas carecerían de potestad para retornar a quien no hubiere traspasado los límites que definen nuestra soberanía.

Por ello, la distinción entre pretender entrar y haber entrado no reside en el hecho de que se hubiera alcanzado territorio español.

III.1.B) La otra línea interpretativa se apuntó por la Fiscalía consultante en el planteamiento de la cuestión, atribuyendo el seguimiento de tal criterio —que reputa erróneo— a la autoridad administrativa que acordó el retorno. Se señala que se entiende producida la entrada en territorio español no solamente desde que se alcanza el mismo sino desde que, en una fase ulterior, se toma contacto, siquiera mínimo, con

el tejido social del país. En ese caso procedería la expulsión; de lo contrario, faltando esa mínima relación o ese mínimo establecimiento en España, lo procedente sería acordar el retorno en tanto que no ha culminado el *iter* de entrada.

La devolución o retorno se aplicaría a todo aquel que es sorprendido en condiciones que no dejan lugar a dudas acerca de su absoluta carencia de imbricación, aun mínima, en el entorno social, por cuanto que su detención se produce antes de cualquier viso de establecimiento en España, precisamente en el curso del *iter* desplegado para situarse en el país.

Según esto, en todos aquellos supuestos en que el extranjero detenido conste que se halla, sin solución alguna de continuidad, en el curso del viaje de acceso a territorio español será procedente aplicar la figura del retorno. La carencia en dicho momento de relación alguna, distinta a la generada por el viaje de acceso, del ciudadano extranjero con las circunstancias sociales del país harán, lógicamente, inviable el expediente de expulsión al carecer el sujeto de cualquier posible indicación o referencia donde poder ser citado o localizado.

Sin embargo, tampoco este criterio puede reputarse válido ni seguro. Al margen de la dificultad de integrar esa noción de contacto con el tejido social, así como de fijar un momento en el cual pudiera entenderse producido, cabe pensar en supuestos de efectiva entrada con permanencia prolongada en el país sin la existencia de dicho requisito. Así, por citar un ejemplo, el extranjero que tras su entrada vagare varios días por suelo español de un modo clandestino sin llegar a fijar paradero o residencia ni entablar contactos personales no puede decirse que no haya entrado en España. Además, en los casos frecuentes de negativa por el extranjero a suministrar datos acerca de su real situación en España sería improcedente asimilar la ausencia de datos a la falta de ese arraigo social mínimo.

Por último, ninguna de estas dos posibles interpretaciones que hemos analizado explicarían la causa de retorno recogida en el artículo 54.2.a), a tenor de la cual procede el retorno de quien ha contravenido la prohibición de entrada acordada en una previa orden de expulsión de la que fue objeto, puesto que dicho retorno es procedente pese a que el sujeto haya conseguido entrar efectivamente en territorio nacional y se halle incorporado a la dinámica social propia de la comunidad de destino.

III.2 La flagrancia de la infracción administrativa de entrada en España como clave de la distinción entre retorno y expulsión.

El retorno del artículo 54.2.b) y la expulsión del artículo 49.d) son dos institutos que procuran la consecución del mismo efecto: impedir la permanencia en España de quien ha accedido a suelo español indebidamente.

Ante la comisión por un ciudadano extranjero de un ilícito administrativo, cual es el acceso clandestino e indebido a España, el ordenamiento arbitra una doble reacción: retorno o expulsión. La razón de ser de una u otra, con distinto régimen, estriba en el hecho de la flagrancia en la comisión de dicho ilícito administrativo.

Dicha flagrancia explica que no se acuda a expulsar –sí a retornar– a quien ya ha sido expulsado previamente y contraviene la orden de prohibición de entrada en España. En estos casos, artículo 54.2.a), la constancia de la infracción es tan patente que el legislador ha optado por no abrir nuevamente expediente de expulsión. No es preciso expulsar a quien ya ha sido previamente expulsado. El retorno actúa al modo de contundente reacción frente a la patente infracción de la prohibición de entrada en España; es decir, como una medida de restablecimiento inmediato del orden jurídico flagrantemente vulnerado.

De otra parte, bajo la expresión legal «los que *pretendan entrar* ilegalmente en el país», que utiliza el artículo 54.2.b), lo que se recoge no es un momento cronológico o espacio-temporal (retorno para los que no han llegado a entrar en el país y expulsión para los que sí lo han logrado), sino que se acota la figura del retorno para aquellos que sean sorprendidos de un modo patente o *in fraganti* en su acción de entrada ilícita en España. Dicha flagrancia en la comisión de la infracción administrativa es lo que justifica la respuesta más contundente e inmediata del retorno frente a la de la expulsión.

La Ley Orgánica 4/2000 no atiende al hecho de que efectivamente se haya alcanzado el territorio sujeto a soberanía española para decidir la aplicación de una u otra reacción, sino que se fija en el hecho de que se esté cometiendo en el momento de ser sorprendidos la comisión de tal ilícito administrativo. Procede el retorno o la expulsión según que la infracción de entrada en territorio nacional sea o no flagrante. Si la infracción no ha culminado no procede incoar expediente para acreditar su existencia sino que el legislador ha querido una reacción más directa, la reacción será la de retornar al inmigrante, sin expediente de expulsión y sin que la adopción de la medida lleve aparejada prohibición temporal de entrada en España, impidiendo así que aquél culmine el *íter* de entrada en España. Si la comisión del ilícito administrativo no es flagrante deberá incoarse expediente de expulsión en el cual se habrá de acreditar la comisión de dicha infracción y, en su caso, acordar la expulsión y la prohibición de entrada.

IV. SOBRE EL CARÁCTER FLAGRANTE DE LA ACCIÓN SOMETIDA A CONSULTA

Llegados a este punto es preciso analizar si la conducta de los extranjeros respecto de los que se acordó el retorno puede calificarse de flagrante ilícito administrativo consistente en la entrada indebida en territorio español, lo que de ser así justificaba el retorno.

Resulta pues oportuno abordar, en primer lugar, las notas definitorias del concepto de flagrancia para acercarnos a la solución de la cuestión.

El concepto de flagrancia ha sido recogido en varios textos legales. El artículo 18.2 de la Constitución, sin desarrollarlo, se refiere al concepto de «flagrante delito» como uno de los supuestos que permiten la entrada en domicilio sin autorización judicial. El artículo 21 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, modeló el concepto de flagrancia en desarrollo del artículo 18 CE. A su vez, el derogado artículo 779 de la LECrim efectuaba una definición de delito flagrante, según la cual «Se considerará delito flagrante el que estuviere cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuere cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persigan. También se considerará delincuente *in fraganti* aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación en él».

Por otra parte, la STC 341/1993, de 18 de noviembre, con ocasión de los recursos de inconstitucionalidad formulados contra el artículo 21 de la Ley Orgánica 1/1992, antes citada, tuvo ocasión de definir este concepto. A juicio de la meritada sentencia

flagrancia es la «situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido –visto directamente o percibido de otro modo– en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito» (F. 8). Señala la citada sentencia que, al margen de las variadas formulaciones legales, doctrinales o jurisprudenciales que de la flagrancia se han dado en nuestro ordenamiento, es nota esencial y consustancial a la noción de flagrancia que la comisión de la infracción se perciba directa o sensorialmente en atención a las circunstancias fácticas en las que se muestra dicha infracción.

Ha de examinarse si tales notas definitorias de la flagrancia concurrían en el concreto supuesto de hecho sometido a consulta. En definitiva, se ha de analizar si la conducta de entrada en territorio español se percibió directa y sensorialmente por las fuerzas de seguridad actuantes de modo que al estimar flagrante dicha conducta determinaba la aplicación de la causa de retorno del artículo 54.2.b), al entender que los inmigrantes extranjeros no habían entrado sino que estaban pretendiendo entrar en territorio español.

Y en este sentido, el carácter flagrante de la entrada en territorio español puede afirmarse en el caso que nos ocupa dada la percepción por los agentes de la Guardia Civil de varias circunstancias. En primer lugar, el hecho de que los detenidos se encontraran, según relata la fuerza interviniente, con sus ropas mojadas por agua de mar y fuera encontrada arena de playa en el suelo de la furgoneta en la que viajaban se configura como una nota esencial del carácter flagrante de la infracción. Además, se señala que algunos de los detenidos portaban en bolsas de plástico ropas secas que aún no habían utilizado y que procedieron a cambiárselas por las mojadas tras la detención y a presencia policial. Tales circunstancias, percibidas por los agentes policiales directamente, permiten afirmar que se dio –utilizando la definición de flagrancia empleada por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes citada– la «situación fáctica en la que el delincuente (infractor administrativo, en nuestro caso) es sorprendido –visto directamente o percibido de otro modo– (...) en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito». Igualmente encajaría tal situación en la definición que de la flagrancia llevaba a cabo el derogado artículo 779. Primera de la LECrim, que en su párrafo 4 reputaba flagrante la conducta de quien fuere sorprendido inmediatamente después de cometida la infracción con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación en la misma.

El hecho de haber sido sorprendidos los inmigrantes con signos inequívocos de la inmediatamente anterior y sin solución de continuidad comisión de la infracción administrativa, consistente en la entrada ilegal en territorio español, justifica la consideración de tal conducta como incluida entre las que recoge el artículo 54.2.b) que permite el retorno de aquellos que han sido detenidos cuando pretendían la entrada en España.

Desde tal punto de vista la decisión de la autoridad administrativa autorizando la medida de retorno o devolución interesada por la fuerza actuante se considera acorde con la normativa entonces vigente y en especial con la causa de retorno del artículo 54.2.b) de la Ley Orgánica 4/2000.

V. POSIBLE COMPATIBILIDAD DE LA MEDIDA DE RETORNO CON LA DECLARACIÓN DE LOS INMIGRANTES

Finalmente la Fiscalía consultante, en apoyo de la medida de expulsión que estima procedente, señala que con la adopción de la medida de retorno se ha impedido que los inmigrantes pudieran haber prestado declaración en la instrucción de la causa penal seguida contra el conductor de la furgoneta por la presunta comisión de un delito contra los derechos de los trabajadores.

La elección de la medida de retorno o la de expulsión no es óbice para que pueda recibirse declaración a las personas sujetas a cualquiera de ellas. Se trata de una cuestión, no tanto conceptual, cuanto de carácter organizativo, que dependerá en última instancia de la existencia de una adecuada coordinación entre la autoridad policial y las instancias judiciales para hacer compatibles el aseguramiento de fuentes de investigación, e incluso de prueba, del ilícito penal con la adopción de los resortes jurídicos que establece la Ley 4/2000 para restablecer el orden perturbado.

En todo caso, es de señalar que en los antecedentes de hecho de la Consulta se dejó constancia de que todos los sujetos a la medida de retorno expresaron su negativa a prestar declaración ante la autoridad policial, extremo éste que despeja, además, cualquier duda acerca de la improcedencia, en tal caso, de la aplicación a los mismos de la exención de responsabilidades administrativas que se contempla en el artículo 55.1 de la Ley.

VI. INCIDENCIA DE LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 8/2000, DE 22 DE DICIEMBRE, EN LA MATERIA OBJETO DE LA CONSULTA

Como es sabido, la Ley Orgánica 4/2000 ha sido objeto de reforma por la citada Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, cuya entrada en vigor ha tenido lugar el 23 de enero de 2001.

Tal y como se indicó *supra* las citas de preceptos llevadas a cabo en los apartados anteriores de esta Consulta lo son al texto original de la Ley 4/2000, por ser la normativa aplicable en tanto vigente al tiempo de los hechos objeto de análisis.

Sin embargo, es necesario precisar aquí que la citada reforma no afecta a la solución que se ha dado a la Consulta ya que la medida del retorno aparece regulada en iguales términos en el vigente artículo 58.2, que permite la devolución de los extranjeros «que pretendan entrar ilegalmente en el país». Es de notar que el nuevo texto legal no ha vuelto a la primitiva redacción de la Ley Orgánica 7/1985 que se refería a la devolución de «aquellos que hayan entrado ilegalmente en el país».

En línea con lo anterior la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2000 indica que «...se ha introducido como infracción sancionable con expulsión la *permanencia* de forma ilegal en el territorio español, pretendiéndose, con ello, incrementar la capacidad de actuación del Estado en cuanto al control de la inmigración ilegal...».

De acuerdo con lo anterior, no es la entrada sino la permanencia en España lo que constituye infracción castigada con la expulsión y consiguiente prohibición de futura entrada.

VII. CONCLUSIONES

De cuanto antecede cabe extraer las siguientes conclusiones:

Primera.—La expulsión constituye una sanción administrativa, que lleva aparejada la prohibición de entrada en España por un lapso temporal, y que precisa de la tramitación de expediente administrativo en el que se acredite la comisión del ilícito sancionado.

Segunda.—La devolución o retorno no es propiamente una sanción, sino una medida para el restablecimiento inmediato del orden jurídico perturbado que se acuerda, sin necesidad de incoar expediente de expulsión, por resolución administra-

tiva de la autoridad competente y que no lleva aparejada la prohibición de futura entrada.

Tercera.—La adopción de la medida de devolución o retorno sin previo expediente se justifica en atención a la flagrancia de la infracción administrativa consistente en la entrada ilícita en territorio español.

Es decir, con la expresión legal «los que *pretendan entrar* ilegalmente en el país» que utiliza el artículo 54.2.b), se acota la figura del retorno y se aplica a aquellos que sean sorprendidos de un modo patente o *in fraganti* en su acción de entrada ilícita en España, lo que justifica la respuesta más contundente e inmediata del retorno frente a la de la expulsión.

Cuarta.—Desde tal criterio interpretativo la decisión de la autoridad administrativa autorizando la medida de retorno o devolución en el caso sometido a consulta se considera acorde con la normativa entonces vigente y en especial con la causa de retorno del artículo 54.2.b) de la Ley Orgánica 4/2000.

Quinta.—La elección de la medida de retorno no es óbice para que pueda recibirse declaración a las personas a quienes se aplique la misma.

CONSULTA 2/2001, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, DE 10 MAYO. COMPETENCIA OBJETIVA PARA EL CONOCIMIENTO DE LOS DELITOS CONTRA LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

I

La Fiscalía consultante pone en nuestro conocimiento el debate suscitado en Junta en torno a la competencia judicial para asumir la instrucción y el enjuiciamiento de hechos atentatorios del orden producidos en Parlamento autonómico radicado en el ámbito territorial de la Fiscalía por un grupo de personas ajenas a la institución.

Los sucesos que motivan la incoación de diligencias, recogidos en atestado y documentación que el Presidente de la Asamblea traslada al Ministerio Público, refieren la conducta de un grupo de ocho personas situadas entre el público de la tribuna de invitados que, en el transcurso de una sesión plenaria, y estando un miembro del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma en el uso de la palabra, se ponen en pie, despliegan una pancarta, y profieren diversos gritos.

Requeridos por el Presidente de la Cámara para que depongan su actitud y abandonen pacíficamente el recinto, el alboroto continúa, por lo que el acto parlamentario queda transitoriamente suspendido hasta que las fuerzas de seguridad del Estado logran conducir a los autores fuera del mismo.

La Junta de Fiscalía entiende que los hechos deben ser subsumidos a efectos de calificación jurídica en el artículo 497, CP, y se cuestiona la remisión de los antecedentes documentales al Juzgado Central de Instrucción que por turno corresponda, debatiendo la eventual inclusión de este tipo penal en la esfera de atribución competencial configurada en el artículo 65.1.ª LOPJ, que asigna a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional —en su caso, Juzgado Central de lo Penal— el enjuiciamiento de las causas por delitos contra «Altos Organismos de la Nación».

El parecer mayoritario en la Fiscalía consultante se pronuncia a favor de la remisión al Juzgado Central de Instrucción, argumentando que si en la fecha de publicación de la LOPJ la previsión competencial del artículo 65.1.^a LOPJ entraba en correspondencia con los tipos comprendidos en la Sección 2.^a del Capítulo 1.^o del Título II del Libro II CP 1973, a partir de la entrada en vigor del vigente CP queda enlazada, de acuerdo con la nueva sistemática legal, con la Sección 1.^a del Capítulo 3.^o del Título XXI del Libro II, titulada «De los delitos contra las Instituciones del Estado», en la que se encuentra ubicado el actual artículo 497.

II

Un atento examen de los antecedentes legislativos revela que el sistema utilizado para asignar a la Audiencia Nacional el conocimiento de los delitos cometidos contra los Altos Organismos de la Nación no siempre ha sido el mismo.

El cambio trascendental se produce con la publicación en el año 1985 de la vigente LOPJ, que opta por sustituir la técnica que se había utilizado para definir la competencia de la Audiencia Nacional en esta materia desde el Real Decreto-ley 19/1979, de 23 de noviembre, consistente en la remisión directa al Capítulo 1.^o del Título II del Libro II del CP 1973, por una técnica diversa, basada en referir la competencia al conocimiento de los «delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, Altos Organismos de la Nación y forma de gobierno», en una enumeración de delitos que no se correspondía exactamente con el contenido del correspondiente Capítulo del CP, exigiendo del intérprete un esfuerzo de integración hermenéutica no exento de inseguridad y de zonas de penumbra.

Entendemos por ello que el problema no lo crea realmente el cambio de sistemática en el CP, sino la propia redacción del artículo 65.1.^a LOPJ, que determina los tipos penales sobre los que extiende su competencia la Audiencia Nacional y los Juzgados de la misma, no por remisión al Capítulo y Sección del Código en el que se hallan comprendidos, sino por designación genérica de su *nomen iuris*, convirtiendo la ordenación sistemática de ambos Códigos Penales, el vigente y el anterior, en criterio indicativo, de indudable utilidad en la interpretación de la norma de atribución, pero en modo alguno determinante de la calificación de la competencia objetiva de la Audiencia Nacional.

Así se explica que, también bajo la vigencia del CP 1973, atendido el criterio de cualificada doctrina, ciertos tipos penales extraños al Capítulo 1.^o del Título II del Libro II se estimaban encuadrados en el ámbito competencial de la Audiencia Nacional, v. gr. el delito de atentado contra la Reina, artículo 234, sin que su ubicación sistemática representase un problema insalvable.

Desde entonces, el problema radica en dar un contenido concreto al concepto «Altos Organismos de la Nación» y en determinar el grupo de Instituciones que se encuadra en dicho ámbito. El caso de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas resulta un paradigma de las dificultades que se producen en la interpretación del criterio de atribución competencial establecido en el artículo 65.1.^a

Aunque no falta algún precedente jurisprudencial que acuña una novedosa –en la esfera penal– etiqueta de «Altos Organismos de la Comunidad Autónoma» y evita la declaración de competencia objetiva de la Audiencia Nacional, asumiendo el enjuiciamiento de este delito por la correspondiente Audiencia Provincial –*vid.* STS 2721/1993, de 3 de diciembre, en relación con un delito de acceso violento a la sede de la Asamblea Legislativa de Galicia, juzgado por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de La Coruña, cuya sentencia condenatoria se confirma en casación– la

duda interpretativa no puede darse por resuelta de un modo definitivo con este precedente aislado.

Hemos de concluir, en consecuencia, que con la entrada en vigor de la LOPJ la competencia de la Audiencia Nacional para el enjuiciamiento de los delitos contra los Altos Organismos de la Nación se desvincula de la ubicación sistemática de los mismos y se condiciona a la concurrencia de ciertos requisitos:

1.º El delito ha de tener por sujeto pasivo, obviamente, un Alto Organismo de la Nación, depositando la Ley en el intérprete la tarea de precisar en cada caso el contenido de este elemento normativo.

2.º No todo ataque a esta categoría de sujetos pasivos atrae la competencia de la Audiencia Nacional, que se contrae —así se viene haciendo en la práctica— a los delitos que contemplen dicho ataque como elemento específico del tipo penal.

La competencia de la Audiencia Nacional en relación con la protección de las Altas Instituciones presupone una evidente singularidad en la estructura típica de los delitos de que conoce, configurados como delitos «*sui generis*».

3.º El bien jurídico que se protege es el de la dignidad y el normal funcionamiento de las Instituciones, de modo que sólo las acciones criminales que lo pongan en cuestión tendrán cabida en el ámbito competencial de la Audiencia Nacional.

El artículo 497 CP cumple claramente los requisitos 2.º y 3.º, pues se trata de un delito que incorpora la perturbación del orden en las sesiones de una Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma a la descripción típica del injusto, y pretende proteger el regular funcionamiento de estas instituciones sin coacción ni constreñimiento que proceda de personas ajenas a la misma.

Por el contrario, en lo que se refiere a la inclusión de las Asambleas Legislativas en el concepto, más impreciso en su perfil, de «Altos Organismos de la Nación», la cuestión no resulta tan pacífica, como indica el precedente jurisprudencial más arriba citado.

No obstante, entendemos que a favor de una respuesta positiva militan argumentos de peso de orden constitucional, sustantivo y procesal, que nos salen al paso tras un estudio de la naturaleza de estas Instituciones y de los antecedentes legislativos.

Desde el punto de vista constitucional, la configuración del Estado definida en el Título VIII de la Carta Magna mediante un reparto territorial del poder del Estado que halla su articulación en los artículos 148 y 149 de la Constitución mediante un singular sistema de distribución de competencias entre el Poder Central y las Comunidades Autónomas, dota a las Instituciones propias de éstas de una esfera de competencias, en régimen de exclusividad o de concurrencia con las del Estado, que convierte a los Parlamentos autonómicos en órganos con un relieve institucional no muy lejano al de las propias Cortes Generales y con una potestad legislativa asimilada a las mismas.

Desde el punto de vista sustantivo penal, la incorporación del artículo 160.bis al Código Penal en virtud del artículo 3 de la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, estableció una equiparación general y completa en materia de protección penal de las Asambleas Legislativas autonómicas con las Cortes Generales, tanto en los tipos penales como en las penas aplicables, revelando la inequívoca voluntad legislativa de comprender a estas Asambleas en el círculo más intenso de protección penal previsto para las Instituciones del Estado. El vigente artículo 497 CP incorpora a un mismo tipo penal las perturbaciones del orden sufridas por las Cortes Generales y por las Asambleas Legislativas autonómicas, ratificando la voluntad histórica de no atenuar ni diferenciar en ningún aspecto el régimen de tutela penal que merecen las Instituciones autonómicas.

Finalmente, desde el punto de vista adjetivo, la Disposición Adicional de la citada Ley Orgánica 2/1981 atribuyó explícitamente a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional la competencia para instruir y juzgar las causas por delitos del artículo 160 bis CP 1973, precedente inmediato del actual artículo 497 CP.

En consecuencia, el Ministerio Fiscal, en orden a postular la competencia judicial más acorde con la voluntad legal, y en el ejercicio de su función de defensa de la integridad de la jurisdicción y competencia de los tribunales, deberá promover el conocimiento por la Audiencia Nacional –en su caso, Juzgados Centrales de lo Penal– de las causas que se hayan incoado por conductas atentatorias del orden en las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, pues en la perspectiva de los criterios de atribución definidos en el artículo 65.1.^a LOPJ estas Asambleas deben ser calificadas de Altos Organismos de la Nación

CONSULTA 3/2001, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, DE 10 MAYO. CALIFICACIÓN JURÍDICA PENAL DE LA UTILIZACIÓN, EN LAS CABINAS PÚBLICAS, DE INSTRUMENTOS ELECTRÓNICOS QUE IMITAN EL FUNCIONAMIENTO DE LAS LEGÍTIMAS TARJETAS PREPAGO

I

La reciente proliferación y extensión por todo el territorio nacional de tarjetas que incorporan circuitos electrónicos integrados, fabricados con la finalidad de suplantar el uso de las legítimas y auténticas tarjetas prepago que pone a disposición del consumidor la compañía Telefónica, unidas a las dificultades que plantea la correcta calificación en el plano jurídico-penal de la conducta consistente en su utilización en las cabinas públicas con el fin de realizar llamadas sin coste alguno para el usuario, extremos todos ellos que con acertado criterio expone la Fiscalía consultante, justifican la oportunidad de la presente Consulta.

Para abordar el tema con el debido rigor es preciso, en primer lugar, explicar con detalle cuáles son los métodos de elaboración y los mecanismos de actuación de estas tarjetas de fabricación clandestina. Se trata, por lo general, de un soporte de plástico (puede ser una tarjeta ya usada o cualquier otro soporte de similares dimensiones) al que se incorpora un peculiar circuito integrado que, según los informes periciales elaborados al respecto y que cita la Fiscalía consultante, consiste en «un circuito formado por dos series de tres contactos que se comunican, mediante unos filamentos, con un chip de 11 × 7 mm, aproximadamente», en el que «el dispositivo electrónico que incorpora ofrece un comportamiento idéntico al de las tarjetas auténticas. Mediante un programa grabado en el chip se proporcionan las órdenes oportunas al dispositivo del teléfono, validando los datos correspondientes como las claves y los códigos necesarios, así como la cantidad equivalente en pesetas disponible durante la llamada. Dicha cantidad suele ser la máxima utilizada en las tarjetas originales (2.100 ptas.), cantidad que el programa del chip regenera automáticamente una vez consumida, lo que permite una utilización prácticamente ilimitada de la misma en una o en múltiples llamadas». Estas tarjetas se fabrican en laboratorios clandestinos, que dis-

ponen de sofisticados medios informáticos, y son productos altamente cotizados en el mercado también clandestino que genera su alquiler y venta.

II

Una primera cuestión que plantea la Fiscalía consultante es la de si esta conducta podría ser incardinable en el tipo penal de falsificación de moneda (art. 386 Código Penal), habida cuenta de la equiparación que el artículo 387 CP hace de las tarjetas de crédito y de débito con la moneda *stricto sensu*. Dicho con otras palabras, hay que preguntarse si las tarjetas prepago de la compañía Telefónica son o no tarjetas de crédito o de débito. Y la respuesta ha de ser, coincidiendo con la opinión de la Fiscalía consultante, necesariamente negativa, ya que la emisión de la tarjeta (ya sea de crédito o de débito) se basa en ambos casos en la existencia de un contrato subyacente, muy distinto de aquel en virtud del cual se adquiere una tarjeta prepago. En el caso de la tarjeta de crédito, el emisor de la tarjeta concede un crédito a su titular que le permite disponer en sus pagos hasta un determinado límite sin necesidad de anticipar el dinero, lo que obviamente no sucede en la tarjeta prepago, que como su propio nombre indica se obtiene previo pago de la cantidad de dinero correspondiente. En el caso de la tarjeta de débito, el emisor de la tarjeta permite al titular realizar una serie de pagos con cargo a un depósito de dinero previamente constituido (por lo general una cuenta bancaria) y hasta el límite de dinero disponible en dicho depósito en cada momento, lo que tampoco sucede en la adquisición de la tarjeta de Telefónica, que se obtiene mediante el pago de una cantidad que el comprador entrega en concepto de precio (por la utilización de los servicios que la compañía presta para realizar llamadas, durante un determinado tiempo y hasta el límite máximo de la cantidad entregada) y no para constituir un depósito de dinero con cargo al cual pueda ir realizando las llamadas, lo cual le permitiría entre otras cosas poder retirar del depositario la cantidad de dinero no utilizada, algo evidentemente impensable cuando se adquiere una de estas tarjetas. Además y para disipar definitivamente cualquier género de duda, hay que tener presente que tanto la tarjeta de crédito como la de débito son siempre documentos nominativos, personalísimos e intransferibles, al contrario de la tarjeta prepago, que puede ser objeto de ulterior transmisión y en consecuencia utilizada por cualquier usuario, sea o no aquel a quien haya sido originalmente vendida.

III

Descartada su posible tipificación como un delito de falsificación de moneda, debe plantearse a continuación su posible incriminación como delito de falsedad documental, habida cuenta de los amplísimos términos en que actualmente aparece descrito el concepto de documento a efectos penales. El artículo 26 CP atribuye la condición de documento a todo tipo de soporte material (puede comprender por tanto una tarjeta de plástico o un circuito electrónico impreso) siempre que cumpla dos requisitos: el de expresar o incorporar datos, hechos o narraciones, y el de que éstos tengan eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.

Con arreglo a la anterior definición, no cabe duda de que la tarjeta prepago de Telefónica es un genuino documento a efectos penales. Incorpora en su soporte de plástico, al margen de contenidos accidentales como pueden ser algunas menciones publicitarias, datos tales como la cantidad máxima que puede ser gastada por el usuario realizando llamadas telefónicas, la fecha de emisión, la fecha de caducidad y un número identificativo de cada tarjeta. Por otra parte, en el chip incorporado se encuentra también almacenada al menos la siguiente información: el número de serie de la

tarjeta, la cantidad inicial y la residual o sobrante que queda después de cada llamada, y la fecha de caducidad, que impide el funcionamiento de la tarjeta una vez llegada la misma. Todos estos datos tienen eficacia o trascendencia jurídica en la medida en que responden a las condiciones del contrato en virtud del cual el comprador adquiere la tarjeta, y reflejan el grado de cumplimiento de la prestación pactada por el vendedor; asimismo, la posesión de la tarjeta hace prueba de su legítima adquisición (art. 464 CC), lo que permite a su titular reclamar contra la compañía en caso de funcionamiento defectuoso de la tarjeta, como expresamente se prevé en la misma incluyendo la mención de un teléfono de reclamaciones.

Es posible, por tanto, considerar como falsedades documentales aquellas conductas que cumplan las exigencias del tipo del artículo 390.1 CP y tengan como objeto material las tarjetas de teléfono, en particular las descritas en los números 1.º y 2.º (no es imaginable, por el contrario, la comisión sobre estas tarjetas de la conducta del núm. 3.º, que sería la única otra modalidad punible de falsedad cuando el autor fuese un particular). Y en todo caso será preciso, para poder incardinar cualquier conducta en alguno de los tipos de falsedad documental, que resulten atacados los bienes jurídicos que la tipificación de estos delitos protege, y que son la fe y la seguridad del tráfico negocial. Esto último resultará decisivo para determinar si es posible calificar o no la conducta estudiada como un delito de falsedad.

La tarjeta prepago puede ser alterada en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial (núm. 1 del art. 390.1), como por ejemplo variando las menciones de las fechas de emisión y de caducidad, y reprogramando el chip para permitir su uso más allá de la fecha prefijada; hay que tener en cuenta que, en este caso, además del perjuicio irrogado a la compañía Telefónica, sí se produciría mediante la alteración del documento una lesión de la fe y seguridad en el tráfico jurídico, ya que se pretendería, mediante la sustitución de las fechas auténticas por otras mendaces en un documento originalmente auténtico, disponer de un justificante documental aparentemente válido en el supuesto de que se suscitase alguna controversia sobre la validez de la tarjeta.

De manera similar, es imaginable también simular una tarjeta en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad (núm. 2 del art. 390.1). La simulación total del documento tendría lugar, por ejemplo, si se elaborase un soporte plástico de las mismas dimensiones y con los mismos datos impresos y en los mismos colores que una tarjeta original, y que externamente tuviese la misma apariencia que el documento original (con inclusión también del circuito impreso), lo que permitiría al falsificador, entre otras cosas y en caso de que la reproducción hubiese imitado fielmente la realidad, alegar un defecto de funcionamiento en el chip y con base en ello exigir la devolución del dinero supuestamente pagado para adquirir la tarjeta, haciendo creer al expedidor que realmente se trata de una tarjeta auténtica con un defecto de fabricación. También en este caso, junto al bien jurídico patrimonio, se podrían considerar atacadas la fe y la seguridad en el tráfico jurídico.

Ninguna de las conductas anteriores, sin embargo, son objeto de la presente consulta. Por otra parte, el escaso margen de beneficio que podría reportar para su autor la comisión de tales falsedades, puesta en relación con la dificultad y el coste material que conllevaría realizar tales falsificaciones, hacen muy improbable que dichas conductas puedan pasar de ser algo más que meros «supuestos de laboratorio», útiles no obstante al objeto que aquí se pretende.

Un supuesto de simulación parcial podría ser también el de la conducta que es objeto de la presente consulta, si sobre una tarjeta original gastada o caducada se introdujese un nuevo chip con otra información que permitiese seguir haciendo llamadas, pero siempre que el documento así transformado indujese a error sobre su

autenticidad, es decir, siempre que la alteración fuese difícilmente detectable por otra persona y el documento alterado se convirtiese de este modo para su titular en un justificante aparente de la existencia de un título válido y vigente para el aprovechamiento de la prestación fraudulentamente obtenida, de manera que también en este caso se lesionarían, al mismo tiempo que el patrimonio de un tercero (la compañía Telefónica), la fe y seguridad en el tráfico jurídico.

Sin embargo, la conducta que se viene detectando últimamente es distinta de la descrita en el párrafo anterior, ya que generalmente se trata de una burda falsificación, para la que se utiliza un soporte de plástico u otro material rígido sin ninguna pretensión de simular una tarjeta auténtica, y que por tanto es fácilmente detectable a simple vista por cualquier persona. Es difícil en estas circunstancias, aunque el perjuicio patrimonial resulta evidente, tratar de argumentar que se están lesionando la fe y la seguridad en el tráfico, bienes jurídicos protegidos mediante la tipificación de los delitos de falsedad.

Argumenta la Fiscalía consultante que, si bien considerando un único documento el soporte plástico y el chip contenido en el mismo, es evidente la inocuidad de la conducta falsaria analizada, dado que la alteración documental resulta patente a cualquier observador, no ha de ser necesariamente la misma la conclusión si se considera el chip electrónico (el circuito integrado de 11 x 7 mm, que se halla impreso sobre el soporte de plástico) un documento con sustantividad propia, que incorpora datos con trascendencia jurídica. Como ya se apuntó *supra*, efectivamente este chip incorpora, junto a unos datos meramente técnicos o de propio funcionamiento del sistema (clave de acceso a la terminal, mecanismo para ir descontando el dinero ya empleado en llamadas) otros datos con cierta relevancia económica (la cantidad inicial y residual que descontada de la inicial se puede emplear todavía en llamadas en cada momento, o la fecha de caducidad). Pues bien, aunque la falsificación material del chip afecta a ambos tipos de datos, no pretende en ningún caso engañar a otra persona mediante la producción de efectos probatorios u otro efecto jurídico que pueda estar asociado a la presentación del documento, ya que la manipulación del mismo es evidente y no pretende ser ocultada, sino tan sólo activar el mecanismo electrónico de la terminal de telecomunicaciones de manera que permita al usuario realizar llamadas sin gasto previo; se trata, por utilizar una expresión poco rigurosa pero muy gráfica, de un «engaño a la máquina», pero no de un engaño apto para comprometer la confianza de las personas en el reflejo y constancia documental de los negocios jurídicos, bien tutelado en los delitos de falsedad. Así consideradas las cosas, el reproche penal que merece esta conducta no debería ser diverso del de otros comportamientos que, aunque mucho menos sofisticados y en ocasiones ciertamente rudimentarios, han venido siendo utilizados desde antiguo en las cabinas públicas u otras terminales de teléfono para obtener idéntica finalidad.

IV

En línea con lo anterior, es aplicable en parte al presente supuesto la doctrina sentada en su día por la Consulta núm. 4/1993 esta Fiscalía General, que abordó el problema de la calificación jurídico-penal de las manipulaciones fraudulentas en las tarjetas multiviaje de los transportes públicos urbanos. Concretamente, pese a afirmar que dichas tarjetas eran verdaderos documentos mercantiles, negó la posibilidad de subsumir el hecho analizado (la colocación en el borde de la tarjeta multiviaje ya agotada de una tira adhesiva que permite su ulterior aprovechamiento, ya que al ser introducida en la máquina canceladora ésta la procesa como si se tratase de una tarjeta todavía válida) en el delito de falsedad de los artículos 302.9.º y 303 CP de 1973, que

castigaba la simulación de un documento de manera que indujese a error sobre su autenticidad (tipo penal idéntico al previsto en el vigente art. 309.3.º CP), porque se trata de una falsificación grosera, incapaz de inducir a engaño en una simple inspección del documento, y para que exista un delito de falsedad se requiere la concurrencia de un elemento específico de antijuridicidad consistente en un ataque a la confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos. No obstante lo anterior, concluía la citada Consulta que la alteración de las tarjetas multiviajes anteriormente descrita podía ser constitutiva de un delito de estafa, en la medida en que el sonido producido por la tarjeta alterada al ser introducida en la máquina canceladora, indiferenciable del sonido que producen las tarjetas legítimas, estimula en quienes realizan funciones de vigilancia la errónea representación de estar utilizando una tarjeta válida, por lo que confluyen los elementos del engaño y el error que exige el tipo de la estafa, a los que se añaden el acto de disposición patrimonial, consistente en la conducta omisiva del vigilante que tolera el acceso, y el consiguiente perjuicio, consistente en el disfrute de un servicio por parte de quien no lo ha pagado.

Sin embargo, en la utilización de un chip clandestino en una terminal telefónica, aunque tienen lugar el acto de disposición (prestación del servicio de llamada por parte de la compañía) y el perjuicio (no abono del precio del servicio) faltan tanto el engaño como el error, ya que no existe ninguna persona que de manera similar al vigilante del transporte pueda ser considerado sujeto pasivo de ambos.

V

Descartada la aplicación de los tipos de falsedad y del tipo básico de la estafa, la siguiente duda es la de la aplicabilidad del tipo especial de estafa informática, previsto en el artículo 248.2 CP, que castiga a los que «con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero». La conducta típica, a la vez que maneja el concepto de «manipulación informática o artificio semejante», que *prima facie* podría tener encaje en el supuesto analizado, introduce otros elementos del tipo cuya concurrencia resulta evidente, como el ánimo de lucro, el carácter inconstituido de la prestación y el perjuicio de tercero. Sin embargo, no se puede decir lo mismo de la concurrencia del concepto «transferencia de activo patrimonial», ya que en el supuesto analizado no se transfiere propiamente ningún bien del patrimonio de un sujeto al de otro, sino que simplemente se disfruta de un servicio de manera inmediata, de tal modo que una vez finalizada la operación y agotada la prestación del servicio no se puede decir que el patrimonio del sujeto activo se haya visto incrementado. En cualquier caso, además, aunque se considerase que la conducta estudiada sí es incardinable en el tipo del artículo 248.2 CP, la respuesta penológica sería idéntica a la que proporciona la interpretación que se va a ofrecer seguidamente.

VI

Otra posibilidad incriminadora de la conducta analizada es la ofrecida por el tipo del artículo 255.1.º o 3.º CP, que castiga al que cometiere defraudación utilizando telecomunicaciones, u otro elemento o energía ajenas, valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación o empleando cualesquiera otros medios clandestinos. En este caso, la inclusión de la conducta en el tipo queda fuera de toda duda. Como muy difícilmente esta modalidad de defraudación superará las cincuenta mil pesetas, habrá de ser calificada por lo general como una falta del artículo 623.4 CP, que prevé

idéntica pena para las faltas de estafa informática y de defraudación de telecomunicaciones. En cualquier caso, aun sosteniendo que es posible la configuración de la conducta como una estafa informática, el tipo del artículo 255 CP resultaría de aplicación preferente en virtud del principio de especialidad (regla 1.ª del art. 8 CP).

VII

Por último, cabe preguntarse qué calificación jurídico-penal merece la conducta de quienes fabrican y facilitan los chips manipulados a los usuarios finales. La respuesta no puede ser otra que la de considerarlos cooperadores necesarios en la infracción. Sin embargo, la conducta consistente en la mera fabricación de estas tarjetas para su posterior uso, pero sin constancia de su utilización efectiva, no superaría *prima facie* el estadio de los denominados actos preparatorios impunes. Esta calificación es coherente, por otra parte, con la sistemática penal de nuestro vigente Código Penal, que despenalizó determinadas conductas susceptibles de ser calificadas como *meros actos preparatorios de delitos contra la propiedad* (el supuesto paradigmático sería el anterior delito de tenencia o fabricación de ganzáas o útiles para el robo, del art. 509, CP 1973), todo ello sin perjuicio de lo que se argumenta en el apartado siguiente.

VIII

Efectivamente, al margen de lo anterior, hay que considerar también la posible afectación de otros bienes jurídicos, como son la propiedad intelectual o industrial, si bien en ambos casos su protección en el ámbito penal se condiciona al requisito de la existencia de denuncia por parte del perjudicado (art. 287.1 CP). A ello se llega inevitablemente si se tiene en cuenta que la fabricación clandestina de los instrumentos analizados comporta la reproducción de chips o circuitos integrados (productos semiconductores, en definitiva) cuyos diseños o «topografías» gozan *prima facie* de protección penal conforme al artículo 273.3 CP, y que los chips incorporan a su vez un programa informático, objeto de derechos de propiedad intelectual para sus creadores y sus legítimos cesionarios (arts. 95 y ss del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual) programa que es reproducido sin el consentimiento de los titulares de tales derechos por parte de quienes elaboran las tarjetas fraudulentas.

Por lo que respecta a la posible comisión de un delito contra la propiedad industrial, hay que comenzar considerando que el chip de las tarjetas prepago responde perfectamente a la definición de producto semiconductor que ofrece el artículo 1.1 de la Ley 11/1988, de 3 de mayo, de Protección Jurídica de las Topografías de Productos Semiconductores. Ya esta Ley previno en su exposición de motivos que «si concebir y diseñar un circuito integrado es costoso y difícil, el copiarlo es, por el contrario, relativamente fácil y su costo muy inferior al necesario para su desarrollo»; asimismo, reconocía que aunque «el coste del diseño resulta ser muy elevado, al requerir el diseño del circuito funcional, el de cada elemento individual del circuito, el de su disposición geométrica y el de las interconexiones, sin embargo, una vez realizado el diseño, el coste de fabricación no es elevado». Tampoco cabe duda de la concurrencia en la conducta de los fabricantes del elemento intencional, exigido por el tipo del artículo 273.1 y 3 CP, consistente en que la fabricación, posesión u ofrecimiento del producto se realice con fines comerciales, ya que existe constancia de la existencia de un importante «mercado negro» originado por la comercialización clandestina de estos productos, así como de los elevados beneficios que se obtienen con la venta o alquiler de los mismos. Quedaría, sin embargo, por acreditar la concurrencia de otro

elemento del tipo, como es el hecho de que la concreta topografía del chip esté amparada a favor de tercero mediante el correspondiente registro. A estos efectos, hay que tener en cuenta que el artículo 2.2 de la citada Ley 11/1988 establece que «la topografía de un producto semiconductor será objeto de protección en la medida en que sea el resultado del esfuerzo intelectual de su creador y no sea un producto corriente en la industria de semiconductores». No todos los chips que incorporan las tarjetas electrónicas o inteligentes son, por tanto, objeto del marco de protección de la norma, quedando al margen de la misma aquellas cuyo diseño o topografía responda a esquemas sumamente sencillos, considerados estándares en la industria de su fabricación. Teniendo presente la continua evolución y perfeccionamiento que puede acompañar al diseño de estas tarjetas, es aventurado responder en estos momentos con carácter general y previsión de futuro si la topografía de los chips que incorporan las tarjetas prepago responden o no a esas condiciones. Por otra parte, dado que la persecución de estos delitos está condicionada a la denuncia del perjudicado, siempre podría éste alegar y acreditar en su denuncia la existencia del registro de la topografía del semiconductor, en caso de que gozase de esa particular protección.

Menos problemática resulta la posible incriminación de la conducta analizada como un delito contra la propiedad intelectual, previsto en el artículo 270 CP. A la elaboración del chip por parte de los defraudadores, le sigue la conducta consistente tal como aparece descrita en el informe pericial citado al inicio de esta consulta en grabar en dicho chip un programa informático, que proporciona las órdenes oportunas al dispositivo del teléfono, validando los datos correspondientes como las claves y los códigos necesarios, así como la cantidad equivalente en pesetas disponible durante la llamada; encaja perfectamente, por tanto, en la definición de programa de ordenador que ofrece el artículo 96 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: «toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuese su forma de expresión o fijación». El informe pericial citado explica también que el denominado proceso de «clonación de tarjetas», que no es otra cosa que la reproducción en serie de chips con el programa incorporado, obtenido a partir del programa contenido en una tarjeta legítima, se realiza por los defraudadores utilizando sofisticados medios informáticos denominados «Eprom-Burner». Aunque se alteren algunas secuencias del proceso lógico en que consiste el programa informático, como la que permite la regeneración automática del dinero gastado, o la que modifica el número de serie de la tarjeta original (en otro caso, las llamadas efectuadas con tarjetas clonadas a partir de una tarjeta auténtica pueden ser fácilmente identificables, sobre todo si es muy amplio el número y el reparto geográfico de las tarjetas clonadas, debido a que todas ellas quedan registradas como realizadas en la hora y desde la cabina en que han sido usadas pero con un mismo número de identificación, correspondiente a una única tarjeta), las líneas básicas de actuación del programa y, más concretamente, las instrucciones lógicas del mismo que permiten el normal funcionamiento de la terminal telefónica –en definitiva, la esencia del programa– no responden a un trabajo o esfuerzo de creación intelectual llevado a cabo por los defraudadores, que se limitan a reproducirlo o plagiarlo mediante medios técnicos avanzados a partir del programa contenido en una tarjeta auténtica. No es preciso para colmar el tipo del artículo 270 CP, por otra parte, un dolo específico encaminado a suplantar o apropiarse la autoría de la creación intelectual que constituye el programa informático copiado, que evidentemente no puede concurrir en una actividad clandestina como es la analizada y como lo es en general todo género de «piratería» informática. Sí se exige, en cambio, que exista ánimo de lucro y perjuicio de tercero, requisitos ambos que si ningún

género de dudas concurren en el supuesto estudiado. Resultarán punibles por tanto, tanto la fabricación, elaboración o distribución de las «tarjetas clonadas» (párrafo primero del art. 270 CP), como su almacenamiento (párrafo segundo del citado artículo), que habrá de ser interpretado como sinónimo de una posesión o tenencia de las mismas en un número y condiciones tales que permita presumir un ánimo de ulterior distribución con expectativa de lucro.

CONCLUSIONES

1.º La conducta consistente en la utilización, en las cabinas públicas de teléfonos, de instrumentos electrónicos que imitan el funcionamiento de las legítimas tarjetas prepago ha de ser calificada como una infracción de defraudación de telecomunicaciones, es, prevista y penada en los artículos 255.1.º y 3.º ó 623.4 CP, en función de la cuantía defraudada.

2.º La conducta de quienes fabrican los citados instrumentos, o de cualquier manera se los proporcionan o facilitan a los usuarios finales, es un supuesto de cooperación necesaria en la infracción anteriormente mencionada.

3.º Las conductas consistentes en la fabricación o tenencia de tales instrumentos, con fines de comercialización y el correspondiente ánimo de lucro, aun sin constancia de que hayan llegado a ser utilizados, pueden ser asimismo constitutivas del delito contra la propiedad industrial previsto y penado en el artículo 273.3 CP, siempre que la topografía del circuito integrado reproducido esté debidamente protegida mediante su registro, y del delito contra la propiedad intelectual contemplado en el artículo 270 CP, si bien en ambos casos se exige como requisito de procedibilidad penal la denuncia del perjudicado (art. 287.1 CP).