

RESUMEN

Se desestima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra auto por el que se acordaba el sobreseimiento libre de los acusados por el delito de contrabando y el sobreseimiento provisional por el resto de los delitos. Señala el TS que aun teniendo en cuenta que funcionarios distintos a la sra. secretaria pudieran hacer constar por escrito, o comunicar verbal y temporáneamente, la presentación del documento, no aparece la identificación nominal de la funcionaria no secretaria ni claramente su categoría, lo que impide que a la diligencia pueda serle atribuida una función de la fe pública judicial indirecta, al faltar un eslabón imprescindible en el curso de la constancia.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
 art.452 art.453 art.454 art.455 art.456 art.457 art.458 art.476 art.477
 RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal
 art.206 art.637 art.641 art.856

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ACCIÓN PENAL

EJERCICIO POR EL MINISTERIO FISCAL

COMPETENCIA JUDICIAL

CUESTIONES GENERALES

CONTRABANDO

CUESTIONES GENERALES

Conceptuación general

Territorio aduanero

DELITO

EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Prescripción

Otras cuestiones

PROCESO PENAL

SOBRESEIMIENTO

Libre

Provisional

RECURSOS

Casación

Preparación e interposición

Requisitos y formalidades

Plazo

FICHA TÉCNICAFavorable a: *Inculpado*; Desfavorable a: *Ministerio Fiscal*Procedimiento: *Recurso de casación***Legislación**

Aplica art.452, art.453, art.454, art.455, art.456, art.457, art.458, art.476, art.477 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Aplica art.206, art.637, art.641, art.856 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Cita art.849.1, art.884.4, art.901 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Bibliografía

Citada en "La ausencia en juicio del Secretario judicial y la documentación del acta. Foro Abierto"

En la Villa de Madrid, a veintidós de enero de dos mil ocho.

En el Recurso de Casación que ante Nos pende interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL por infracción de ley contra el auto núm. 671 de fecha 29/12/2006, dictado por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Primera, en la causa Rollo de Apelación núm. 63/2004, dimanante del

Procedimiento Abreviado núm. 192/2003 del Juzgado de Instrucción núm. 11 de Málaga, seguido por delitos de contrabando, estafa, etc., contra Felipe y otros, por el que se acordaba el sobreseimiento libre de los acusados por el delito de contrabando y el sobreseimiento provisional por el resto de los motivos, esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, compuesta como se hace constar, bajo la Presidencia del primero de los indicados y ponencia del Excmo. Sr. D. Siro-Francisco García Pérez, se ha constituido para la deliberación, votación y Fallo; han sido también partes los recurridos Felipe, Salvador, Juan Antonio, David, Óscar, Luis Alberto y Sindicatura Quiebra, representados respectivamente por los Sres. Procuradores D^a Beatriz González Rivero, D. Evencio Conde de Gregorio, D^a Margarita López Jiménez, D^a Raquel Hidalgo Monsalve, D. Guillermo García San Miguel y Hoover y D. Pablo-José Trujillo Castellano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 11 de Málaga siguió el Procedimiento Abreviado núm. 192/2003 contra Felipe y otros, por delitos de contrabando, estafa, etc., y lo elevó a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Primera, que, en el Rollo de Apelación núm. 192/2003, dictó el auto núm. 671 de fecha 29/12/2006, que contiene los siguientes antecedentes de hecho:

"Antecedentes de hecho.

Primero.- Recurrido por las partes el auto de incoación de procedimiento abreviado de 21 de noviembre de 2003, y tras formular alegaciones por escrito, se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial, Sección Primera, para resolver el correspondiente recurso. Esta Sección Primera, a la vista de la complejidad del asunto y entendiéndose que podría concurrir material suficiente para plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, se señaló vista que se celebró el 6 de mayo de 2004 con asistencia de las partes, cuya duración fue de tres horas.

Las partes informaron en base al recurso de apelación interpuesto, y a requerimiento del Tribunal, expresado en la providencia de señalamiento, alegaron lo que estimaron oportuno sobre el planteamiento de cuestión prejudicial al TJCE, incidiendo especialmente en que se preguntase sobre la interpretación de lo que debe considerarse cosa juzgada penal.

Este Tribunal en la providencia de señalamiento de 29 de marzo de 2004 interesó igualmente que las partes le informaran sobre la posibilidad de plantear cuestión prejudicial al TJCE sobre la interpretación del concepto de mercancía en libre práctica.

En el procedimiento español también se investigan delitos contra la hacienda pública, insolvencia punible y falsificación de documentos mercantiles, relacionados con el de contrabando.

Segundo.- La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga acordó: Que debía plantear cuestión prejudicial en interpretación de normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en el siguiente sentido: -Con respecto a la cosa juzgada penal, este Tribunal de Málaga precisa de la interpretación del art. 54 del Convenio de Schengen sobre:

1. La apreciación de la prescripción de un delito por los Tribunales de un Estado comunitario, ¿Es vinculante para los Tribunales del resto de los Estados comunitarios?.

2. La absolución de un acusado por un delito, por prescripción, ¿tiene efectos reflejos beneficiosos para los acusados en otro Estado comunitario, cuando los hechos son idénticos?, o, lo que es lo mismo, ¿podría entenderse que la prescripción también favorece a los acusados en otro Estado comunitario en base a hechos idénticos?.

3. Si los Tribunales penales de un Estado comunitario declaran que no consta la extracomunitariedad de una mercancía a los efectos de un delito de contrabando, y absuelven, ¿pueden los Tribunales de otro estado comunitario ampliar la investigación para demostrar que la introducción de la mercancía sin pagar Arancel Aduanero, lo ha sido desde un Estado no comunitario.-Con respecto al concepto de mercancía en libre práctica, este Tribunal de Málaga precisa de la interpretación del art. 24 del Tratado de la Comunidad Europea sobre:

"Declarado por un Tribunal penal comunitario que no consta que la mercancía haya sido introducida ilícitamente en territorio comunitario o que ha prescrito el delito de contrabando".

a) ¿Dicha mercancía puede considerarse en libre práctica en el resto del territorio comunitario?.

b) ¿Puede considerarse la comercialización en un tercer Estado comunitario posterior a la importación en otro Estado comunitario, como una conducta autónoma y por lo tanto punible, o, por el contrario, una conducta consustancial a la importación?.

Tercero.- El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declaró:

1) El principio "non bis in idem", consagrado en el art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión

gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado el 19 de junio de 1990 en Schengen, resulta aplicable a la resolución de un Tribunal de un Estado Contratante, dictada tras haberse ejercitado la correspondiente acción penal, en virtud de la cual se absuelve definitivamente a un inculpado por haber prescrito el delito que dio lugar a la incoación de diligencias penales.

2) El mencionado principio no se aplica a personas distintas de las que ha sido juzgadas en sentencia firmada por un Estado Contratante.

3) Un tribunal penal de un Estado Contratante no puede considerar en libre práctica en su territorio una mercancía por el mero hecho de que un tribunal penal de otro Estado Contratante haya declarado, en relación con esa misma mercancía, que el delito de contrabando ha prescrito.

4) La comercialización de una mercancía en otro Estado miembro, con posterioridad a su importación en el Estado miembro que ha pronunciado la absolución, constituye un comportamiento que puede formar parte de los mismos hechos a efectos del citado artículo 54.

Cuarto.- Tras la emisión de la sentencia por el TJCE, se convocó a las partes por providencia de 10 de octubre de 2006, para que ampliaran su informe previo en relación con los efectos que pudiese producir la Sentencia del TJCE en el presente procedimiento, la cual se llevó a efectos el 6 de noviembre de 2006, con alegaciones orales de las partes."

SEGUNDO.- Y que contiene el siguiente acuerdo:

"Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación. La Sala Acuerda: Que interpuestos recursos de apelación por los Sres. Salvador y otros, contra Auto de 21 de noviembre de 2003 del Juzgado de Instrucción núm. 11 de Málaga, Debemos revocar y revocamos la resolución recurrida, acordando el sobreseimiento libre de todos los imputados por delito de contrabando (art. 637 LECr.) y el sobreseimiento provisional (art. 641 LECr.) por el resto de los delitos.

Notifíquese la presente resolución a las partes. Remítase testimonio, al Juzgado de Instrucción núm. 11 de Málaga y a la Sección Octava de esta Audiencia Provincial.

Remítase testimonio de la presente resolución al TJCE, con expresión de la correspondiente referencia, una vez firme."

TERCERO.- Notificada en legal forma la Sentencia a las partes personadas, se preparó por el Ministerio Fiscal Recurso de Casación por infracción de ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución; formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso; por providencia de fecha 26/4/2007 se tuvieron por personados a los recurridos Felipe, Salvador, Juan Antonio, David y Luis Alberto; y por providencia de fecha 9/5/2007 a Óscar.

CUARTO.- El Recurso de Casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal se basa en los siguientes motivos:

Primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECr. , por indebida aplicación del art. 637 de la LECr. , con erróneo entendimiento del principio de cosa juzgada, en relación con el delito de contrabando por el que venían imputados.

Segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECriminal , por indebida aplicación del art. 637 y 641 de la LECr. , con erróneo entendimiento del principio de cosa juzgada, en relación con el delito de contrabando por el que venían imputados y su indebida conexión con el delito de falsedad.

Tercero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECr. , por indebida aplicación del art. 637 y 641 de la LECr. , con erróneo entendimiento del principio de cosa juzgada, en relación con el delito de contrabando por el que venían imputados y su indebida conexión con el delito de insolvencia punible.

Cuarto.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECr. , por indebida aplicación de los art. 637 y 641 de la LECr. , con erróneo entendimiento del principio de cosa juzgada, en relación con el delito de contrabando por el que venían imputados y su indebida conexión con los delitos contra la Hacienda Pública.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, las representaciones procesales de los recurridos Felipe, Salvador, Juan Antonio, David, Luis Alberto y Óscar, respectivamente, impugnaron su admisión; el Ministerio Fiscal reiteró las alegaciones formuladas en su escrito de 8/3/200; la Sala admitió el recurso; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 15/1/2008.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 21/11/2003, en las Diligencias Previas 1458/1997, el Juzgado de Instrucción Once de Málaga dictó auto acordando que siguieran las actuaciones, por los trámites del Procedimiento Abreviado, contra Luis Alberto, Miguel Ángel, Salvador, Óscar, Felipe, Juan Antonio y David.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por los mencionados Felipe Salvador Óscar y otros contra aquel auto, la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Primera acordó plantear ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea cuestión prejudicial, que fue resuelta mediante sentencia del 28/9/2006. Y aquella Audiencia dictó auto, el 29/12/2006, en el recurso de apelación, por el que revocó el auto del 21/11/2003 y acordó el "sobreseimiento libre de todos los imputados por delito de contrabando (art. 637 LECr.) y el sobreseimiento provisional (art. 641 LECr.) por el resto de los delitos".

TERCERO.- El auto del 29/12/2006 fue notificado, el 16/1/2007, el Ministerio Fiscal y, el 17/1/2007, a las demás partes.

CUARTO.- En el folio 496 del Rollo de la Audiencia obra, con firma, la siguiente:

"Diligencia de constancia.- En Málaga a doce de febrero de dos mil siete.- La extiendo yo, la Secretario Judicial, par hacer constar que con fecha 9 de febrero de 2007 por el Ministerio Fiscal se nos manifiesta que se presentó por Fiscalía en fecha 23 de enero de 2007 recurso de casación contra el auto núm. 671/2006 de 29 diciembre de 2006 dictado por esta Sala en el Rollo de Apelación Penal 63/2004, facilitando reproducción de dicho escrito.- Igualmente para hacer constar que en fecha 12 de febrero de 2007, se ha encontrado el citado escrito de recurso de casación del Ministerio Fiscal por la funcionaria que tramita los recursos de casación interpuestos contra las sentencias de Rollo de Sumario y Procedimiento Abreviado, constándole que el recurso de casación fue presentado en fecha 23 de enero de 2007, no habiéndose tramitado hasta la fecha al pensar que se trataba de un recurso de casación interpuesto en un Rollo de Sala y no de apelación.- De todo lo anterior paso a dar cuenta al magistrado ponente. Doy fe".

En el folio 494 del Rollo de la Audiencia obra escrito, con una firma, la antefirma "el Fiscal" y fecha del 23.1.2007, sin sello estampado alguno, en el que el Fiscal prepara recurso de casación contra el auto de 19 de diciembre que le ha sido notificado el 16/1/2007.

En el folio 495, otro escrito, idéntico al anterior, salvo alguna diferencia en los trazos de la firma del Fiscal y salvo que figura estampado un sello de la Fiscalía de la Audiencia de Málaga.

Mediante auto del 14/2/2007 la Audiencia tuvo por preparado el recurso de casación anunciado por el Ministerio Fiscal. En diversos escritos presentados entre el 22/2/2007 y el 23/2/2007 los procuradores de David, Óscar, Felipe, Juan Antonio y Salvador, interpusieron recursos de súplica contra el auto del 14/2/2007, para que se denegara la tramitación del recurso de casación.

El Ministerio Fiscal presentó escrito, el 12/3/2007, impugnando el recurso de súplica; con aquél presentó otro, el obrante al folio 571 del Rollo de la Audiencia, idéntico a los de los folios 494 y 495, salvo algunas diferencias en los trazos y en el color de la firma del Fiscal y salvo que figura estampado un sello de la "Audiencia Provincial de Málaga Fe Pública Judicial2.

La Audiencia desestimó, mediante auto del 26/3/2007, el recurso de súplica.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal ha interpuesto recurso de casación, por infracción de ley contra el auto del 29/12/2006, en el que indica que fue preparado mediante escrito del 23/1/2007, que "tuvo entrada en la Audiencia el día siguiente".

SEXTO.- Los procuradores de Felipe, Salvador, Juan Antonio, David, Óscar y Luis Alberto han aportado escritos de impugnación en los que, entre otras causas, invocan que debe ser inadmitido el recurso del Fiscal, a tenor de lo dispuesto en el art. 884.4º LECr. , por preparación extemporánea.

El Ministerio Fiscal ha contestado a esas impugnaciones, invocando, en cuanto a la temporalidad de la preparación, la diligencia del 12/2/2007.

SÉPTIMO.- El art. 856 LECr. establece que la preparación del recurso de casación que exige el art. 855 habrá de tener lugar dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia o auto contra el que se intente entablar el recurso.

Y en los folios 494, 495 y 571 o en otros folios del Rollo de la Audiencia no aparece diligencia o nota alguna de las que prevén los arts. 452 a 458 y 476 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , extendida por Secretario u otro funcionario autorizado, que acredite directamente o de la que se derive inequívocamente la fecha en que fue presentado el escrito del Ministerio Fiscal.

La diligencia de constancia más arriba expuesta puede dar fe de qué es lo que el Fiscal o una funcionaria, a lo que se alude, dice a la Sra. Secretaria sobre la presentación, al cabo de cierto tiempo.

Ahora bien, por un lado, al Ministerio Fiscal no le correspondía acreditar la pretérita fecha de presentación de su escrito. Y, por otro lado, aun teniendo en cuenta que funcionarios distintos a la Sra. Secretaria pudieran hacer constar por escrito, o comunicar verbal y temporáneamente -arts. 206 LECr. y 476 y 477 LOPJ -, la presentación del documento, no aparece, en el particular caso, la identificación nominal de la funcionaria no secretaria ni claramente su categoría; lo que impide que a la diligencia del 12/2/2007 pueda serle atribuida una función de la fe pública judicial indirecta, al faltar un eslabón imprescindible en el curso de la constancia.

OCTAVO.- El recurso de casación debió ser inadmitido, por no constar fehacientemente su preparación en tiempo legal, y ahora ha de ser desestimado. Y, atendido el art. 901 LECr. , in fine, las costas del recurso han de ser declaradas de oficio.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación que, por infracción de ley, ha interpuesto el Ministerio Fiscal contra el auto dictado por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Primera, el 29/12/2006, en el Rollo de Apelación 36/2004, acordando el sobreseimiento libre de todos los imputados por delito de contrabando (art. 637 LECr.) y el sobreseimiento provisional (art. 641 LECr.) por el resto de los delitos.

Y se declaran de oficio las costas del recurso de casación.

Notifíquese la presente resolución a la Audiencia Provincial de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo para su archivo en el Rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Perfecto Andrés Ibáñez.- José Ramón Soriano Soriano.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.- Siro Francisco García Pérez.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Siro Francisco García Pérez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Número CENDOJ:28079120012008100151