

Id Cendoj: 28079120012007100532
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1541/2006
 Nº de Resolución: 517/2007
 Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
 Ponente: JOAQUIN DELGADO GARCIA
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x PRESCRIPCIÓN DEL DELITO x
- x ARTÍCULOS DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO (ABREVIADO) x
- x USO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA x

Resumen:

Señala la sentencia que en cualquier momento del procedimiento puede declararse la prescripción del delito incluso de oficio, no obstante lo cual, el trámite normal de resolución es la vía de los artículos de previo pronunciamiento siendo de aplicación las normas de los arts. 676 y 678. Estas son normas aplicables también al procedimiento abreviado, siendo en este procedimiento en el turno de intervenciones previas del art. 786.2 cuando debe efectuarse la alegación de la prescripción. La sentencia estima que en el presente caso existían cuestiones a dilucidar que impedían que la Audiencia acordara el sobreseimiento libre en virtud de la prescripción por medio de un auto ya que dichas cuestiones de relevancia para tal pronunciamiento debían debatirse en el acto del juicio oral.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Junio de dos mil siete.

En los recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, que ante esta sala penden, interpuestos por EL MINISTERIO FISCAL y "AUGE" (Asociación de Usuarios de Banca y Bolsa), representada por el procurador Sr. Hidalgo Senén, contra auto dictado por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 2 de noviembre de 2005, resolviendo recurso de apelación interpuesto por Virginia , Hugo y Alexander , contra resoluciones del Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid, los Excmos. Sres. componentes de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para votación y fallo. Han sido partes recurridas los referidos D^a Virginia , D. Hugo y D. Alexander , representados respectivamente por los procuradores Sres. Vázquez Guillén, Fernández Castro y Ortiz Cornago. Y ponente D. Joaquín Delgado García.

I. ANTECEDENTES

1.- La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de Apelación nº 441/2005, correspondiente a las Diligencias Previas nº 7721/02 del Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid, contra Alexander , Hugo y Virginia dictó Auto con fecha 2 de noviembre de 2005, que contiene los siguientes ANTECEDENTES DE HECHO:

"PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Instrucción número 32 de Madrid, en el procedimiento que, más arriba se indica, se dictó auto de fecha 7 de junio de 2005 por el que declaraba no haber lugar a la prescripción del delito imputado a los querellados Alexander , Virginia y Hugo . Por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en representación de Virginia , por el Procurador D. José Manuel Fernández Castro, en representación de Hugo y por la Procuradora D^a María del Carmen Ortiz Cornago, en representación de Alexander , se interpusieron sendos recursos de reforma de los que se dio traslado a las demás partes personadas, siendo impugnado por el Procurador D. Cesáreo Hidalgo Senén, en representación Auge.

SEGUNDO.- Por auto de fecha 29 de junio de 2005 el citado juez dictó auto denegando la reforma pretendida. Contra tal resolución se interpuso recurso de apelación por los citados procuradores D. Argimiro Vázquez Guillén, D. José Manuel Fernández Castro, y D^a M^a del Carmen Ortiz Cornago, en las representaciones que ostentan, poniéndose la causa de manifiesto por seis días a las partes para alegaciones siendo impugnados por el Ministerio Fiscal y por el Procurador D. Cesáreo Hidalgo Senen, en representación Auge, tras lo cual se remitió testimonio de las actuaciones ante esta Audiencia Provincial

TERCERO.- En fecha 19 de septiembre de 2005 tuvo entrada en esta Sección Sexta de la audiencia provincial el precedente recurso, formándose el correspondiente rollo, y por providencia del mismo día se señaló para deliberación y resolución del presente recurso la audiencia del 31 de octubre de 2005 , sin celebración de vista."

2.- La Audiencia de instancia en el citado auto, dictó la siguiente parte dispositiva.

"LA SALA ACUERDA. Estimar los recursos de apelación interpuestos por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en representación de Virginia , por el procurador D. José Manuel Fernández Castro, en representación de Hugo , y por la procurador D^a María del Carmen Ortiz Cornago, en representación de Alexander , contra el Auto dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid de fecha 29 de junio de 2005 , y en consecuencia del auto de 7 de junio de 2005 cuya reforma aquel resolvía, a los que este procedimiento se contrae, dejando sin efectos los mismos y en su lugar procede acordar el sobreseimiento libre respecto de Alexander , Virginia y Hugo y el archivo de las actuaciones al encontrarse prescrito el delito de información privilegiada que se les imputa, declarando de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

Una vez notificada la presente resolución a las partes personadas, devuélvanse los autos originales al Juzgado de que proceden, para su conocimiento y ejecución."

3.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional por el MINISTERIO FISCAL y AUGE (Asociación de Usuarios de Banca y Bolsa), que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Infracción de *ley*, al amparo del art. 849.1^o LECr, por indebida aplicación del art. 285 CP (se refiere a los acusados Alexander y Hugo). Segundo.- Al amparo del art. 852 LECr , indebida aplicación del art. 24.1 CE , que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva (se refiere a los acusados Alexander y Hugo).

5.- El recurso interpuesto por la representación de AUGE (Asociación de Usuarios de Banca y Bolsa) se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Infracción de *ley*, al amparo del art. 849.1 LECr, a causa de la vulneración de los arts. 130 y 131.1 CP en relación con los números 1 y 2 del art. 285 del citado cuerpo legal. Segundo.- Infracción de *ley* , al amparo del art. 849.1 LECr , vulneración del art. 285.2 CP en relación con los arts. 130 y 131 del mismo cuerpo legal. Tercero.- Infracción de *ley* , al amparo del art. 849.1 LECr , vulneración del art. 285.2 CP en relación con los arts. 130 y 131.1 y 132 del mismo cuerpo legal.

6.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la sala los admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento sin celebración de vista pública cuando por turno correspondiera, tras resolverse los recursos de súplica formulados por los tres recurridos que pretendían tal celebración de vista y tras acordarse que el recurso fuera resuelto por cinco magistrados.

7.- Hecho el correspondiente señalamiento se celebró la deliberación y votación el día 6 de junio del año 2007

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid acordó desestimar la solicitud de prescripción del delito de abuso de información privilegiada del art. 285 CP , imputado a los querellados Alexander , Virginia y Hugo . Luego en apelación la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid se pronunció en sentido contrario: declaró tal prescripción en auto de 2 de noviembre de 2005 .

Dicha Sección Sexta denegó la preparación de recurso de casación contra el mencionado auto; pero esta sala del Tribunal Supremo estimó el correspondiente recurso de queja y por otra resolución de 15 de febrero de 2006 ordenó dar curso a la referida preparación en base a que el enjuiciamiento por estos hechos correspondía a la Audiencia Provincial y no al Juzgado de lo Penal, ya que la apertura del juicio oral lo fue por los delitos del *art. 285 y 286, 2ª y 3ª (ahora, 285.1 y 285.2, 2ª y 3ª)*.

Superado tal trámite procesal, han formulado recurso de casación contra el citado auto de 2 de noviembre de 2005 el Ministerio Fiscal y la representación de AUGE (Asociación De Usuarios de Banca y Bolsa) por dos y tres motivos respectivamente.

Se han opuesto a tales recursos las defensas de los tres referidos querellados.

SEGUNDO.- Para estudiar estos recursos vamos a tratar de una cuestión procesal cuya resolución nos obliga a su estimación con la consiguiente anulación del mencionado auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid.

Esta cuestión procesal aparece correctamente planteada en el motivo 2º del recurso del Ministerio Fiscal en el que, con base en el *art. 852 LECr*, se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del *art. 24.1 CE*, *aduciendo (pág. 22)* que "hace más de dos meses que las acusaciones han presentado el escrito de calificación e interesado la apertura del juicio oral habiéndolo así acordado el juzgado. Se viene a abortar de este modo el curso de un procedimiento pendiente tan solo de la celebración del juicio oral, momento procesal en que debía debatirse la prescripción del delito".

Aunque con otro fundamento procesal, el tema aparece también denunciado, con extensos razonamientos, en el motivo 1º del recurso de AUGE.

TERCERO.- Es admitida por todas las partes, y también doctrina reiterada de esta sala, la posibilidad de declarar la prescripción del delito, incluso de oficio, en cualquier momento del procedimiento, por tratarse de una cuestión de orden público sobre la que cabe pronunciarse tan pronto como consten en las actuaciones con la necesaria claridad los datos que pudieran justificar tal pronunciamiento.

Pero este no es el trámite normal para la resolución de estas cuestiones.

En nuestra *Ley de Enjuiciamiento Criminal la prescripción del delito aparece en el nº 3º del art. 666* como uno de los llamados artículos de previo pronunciamiento, sometidos a un trámite de resolución anticipada a la celebración del juicio oral, de modo que, si se acuerda su desestimación, habrá de continuar la causa adelante, sin perjuicio de su ulterior reproducción en el plenario; mientras que en caso de estimación procede recurso de casación.

Todo ello conforme a los *arts. 676 y 678 de tal ley* procesal, normas aplicables al procedimiento ordinario, porque en el abreviado estas cuestiones del *art. 666* no tienen trámite previo al juicio oral para su resolución, sino que han de alegarse, ya en el seno del plenario, en su momento inicial, en el llamado turno de intervenciones del actual *art. 786.2 LECr*.

Es excepcional, por tanto, esa resolución sobre la prescripción del delito en la forma anticipada que se adoptó en el caso presente. Y tal posibilidad excepcional solo cabe cuando el tema a resolver se presenta con la necesaria claridad, de modo que, si hay dudas fácticas al respecto, no es posible esa decisión que habrá de someterse entonces a la tramitación propia de los artículos de previo pronunciamiento, según acabamos de decir, o, en todo caso, como una cuestión más a debatir dentro del trámite del juicio oral y a resolver en sentencia.

CUARTO.- Es aquí precisamente donde falla la resolución recurrida.

Si el delito objeto de la querrela había prescrito o no, dependía de dos factores fundamentales:

a) El primero se relaciona con la posible aplicación de alguna de las agravaciones específicas del actual *art. 285.2, concretamente la 2ª (beneficio de notoria importancia) o la 3ª* (grave daño a los intereses generales), introducida en el debate por el Ministerio Fiscal y la parte querellante. Caso de aplicar alguna de estas agravaciones, la pena de prisión a imponer habría de ser la de 4 a 6 años, con lo que el plazo de prescripción sería el de 10 años conforme al *art. 131* (la pena máxima excede de 5 años).

b) El segundo se refiere al momento en que habría de considerarse consumado este delito de abuso

de información privilegiada, figura compleja que exige como uno de sus elementos la obtención de un beneficio superior a los 600.000 euros o un perjuicio por idéntica cantidad. Este momento de la consumación del delito es el que sirve para fijar cuándo ha de comenzar el cómputo del plazo de prescripción (dies a quo) según el *art. 132.1 CP*.

Las cuestiones fácticas derivadas de estos dos factores, impedían que la Audiencia Provincial de Madrid pudiera pronunciarse como lo hizo: acordar un sobreseimiento libre del *nº 3º del art. 637*, sin someterse a la tramitación que, fuera de esos casos de evidencia, es obligada: en el presente procedimiento, la sumisión a lo dispuesto en el *art. 786.2 LECr* (turno de intervenciones, una vez realizados los correspondientes escritos de acusación con la consiguiente apertura de juicio oral, calificación de los defensores de los acusados, admisión de pruebas y señalamiento para dicho juicio, todo ello conforme a las normas del procedimiento abreviado; o en último término dentro del mismo plenario si se considera necesaria la práctica de las pruebas que hubieran de aclarar las cuestiones a debatir, también a efectos de fijar los hechos imprescindibles para resolver sobre la prescripción).

Repetimos: la resolución de esta cuestión con tal antelación, sin concurrir esas premisas fácticas con claridad indubitada, no fue correcta. Como dicen las partes recurrentes, el auto recurrido fue una resolución extemporánea por prematura al faltar la necesaria claridad.

Véanse, como respaldo de lo que acabamos de decir, la doctrina de esta sala expuesta en nuestras sentencias 24.2.62, 28.1.82, 10.6.90, 1604/98, 1132 y 1173/2000, 2231/2001, 222/2002, 435/2002, 863/2002, 1651/2002 y 71/2004.

En esta última podemos leer lo siguiente en su fundamento de derecho 1º:

"A este respecto la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 222/02, en un supuesto también de continuidad delictiva, se refiere a la inconveniencia de anticipar <<cuestiones que sólo debieran haber sido resueltas tras el debate del Plenario y a la vista de todas las probanzas practicadas>>. Aunque ello no sea un principio absoluto y pueda aplicarse anticipadamente la prescripción en casos de diafinidad incontrovertible, lo cierto es que en línea de principio no es este el supuesto del delito continuado donde es preciso asentar previamente los elementos fácticos y jurídicos que lo integran, como es la existencia de un plan preconcebido o el aprovechamiento de idéntica ocasión, máxime cuando su imputación alcanza a una pluralidad de autores o cooperadores, pues el delito será continuado porque los hechos enjuiciados lo justifiquen y no por mera calificación de los mismos como tal".

Y asimismo en el auto de 9.3.98, dictado por esta sala constituida en pleno resolviendo los artículos de previo pronunciamiento propuestos en el conocido caso del secuestro de D. Javier, dijimos esto:

"Para que la prescripción del delito pueda acordarse por la vía de los artículos de previo pronunciamiento es necesario que la cuestión aparezca tan clara que, de modo evidente y sin dejar duda alguna al respecto, pueda afirmarse que, sin necesidad de la celebración del juicio oral, ha transcurrido el plazo designado al efecto por la ley, todo ello en consideración a la drástica eficacia, prevista en el *art. 675 de la LECr*, consistente en que <<se sobreseerá libremente, mandando que se ponga en libertad al procesado o procesados que no estén presos por otra causa>>, es decir, la propia de una sentencia absolutoria."

Doctrina aplicable, con más razón aún, cuando, como aquí, ni siquiera se alcanzó el momento procesal propio de los artículos de previo pronunciamiento.

En conclusión, hemos de entender, de conformidad con la doctrina expuesta, que hubo una clara lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, pues, con tal resolución extemporánea del problema de la prescripción, no se permitió que el procedimiento pudiera seguir adelante en la forma que hemos expuesto, para que el tema de la prescripción y aquellos otros que fueran de carácter previo pudieran ser planteados y discutidos en la forma legalmente prevista al respecto, al menos como artículos de previo pronunciamiento. Y decimos "al menos" porque, conforme a la jurisprudencia que acabamos de recoger, también cabe plantear este tema directamente para su debate en el juicio oral.

Tienen razón los recurrentes: haber resuelto prematuramente sobre la prescripción ha producido una profunda inseguridad jurídica y ha lesionado el mencionado derecho fundamental de orden procesal, el relativo a la tutela judicial efectiva del *art. 24.1 CE*.

La resolución de estos recursos en los términos expuestos hace innecesario tratar de otros problemas

de fondo aquí suscitados, así como los relativos a la proposición de planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad realizadas por la defensa de la imputada Virginia .

III. FALLO

HA LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN formulados por el MINISTERIO FISCAL y por AUGE (ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCA Y BOLSA), por estimación de sus respectivos motivos segundo y primero y, en consecuencia, anulamos el auto de 2 de noviembre de 2005, dictado por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid resolviendo recurso de apelación contra resoluciones del Juzgado de Instrucción nº 32 de la misma ciudad, en procedimiento por delito de abuso de información privilegiada en el que aparecen como imputados Alexander , Virginia y Hugo , procedimiento que habrá de seguir su trámite. Declaramos de oficio las costas de estos dos recursos.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Joaquín Delgado García Carlos Granados Pérez José Ramón Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Luis-Román Puerta Luis

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