

**INFORME DEL CONSEJO FISCAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY
ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE
23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL**

Por oficio de fecha 19 de noviembre de 2008 el Secretario de Estado del Ministerio de Justicia ha remitido al Excmo. Sr. Fiscal General del Estado, el Anteproyecto de referencia, para que el Consejo Fiscal, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14.4.j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), emita el correspondiente informe.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 14.4.j) EOMF corresponde al Consejo Fiscal *informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.*

El presente texto expresa el parecer del Consejo Fiscal sobre el mencionado Anteproyecto y da cumplimiento al preceptivo trámite de informe previsto en la legislación orgánica del Ministerio Fiscal.

El Anteproyecto objeto de estudio consta de una Exposición de Motivos, un Artículo Único subdividido en 91 disposiciones rubricadas con números ordinales, tres disposiciones transitorias y una disposición final.

Por razones sistemáticas se abordará el análisis de las reformas proyectadas siguiendo la numeración del Anteproyecto.

Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Primero

Supresión del apartado 2 del art. 31

Suprime el Anteproyecto de reforma, con buen criterio, el vigente apartado segundo del art. 31 introducido por la L.O. 15/2003 de 25 de noviembre. Recordemos que dicho precepto, aplicable solo en los supuestos de *actuación en nombre de otro*, declaraba que en estos casos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, sería responsable del pago de la misma, de manera directa y solidaria, la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.

El Informe del CGPJ de 26 de marzo de 2003 ya había puesto de manifiesto que con este modelo más parecía que se quería privar a la pena de multa de su carácter personal, que establecer propiamente la responsabilidad de la persona jurídica, en cuyo caso la sanción habría de serle impuesta a ésta última de forma directa.

Lejos de apostar decididamente por dar una solución global y sistemática a la cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el apartado 2 del art. 31 se limitaba a atribuirle el papel de simple pagadora de la multa impuesta a los administradores, constituyendo una respuesta plena de dificultades procesales, que tal vez por éste motivo ha tenido muy escasa aplicación en la práctica.

Segundo

Responsabilidad de las personas jurídicas (art. 31 bis)

El reconocimiento de la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas (*societas delinquere potest*) y hacerlas destinatarias de la correspondiente sanción (*societas puniri potest*) es ya una realidad en numerosos países de nuestro entorno como consecuencia del proceso de

armonización internacional del derecho penal y de la política criminal trazada desde la Unión Europea, aun cuando se materializa en modelos jurídicos muy heterogéneos. Sirvan de ejemplo, de un lado, el Reino Unido y el Código Penal francés, que consagran un modelo de *responsabilidad por traslación o atribución (vicarious liability)* desde presupuestos muy diferentes. Así, en el Reino Unido existe responsabilidad penal de las personas jurídicas salvo que se establezca expresamente otra cosa, mientras que el Código Penal francés de 1994, en su Parte General (art. 121.2), reconoce esa responsabilidad aunque no de forma incondicionada o sistemática, sino más bien como solución excepcional, coexistiendo aquella con la de sus dirigentes.

El Código Penal austriaco y el suizo adoptan un modelo más próximo al denominado *de la responsabilidad propia u originaria o de la culpabilidad de empresa*, en el que se buscan los fundamentos de la responsabilidad en factores que tiene que ver más con la infracción de deberes propios que incumben exclusivamente a la persona jurídica.

En Italia, restringida constitucionalmente la responsabilidad penal al ámbito de las personas físicas (art. 27.1º), el Decreto Legislativo Giugno 2001 nº 213 (*Disciplina Della Responsabilità delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*) de 8 de junio de 2001, regula una *suerte de derecho penal administrativo*, estableciéndose como presupuesto para la imposición de sanciones la comisión del delito por quienes sean representantes, directivos o administradores de hecho o de derecho, así como por las personas que ejerzan labores de control, siempre que actúen en interés o beneficio de la persona jurídica. Se opta así por un modelo *mixto*, en el que se logra compaginar la culpabilidad por defecto de organización con el

modelo de responsabilidad vicarial, éste último más próximo al criterio inspirador de las distintas Decisiones Marco de la Unión Europea.

No hay ni mucho menos acuerdo en la doctrina sobre cómo incorporar en nuestro ordenamiento el principio de culpabilidad aplicado a las personas jurídicas, pese a los numerosos e imaginativos trabajos dedicados al efecto. La Exposición de motivos del Anteproyecto elude entrar en ese arduo debate teórico-abstracto sobre categorías doctrinales, asumiendo una doble vertiente de imputación que aparece en el redactado del número 1 del art. 31 cuando se refiere a la responsabilidad de la persona jurídica respecto de aquellos delitos cometidos *por su cuenta o en su provecho por las personas que tienen poder de representación en la misma* y respecto de *aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre los que ostentan dicho poder de representación*. El texto se inclina así por un modelo prioritariamente *vicarial*, en el que se traslada a la persona jurídica la responsabilidad de la persona natural que ha actuado, incorporando sin embargo algunas pinceladas que lo aproximan a los postulados de la *culpabilidad de empresa*, presentes en las normas relativas a la elección y graduación de las sanciones y sobre todo, en cuanto se anuda la responsabilidad a hechos *propios* de la entidad como el *debido control* sobre los autores del hecho.

Con cierto pragmatismo, el texto apunta la necesidad de ofrecer una respuesta penal clara a las personas jurídicas respecto de aquellas figuras delictivas donde su intervención se hace más evidente y entre las que se citan *la corrupción en el sector privado, las transacciones comerciales internacionales, la pornografía y prostitución infantiles, la trata de seres humanos, el blanqueo de capitales, la inmigración ilegal, los ataques a sistemas de información etc.* Resulta obvio, por lo demás, que la nueva regulación aspira a incorporar en nuestro ordenamiento –y específicamente en

nuestro Código Penal-, las obligaciones dimanantes de un amplio abanico de instrumentos jurídicos internacionales entre los que se encuentran la Decisión Marco (en adelante DM) 2005/222/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa a los ataques contra los sistemas de información, DM 2005/667/JAI del Consejo de 12 de julio de 2005 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques, DM 2004/757/JAI del Consejo de 25 de octubre de 2004 relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y de las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilegal de drogas, DM 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, DM 2003/568/JAI del Consejo de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado y la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Octubre de 2005 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.

Introduce el Anteproyecto de reforma el artículo 31 bis, con la siguiente redacción:

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que tengan en ellas un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y

por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas a que se refiere el apartado anterior, ni la de éstas excluirá la responsabilidad penal de aquéllas. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

*3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal o de circunstancias que la atenúen o agraven no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de **los** [sic] que se dispone en el apartado siguiente.*

4. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para declarar su responsabilidad.

c) Haber reparado o disminuido sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral el daño ocasionado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se aplicarán a las asociaciones, las fundaciones y las sociedades.

Opta el texto por un sistema de incriminación específica que entendemos adecuado y que se concreta en la previsión expresa de comisión del delito utilizando en la mayor parte de los casos la fórmula *en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica*, respecto de las siguientes infracciones penales: *Delito de trata de seres humanos* (art. 177 bis), *delito de utilización de menores de edad e incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos* (art. 189.8), *delito de descubrimiento y revelación de secretos* (art. 197.3 párrafo segundo), *delito de daños en sistemas de información* (art. 264.4), *delitos del Capítulo XI relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores conforme a la previsión del art. 288*, *delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social* (art. 310 bis), *delitos contra ciudadanos extranjeros* (art. 318 bis), *delitos relativos a la ordenación del territorio* (art. 319), *delitos contra la salud pública* (art. 369 bis), *delito de tráfico de influencias* (art. 430) y *delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales* (art. 445).

Como ya hemos anticipado, el párrafo segundo del apartado 1º del art. 31 bis completa el sistema dual al que se refiere el legislador en la Exposición de Motivos con una responsabilidad que tiene su origen en el delito cometido por aquellos que *estando sometidos a la autoridad de las personas físicas, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control*. Se trata en este caso de un gravamen derivado de un *hecho* susceptible de ser calificado como *propio* de la persona jurídica, aun cuando la

construcción se enfrenta también a la crítica doctrinal en la medida en que conecta un defecto organizativo o de control con el resultado producido por un tercero. Sin embargo, esta segunda opción se aproxima más al concepto de responsabilidad autónoma de la persona jurídica como consecuencia de su deficiente organización. El problema puede surgir en la interpretación de la expresión *debido control sobre los autores del hecho*, enunciado un tanto impreciso y susceptible de evocar previsiones de muy amplio espectro, con origen no solo en la prolija legalidad vigente, sino también en los acuerdos sectoriales, estatutarios o incluso en la práctica mercantil y comercial no escrita.

La mención del apartado 2, en cuanto prevé expresamente que la nueva responsabilidad de la persona jurídica no excluya la de las personas físicas y viceversa se valora como acertada en la medida en que contribuye a garantizar que la Justicia penal cumpla con uno de sus fines irrenunciables, cual es el de asegurar la imputación y eventual castigo de todo aquel –persona física o jurídica- que haya participado activamente en la ejecución del delito.

Distinta opinión merece la cláusula general del apartado 3, conforme a la cual, *la concurrencia de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal o de circunstancias que atenúen o agraven la responsabilidad de las personas que materialmente hayan realizado los hechos o que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Entendemos que el enunciado debería limitarse a las causas de inculpabilidad y dejar al margen las de justificación, dado que éstas últimas se refieren no a la persona física si no al hecho en sí, como consecuencia de lo cual deberían afectar por igual a la responsabilidad de la persona jurídica.

A fin de evitar espacios de impunidad, se sugiere el establecimiento de responsabilidad penal de la persona jurídica aun cuando la persona física, sujeto activo del delito, hubiere fallecido o se hubiera sustraído a la acción de la justicia.

Con idéntico propósito resultaría conveniente incluir en el texto una mención expresa a los gestores de hecho. Es cierto que pudieran considerarse incluidos en el enunciado relativo a quienes tienen *autoridad para controlar el funcionamiento de la sociedad*, pero dicha expresión hace pensar más en los accionistas de la sociedad que en los administradores en la sombra. Se tratará en último término de abrir la puerta a la incriminación de la persona jurídica a través de aquellos que, sin aparecer en su organigrama o formando parte de complejos grupos societarios, controlan de facto la gestión. Piénsese en supuestos tan comunes en la práctica como las sociedades anónimas que tienen mayoría de accionariado en otras sociedades, las cuales a su vez controlan otras, produciéndose lo que se ha denominado en la doctrina el *efecto antejo*. Es una realidad que en esos grupos, con frecuencia multinacionales, las decisiones estratégicas se adoptan desde fuera de las sociedades, en reuniones de directores o de máximos detentadores del capital (*boards of the group*) cuyas identidades se desconocen y/o se protegen bajo denominaciones sociales residenciadas en paraísos fiscales que favorecen su opacidad, o en países -como por ejemplo, Holanda o Irlanda- donde se otorga una fuerte protección a la identidad de las personas titulares del accionariado de las compañías mercantiles o de entidades típicas anglosajonas como los *"trusts"*.

Como observación puramente gramatical, el apartado 3º *in fine* dice *sin perjuicio de los que se dispone en el apartado siguiente*. Parece claro que debiera decir *sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente*.

Por lo que respecta al apartado 4 del art. 31, cabe cuestionarse si no supondría una mejor técnica jurídica la regulación en un precepto separado, también de la Parte General, de las circunstancias atenuantes descritas en los apartados a), b), c) y d).

No prevé el Anteproyecto un catálogo de circunstancias agravantes de la responsabilidad penal específicas de la persona jurídica, y aun cuando tampoco el texto establece una prohibición expresa a ese respecto, no parecen susceptibles de aplicación a ésta nueva realidad las agravantes genéricas del art. 22 del Código penal, solución que presenta serias dificultades en una doble vertiente: de un lado, por la naturaleza de algunas de esas agravantes, que se refieren a comportamientos esencial y exclusivamente humanos; y de otro, por el marcado personalismo que caracteriza el redactado de otras de esas circunstancias, que aun siendo de índole menos subjetiva, pudieran ver dificultada su aplicación a la persona jurídica como consecuencia de su tenor literal. Sirva de ejemplo de lo anterior la agravante de reincidencia de la circunstancia 8ª del art. 22 en vigor, aun a pesar de entender necesaria la posibilidad de endurecer el reproche penal destinado a aquellas personas jurídicas que incurran de forma reiterada en conductas penalmente relevantes. Por otra parte, del hecho de que sí estén previstas atenuantes propias de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, parece necesario concluir que no existen circunstancias que puedan agravar esa misma responsabilidad.

En cuanto al contenido del punto 4, resulta paradójico que se reserve la posibilidad de atenuar la responsabilidad de la persona jurídica al supuesto de que la *confesión* de la infracción, la *colaboración en la investigación*, la *reparación* de los efectos del delito o el *establecimiento de medidas preventivas*, sea efectuada, en todo caso, a través de sus representantes legales, excluyendo, entre otros posibles, a los accionistas discrepantes, obligacionistas, e incluso a los empleados. Desde la óptica de la política criminal, entendemos que una redacción más abierta o un más amplio catálogo de sujetos capaces de obtener la atenuación de la responsabilidad de la persona jurídica mediante la realización de aquellas conductas, serviría al efecto de generar un ambiente de vigilancia corporativa colectiva (*self policing*) de indudable utilidad en la evitación de nuevos hechos delictivos.

En la misma línea, no debe sorprender que en la letra d) se atribuya valor como atenuante al *establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios y bajo la cobertura de la persona jurídica*. El precepto parece inspirarse en el modelo del Decreto Legislativo nº 231 italiano al que nos referíamos al principio y en la doctrina norteamericana de las *Guidelines* y los *compliance programs* que está en la base de su sistema de responsabilidad penal corporativa y pretende fomentar el buen gobierno de las personas jurídicas por medio de su implicación en la tarea -y también en el gasto-, de auto regularse, partiendo de la idea de que es la propia entidad quién está en las mejores condiciones para controlar el comportamiento de sus agentes.

Desde el punto de vista ortográfico, se echa de menos el *punto y aparte* que debería servir de cierre al apartado a) del punto 4.

Por último, resulta redundante y poco clarificadora la precisión del apartado 5 del art. 31 bis en orden a hacer extensivas a las asociaciones, fundaciones y sociedades las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin precisión alguna respecto a que lo sean de interés privado. Si lo que se pretende -según se expresa en la Exposición de motivos- es excluir de ésta nueva regulación al Estado, las administraciones públicas territoriales e institucionales, partidos políticos y sindicatos, tal vez fuera más adecuado hacer una referencia expresa en ese sentido.

Habría de acompañarse el Anteproyecto de reforma del Código Penal de una reforma procesal que fijara, más allá de toda duda, el encuadre exacto de la persona jurídica como parte pasiva en el procedimiento penal, sus derechos y deberes como destinataria de la imputación y la forma en que se prevé asegurar su presencia en el proceso partiendo del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído.

En cuanto respecta a los tipos delictivos en los que se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debería haberse incluido en el nuevo texto la modificación del art. 318 que ya hacía el Anteproyecto de 2006, referido concretamente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores, y entre ellos, los delitos de riesgo de los art. 316 y 317 relativos a la seguridad y salud laboral.

Como se recordará esta frustrada reforma del art. 318 sustituía el último inciso del único párrafo de la actual redacción y añadía un 2º párrafo, resultando el texto siguiente: *“Cuando los delitos comprendidos en este título*

se atribuyeren a personas jurídicas se impondrá la pena señalada en cada caso a los administradores o encargados del servicio que hubieran sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y habiendo podido evitarlos, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos y siempre que concurren las circunstancias establecidas en el artículo 31 bis de este Código para la declaración de la responsabilidad penal, se impondrá a la persona jurídica la pena de multa del tanto al quíntuplo del importe de la sanción pecuniaria mínima prevista para las infracciones muy graves en el orden social establecida en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, o de la suma de todas ellas si fueren varias. Asimismo, en atención a la gravedad, persistencia o cantidad de las infracciones cometidas, así como el número de trabajadores sometidos al riesgo generado por ellas, el Juez podrá imponer la pena de intervención judicial por un período máximo de cinco años.

Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de los recargos de prestaciones de seguridad social que en su caso pudiera acordar la autoridad administrativa competente. Dichos recargos no podrán por tanto tenerse en cuenta para determinar la pena de multa a la que se refiere el párrafo anterior.”

La justificación de la modificación se hacía en la Exposición de Motivos con estos argumentos:

“Es destacable, en la nueva configuración del artículo 318 del Código Penal, el criterio con el que se regula la pena de multa- del tanto al quíntuplo del importe de la sanción pecuniaria mínima prevista para las infracciones muy graves en el orden social- con lo que se persigue salvar la necesaria jerarquía entre el delito y la sanción administrativa, con lo que se consigue evitar el perverso efecto beneficioso de la conducta más gravemente injusta”.

A ello podríamos añadir las siguientes consideraciones: si se tiene en cuenta que los sujetos que generalmente, como principales obligados a facilitar las medidas de seguridad, pueden incurrir en el delito de peligro del artículo 316 del Código Penal, son los empresarios y que estos revisten con habitualidad una forma societaria y no personalista, este tipo penal sería especialmente uno de los que podrían permitir la imposición de una pena a la persona jurídica en los términos que se regulan en el Anteproyecto. De hecho, como se ha expuesto, el frustrado artículo 318 del CP contenía una nueva regulación con pena incluida para la persona jurídica en aquellos supuestos de responsabilidad penal de la misma conforme a la regulación contenida en el artículo 31 bis del mismo Proyecto, que por cierto se reproduce íntegra y fielmente en el actual Anteproyecto. Como quiera que la pena prevista para la persona jurídica era la multa en cuantía del tanto al quíntuplo de la prevista por la LISOS para las infracciones muy graves, si tenemos en cuenta que la sanción mínima es actualmente (art. 40-2 del R.D. Ley 5/ 2000 de 4 de Agosto) de 40.986 euros, hechos los cálculos oportunos, la multa que podría imponerse por la jurisdicción penal sería la comprendida entre 40.986 y 819.775 euros. Resulta evidente que la cuantía de la multa adquiere especial importancia cuando se impone en los procedimientos penales y debería tomarse como una muy seria advertencia e invitación al cumplimiento de las normas sobre riesgos laborales.

También se preveía en el precepto mencionado otra posible consecuencia penal de aplicación especialmente indicada para estos delitos, cual es la pena de intervención judicial, si bien en este caso dejando su aplicación al razonable arbitrio judicial, reglado en atención a la gravedad, persistencia, o cantidad de infracciones cometidas, así como al número de trabajadores sometidos al riesgo generado por ellas, circunstancias todas que parecen referirse específicamente a los delitos de los artículos 316 y 317.

La previsión expresa de la concreta responsabilidad penal de las personas jurídicas en el art. 318, permitiría plantear, asimismo, la imposición

de una de las penas que genéricamente se contempla en el artículo 33-7 del Anteproyecto para los supuestos de responsabilidad penal de la persona jurídica. Así, además de las que prevé el artículo 318, podría incluirse, principal o alternativamente con la facultativa que se señala, la pena comprendida en el apartado f) del mismo artículo 33.7, es decir, la *“Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.”*. La pena señalada tendría una inequívoca voluntad disuasoria para las empresas que realizan trabajos para la Administración Pública o que disfruten de beneficios fiscales y sería de particular aplicación en los casos en que, junto a la especial gravedad del riesgo, se castigue, en la relación de concurso que corresponda, delitos de resultado lesivo también especialmente graves.

Si se modificara el artículo 316, podría tomarse en consideración otra reforma de este artículo, también de carácter exclusivamente penológico, que sería la de establecer como pena principal la de inhabilitación especial para profesión u oficio, al tener “relación directa con el delito cometido” como exige el artículo 56 del Código Penal y como ya se establece, entre otros, en los artículos 319 y 325 para los delitos contra la ordenación del territorio y contra el medio ambiente.

En efecto, ambos preceptos –artículos 316 y 317– contemplan conductas (más bien omisiones) que sólo pueden ser cometidas por determinadas personas respecto de las que el ordenamiento jurídico preventivo laboral ha establecido concretas obligaciones cuyo quebranto u omisión supone la exposición de la vida y la salud de los trabajadores a determinados riesgos evitables con la mera observancia o cumplimiento de las obligaciones omitidas. Resulta muy claro que la normativa sobre riesgos laborales ha de ser cumplida por esas personas (posibles sujetos activos del tipo) en función de su condición de empresario o de persona vinculada al mismo por acto de delegación, o por profesionales cuyos conocimientos y posición de mando en la

empresa les convierte junto a aquéllos en garantes de la seguridad de los trabajadores.

Dicho esto, cabe deducir la importancia que la profesión o el oficio tienen respecto del quebranto del bien jurídico que se trata de proteger en estos preceptos, es decir, la seguridad en el trabajo, en relación a la vida y la salud de los trabajadores, así como, por otra parte, cabe razonablemente pensar que la continuidad del sujeto en el ejercicio de idénticas funciones podría significar en el futuro un peligro para ese mismo bien jurídico. Ello justificaría la imposición de esa pena de inhabilitación especial como pena principal en los preceptos aludidos.

Tercero

Artículo 33. Clasificación de penas

Se incluyen en la enumeración y clasificación de penas que contiene el artículo 33 varias novedades, con distintos alcances: se incorporan dos nuevas penas (la privación de la patria potestad y la libertad vigilada), se crea todo un nuevo sistema punitivo específicamente aplicable a las personas jurídicas, y, como consecuencia de ello, se formula una excepción al régimen general de la multa proporcional.

La mención de la nueva pena de privación de la patria potestad como pena grave (apartado 2. k) responde, como es obvio, a un imperativo de congruencia normativa (igual que ocurre en el artículo 39, en que se añade a la lista de penas privativas de derechos), si bien su regulación se desarrolla de

manera sustancial mediante la reforma los artículos 46, 55, 56 y 192, a cuyo comentario por tanto cabe remitir en este punto.

El nuevo apartado 7 que se agrega al artículo 33 es consecuencia de una novedad de mucho mayor calado, como es la irrupción en el sistema penal español del principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas. No obstante, dicha novedad no lo es tanto para este Consejo Fiscal, puesto que la iniciativa legislativa que ahora se somete a su conocimiento reproduce exactamente el texto del Proyecto de Ley presentado en la anterior Legislatura.

Resulta por ello obligado, en aras a la coherencia y a la economía, reiterar lo que este punto ya se dijo en el correspondiente informe, que en sustancia venía concretarse en una crítica a la excesiva indeterminación –en particular, en cuanto a los plazos- de las medidas cautelares previstas en el último párrafo del precepto. A ello puede añadirse ahora un observación que entonces se omitió: la dualidad de regímenes jurídicos de la multa, tanto proporcional como por cuotas, que según el texto que se propone –fiel en este punto al hasta ahora vigente- nunca es pena grave cuando se impone a personas físicas, lo será siempre –grave- cuando se aplique a personas jurídicas, pese a tener la misma duración y contenido. Esa aparente disfunción –nominal o sustancial, según se mire-, debería al menos explicarse en la Exposición de Motivos.

Dicho esto, la mayor y más trascendental novedad que a los efectos del presente informe introduce el Anteproyecto en este artículo 33 (de hecho se trata de una de las grandes innovaciones de la reforma legal propuesta) es la aparición de una pena de nueva factura, y con unas características en buena

parte inéditas en nuestro panorama punitivo, que es la pena de libertad vigilada. Conviene señalar, subrayando ese carácter novedoso, que ni siquiera el precedente del mencionado Proyecto de Ley del año 2006 resulta de excesiva utilidad a la hora de aproximarse a esta nueva figura, puesto que su extensión, su alcance y, en buena medida, su naturaleza misma, se apartan de manera notable del mucho más tímido intento reformador frustrado en la anterior Legislatura.

La reforma del artículo 33 obedece a una exigencia de concordancia -directamente vinculada, no obstante, al principio de legalidad penal consagrado en el artículo 25 de la Constitución- con la regulación in extenso que se contiene en otras normas (fundamentalmente, los nuevos artículos 49 bis y 57 bis). Pero es preciso, sin esperar al comentario de estos preceptos, observar aquí la existencia de una palmaria contradicción entre el contenido de este artículo 33 y la redacción que se pretende dar al artículo 57 bis. 2. En éste (el art. 33) se dice que “2. Son penas graves: [...] j) la libertad vigilada por tiempo superior a cinco años” [...]. 3. Son penas menos graves [...] l) la libertad vigilada de uno hasta cinco años; mientras que en el otro (el 57 bis 2) se dispone: “En caso de que el delito fuera grave la libertad vigilada tendrá una duración de entre diez y veinte años, y si el delito fuera menos grave, entre uno y diez años”. Teniendo en cuenta que según el art. 13 C. Penal. *Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave y son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave*, la antinomia es manifiesta, debida sin duda a un error de concordancia en los trabajos de redacción del texto. Si hay que hacer caso a la exposición de motivos, la norma que debe corregirse es precisamente ésta del artículo 33, fijándose por tanto la separación entre la pena grave y la menos grave en diez años, y no en cinco.

En el apartado 7 del art. 33 es dónde se regulan las penas susceptibles de aplicación a las personas jurídicas.

Dichas penas se concretan en las siguientes: a) *Multa por cuotas o proporcional*, b) *Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.* c) *Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.* d) *Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.* e) *Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.* f) *Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.* g) *Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario que no podrá exceder de cinco años.*

Como ya se ha indicado al referirnos a la multa, no se justifica en la Exposición de Motivos la razón por la que las penas de que son destinatarias las personas jurídicas tienen todas la naturaleza de graves, y no de *graves y menos graves* como sucede con el resto de sanciones previstas en el Código. El texto propone un catálogo genérico de las penas y su duración máxima en la Parte General, sin una ulterior previsión de las concretas penas a imponer a la persona jurídica en todos y cada uno de los tipos penales en que se prevé posible su participación, fijando de forma individualizada la pena a imponer en cada caso y su duración mínima y máxima. Se posibilita de este modo una indeseable uniformidad en el reproche penal de que puedan ser destinatarias conductas cuya gravedad es muy diversa, procurando al arbitrio judicial un margen de actuación quizá excesivo.

En relación con la pena de multa por cuotas o proporcional, algunos sectores doctrinales entienden que las sanciones pecuniarias son poco eficaces en el caso de las personas jurídicas. Tal crítica, sin embargo, resulta tan solo predicable en el supuesto de que la multa sea cuantitativamente inferior a la ventaja obtenida con la comisión del delito, resultando la sanción penal, en ese caso, un coste más que la entidad amortizaría fácilmente. Pudiera además ocurrir que alguna de las conductas por las que la persona jurídica resultara penalmente responsable constituya una infracción administrativa sancionada con multa gubernativa. Desde el punto de vista de la prevención general, parece razonable evitar que por la vía de la incriminación penal lleguen a imponerse sanciones económicas de menor cuantía que las establecidas administrativamente. En ese sentido, el Anteproyecto de reforma establece una previsión en el apartado 4 del art. 52 del Código Penal según la cual en la determinación de la multa que se imponga a una persona jurídica, se habrá de tener en cuenta *también la capacidad económica de la sociedad*.

Respecto de la pena de disolución de la persona jurídica, se echa en falta alguna precisión en cuanto al destino que deba darse al patrimonio de la persona jurídica cuya disolución se acuerde.

En la sanción de suspensión de actividades convendría hacer una mención a que el ejercicio de aquellas a las que hasta entonces se había venido dedicando la persona jurídica sancionada, no pueda llevarse a cabo -en los mismos establecimientos o en establecimientos diferentes-, por la/s nuevas persona/s jurídica/s en las que la entidad condenada pueda transformarse, ya sean éstas el resultado de cualquier clase de modificación estatutaria, ya se trate de nuevas personas jurídicas constituidas por los mismos socios y/o en las que presten sus servicios las mismas personas que estaban al servicio de la sociedad condenada (supuestos de sucesión de empresas).

Prevé el último párrafo del art. 33 que las penas a que se refieren las letras c), d) y g) puedan ser acordadas por el Juez Instructor con carácter de medida cautelar durante la instrucción de la causa. Dada la trascendencia que ésta posibilidad puede llegar a tener en lo que en términos económicos se denomina *capital reputacional* de la persona jurídica -y más especialmente, de la sociedad mercantil-, la norma quizá debiera ubicarse, debidamente desarrollada, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En todo caso, lo importante no es dónde se regule si no que se haga con el necesario detalle, lo que, desde luego, no se consigue con tan escueta mención. Entre otras garantías, debiera establecerse el periodo máximo para la adopción de dichas medidas con carácter cautelar.

Al inicio del apartado 7 se aprecia un pequeño error de transcripción en la frase: *todas las cuales tienen al [sic] consideración de graves-*, que habría de corregirse.

Cuarto

Cumplimiento de las penas (art.36.2).

El Anteproyecto de Ley Orgánica modifica el párrafo 2 del apartado 2 del artículo 36 del Código Penal, que queda redactado como sigue:

El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los siguientes supuestos:

a) Cuando se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del Título XXII del libro II de este Código.

b) Cuando el delito haya sido cometido en el seno de una organización criminal.

c) Cuando se trate de un delito del artículo 183.

d) Cuando se trate de un delito del capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de 13 años.

El actual párrafo 1 del artículo 36.2 del Código Penal, establece el denominado periodo de seguridad a los condenados a penas de prisión superior a 5 años. Asimismo, el párrafo 2 del citado artículo permite la aplicación del régimen general de cumplimiento para aquellos casos en que el juez de vigilancia penitenciaria así lo estime, salvo para los delitos de terrorismo de la Sección Segunda del capítulo V del Título XXII del Libro II de este Código y los delitos cometidos en el seno de una organización criminal. El actual Anteproyecto propone ampliar la exclusión del régimen general de cumplimiento a los delitos del artículo 183 y a los delitos del capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de 13 años. Se trata de una opción legislativa en el mismo sentido que las excepciones ya existentes.

De la Exposición de Motivos del Anteproyecto se infiere la voluntad del legislador de ampliar la excepción a los delitos del Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la víctima sea menor de 13 años, en cumplimiento de la proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados el día 3 de junio del 2008 en que se insta al gobierno a garantizar el cumplimiento efectivo de las penas impuestas por delitos sexuales.

Quinto

Artículo 39

Se añade la letra j) al artículo 39, para introducir la privación de la patria potestad como pena privativa de derechos.

Esto ha de relacionarse con la modificación del art. 192 CP, por el que, en los delitos del título VIII podrá imponerse esta pena, como pena principal, y con los arts 55 y 56, en los que se podrá imponer como accesoria, con una serie de requisitos.

Simplemente se añaden las dos penas nuevas (privación de la patria potestad y libertad vigilada) a la enumeración de las penas privativas de derechos. Se trata de una obvia consecuencia del principio de legalidad penal que permite dar cobertura a la aplicación de dichas penas en la parte especial. Según el artículo 33, 2, k) tiene el carácter de pena grave.

Sexto

Artículo 40. Libertad vigilada. Duración

Aunque como se advirtió al comentar el punto Tercero del artículo Único del Anteproyecto, la regulación en profundidad de la nueva pena de libertad vigilada se concentra en los igualmente nuevos artículos 49 bis y 57 bis, es imposible pasar por alto la mención que el Anteproyecto inserta en el artículo 40 del Código Penal a la duración de dicha pena que, extendida en un abanico “*de uno a veinte años*”, podría presentar, en cuanto al máximo, motivos para la

duda en materia de proporcionalidad punitiva, habida cuenta sobre todo de que su ejecución se empieza a computar a partir de la extinción de la pena principal privativa de libertad (art. 49 bis.1). Si el cumplimiento efectivo de ésta puede prolongarse hasta los treinta o cuarenta años, según los casos (art. 76 C.P.), la extinción de la pena *accessoria* de libertad vigilada podría llegar a producirse a los cincuenta o sesenta años, respectivamente, del ingreso en prisión del penado.

Con independencia de las apreciaciones de fondo que se harán al comentar los mentados artículos 49 bis y 57 bis acerca de la naturaleza y la finalidad de la libertad vigilada y de su concepción en el Anteproyecto de ley, lo cierto es que desde un punto de vista estrictamente técnico jurídico no cabe formular objeciones terminantes a esta cuestión de la duración de la pena, al menos en la medida en que esa reflexión *técnica* excluya, por ahora, cualquier incursión en el terreno de las valoraciones político-criminales.

No procedería, desde luego, invocar supuestos de derecho comparado en que la duración de este tipo de soluciones punitivas (sea bajo la etiqueta estrictamente penal o en la modalidad de *medida de seguridad postpenitenciaria*) pueden extenderse a plazos aún mayores o incluso decididamente se inscriben en la esfera de la *perpetuidad*. Ordenamientos jurídicos como el francés, que contempla la libertad vigilada perpetua con posibilidad de revisión mediante procedimiento contradictorio a los treinta años; o los vigentes en los Estados Unidos de América, donde hasta veintitrés Estados contemplan la monitorización electrónica permanente y de por vida para determinadas clases de delincuentes, que en algunos supuestos vienen además obligados a sufragar el mantenimiento de los aparatos localizadores, son referentes poco útiles en la medida en que se articulan dentro de sistemas jurídicos que conservan la cadena perpetua –o incluso la pena de muerte- y

naturalmente responden a requerimientos y limitaciones constitucionales marcadamente diferentes de los nuestros.

Resulta por ello más útil situar el debate en el interior del marco constitucional español, donde en principio prima la idea de que *“el juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento incriminado, debe partir en esta sede de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”,* porque *“en el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio, margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática”.* (STC 136/1999 de 20 de julio, FJ 23).

Aunque el propio Tribunal Constitucional no ha renunciado a *“...determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado”,* a cuyo fin *“...debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes”,* y *“...en segundo lugar deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión”,* de manera que *“...cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la*

consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador" (STC *cit.*, y 55/1996, FJ 8, citada por ella).

De esta argumentación se desprende que, en buena medida, la propia configuración de la pena resulta determinante para la concretar esos parámetros de constitucionalidad. En particular, *"la puesta a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación [delictiva]"* constituye, según la reiteradamente citada STC 136/1999, un instrumento determinante para la adecuación de la norma penal a la Constitución.

En consecuencia, sin entrar a valorar en profundidad el exacto alcance de la doctrina constitucional expuesta en relación, precisamente, con la duración prevista para este tipo de penas –lo que requeriría un análisis mucho más exhaustivo que el que, en rigor, permite el presente informe-, sí resultará en todo caso trascendental, a los efectos señalados, un examen detenido de su contenido, estructura y su finalidad. Dicho de otro modo, cualquier posible duda de constitucionalidad –como mínimo explicable por su novedad- que suscitar la nueva pena, se vería reducida de manera inversamente proporcional al número y calidad de las herramientas que, en su régimen legal, aseguren su *"determinación"* y *"adecuación"*, conforme a las reglas de proporcionalidad y necesidad, a los legítimos fines de protección que constituyen su objetivo.

En ese sentido es preciso indicar que uno de los aspectos más relevantes de la regulación de la pena estudiada es que la duración de la misma puede ser reducida, e incluso que su ejecución puede en determinadas condiciones dejarse sin efecto por decisión judicial (art. 49 bis 5). Un grado de precisión suficiente en las garantías a las que la ley sujete el ejercicio de esa facultad judicial podría conjurar, obviamente, de acuerdo con la doctrina

expuesta, un eventual riesgo de inconstitucionalidad por *desproporción* o *innecesariedad* de la pena. Pero esto, como se ha adelantado, será objeto de tratamiento al estudiar el artículo 49 bis, en el que realmente se desarrolla dicho contenido.

Séptimo

Artículo 46

Se modifica el artículo 46 que queda redactado como sigue: *La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto de su progenitor. El juez o tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.*

La Exposición de Motivos del Anteproyecto justifica así la necesidad de la incorporación de esta nueva pena, que junto con la libertad vigilada, constituye la gran novedad en la modificación del catálogo de penas: *“Para completar el elenco de normas destinadas a otorgar mayor protección a los menores, se considera adecuado crear la pena de privación de la patria potestad e incluirla en el catálogo de penas privativas de derechos previstas en el artículo 39. Con esta decisión se otorga al Juez o Tribunal penal la facultad de aplicar lo dispuesto en el art. 170 del Código Civil. Esta provisión legal encuentra su fundamento en las siguientes circunstancias:*

-En interés del menor y por razones de economía procesal, se estima oportuno que un Tribunal o Juez penal tenga la posibilidad de imponer la privación de la patria potestad si en el curso de un procedimiento se revela un incumplimiento de deberes paterno-filiales y un daño consecuente para el menor.

-El artículo 170 del Código civil contiene una atribución legal que determina una verdadera extensión de la jurisdicción de los Tribunales penales a cuestiones que, en principio, corresponden a la jurisdicción civil.

Por estas razones, se procede a la creación de la pena privativa de derechos denominada privación de la patria potestad, que tendrá el carácter de pena principal en los supuestos previstos en el artículo 192 y el carácter de pena accesoria de acuerdo a lo establecido en los artículos 55 y 56, cuando los derechos derivados de la patria potestad hubieren tenido una relación directa con el delito cometido”.

Por lo tanto, en el supuesto del art. 192 se trata de una pena principal, que el Juez o Tribunal podrá aplicar con carácter potestativo, por razones de economía procesal, para evitar que los representantes legales del menor tengan que acudir posteriormente a la vía civil, que debe estar fundada en el supremo interés del menor, y cuya imposición deberá fundamentar el órgano penal de enjuiciamiento, respecto de todos o alguno de los menores sujetos a la titularidad del derecho. Además, configurándose la patria potestad como un derecho-deber, es claro que afecta a la parte de derecho del progenitor penado, pero no a la parte de obligaciones (prestaciones económicas, educación), ni a los demás derechos de la víctima (alimentos, derechos hereditarios). Por otra parte, esto permitirá que el menor, en su momento, desherede al progenitor (854 y 855 CC), que éste sea incapaz de sucederle por indignidad (756,1º CC), que no pueda representarlo, administrar sus bienes, ni

relacionarse ni convivir con el menor, ni que éste le deba obediencia ni haya de contribuir equitativamente al levantamiento de sus cargas.

Y en los supuestos de los artículos 55 (pena igual o superior a 10 años de prisión) y 56 (penas inferiores a 10 años de prisión), el órgano judicial penal podrá imponer la privación de la patria potestad como pena accesoria, cuando estos derechos hubieran tenido una relación directa con el delito cometido, debiéndose determinarse expresamente esta vinculación en la sentencia.

De todos modos, aunque la Exposición de Motivos se refiere a la reforma como una cuestión de economía procesal, parece que en dos aspectos va mucho más allá de la privación civil de la patria potestad. En efecto, frente al art. 170,2 CC que permite la recuperación de la patria potestad cuando haya cesado la causa que la motivó, el Anteproyecto califica la pérdida de *definitiva*, por lo que parece que no cabe recuperación. Por otro lado, el art. 110 CC afirma que el progenitor que no ostente la patria potestad está obligado a velar por los hijos y a prestarles alimentos. El deber de velar contiene cierto acceso a la información de la evolución del menor, a vigilar su educación y a controlar cómo es cuidado por su guardador. Sin embargo, de la regulación del Anteproyecto se deduce que las obligaciones del progenitor privado de la patria potestad se limitan a los aspectos patrimoniales, sin ningún acceso a la esfera personal del menor.

Octavo

Artículo 49 bis. Libertad vigilada

Como se ha anticipado en apartados anteriores, el Anteproyecto introduce en la parte general un nuevo artículo –49 *bis*, con esa antiestética

técnica de numeración duplicada propia del *parcheo legislativo*, de la que el Código Penal de 1995 ya comienza a estar sembrado- dedicado a la nueva pena de libertad vigilada.

La novedad puede calificarse de cuasi absoluta, en la medida en que los precedentes legislativos –e incluso *prelegislativos*- que existen en nuestro ordenamiento tan sólo acreditan un parentesco relativo, si no meramente aparente, con la regulación ahora se propone.

En el informe de este Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley del año 2006 se criticaba la utilización de la misma nomenclatura (“libertad vigilada”) que se emplea para designar una de las medidas educativas aplicables a los menores infractores en la Ley Orgánica sobre Responsabilidad Penal del Menor. Pues bien, esa crítica gana peso ahora, en la medida en que la confusión es más factible, puesto que la nueva figura punitiva se aproxima en apariencia, de modo casi mimético, a la estructura de la libertad vigilada de los menores (al concretarse su contenido en fase de ejecución en torno a las doctrinalmente denominadas *reglas de conducta*), y –según declara la exposición de motivos- también en su finalidad rehabilitadora o de *prevención especial*; pero se aleja sin embargo de manera neta, precisamente en virtud de su clara y exclusiva conceptualización como pena “accesoria”, de la función *alternativa* a la privación de libertad, y por supuesto de su catalogación como *medida* que, sin un contenido muy definido (aspecto que también criticábamos) contenía el citado Anteproyecto de 2006.

Se excluye, en efecto, la idea de una medida de seguridad *postpenitenciaria*, zanjando el problema que en nuestro sistema constitucional hubiera podido plantear –de prosperar el proyecto decaído en la anterior Legislatura- su catalogación como verdaderamente *postdelictual*. No faltan

opiniones que apuntan que aceptado el principio de que el cumplimiento de la pena extingue la responsabilidad criminal, cualquier restricción de derechos impuesta *a posteriori* en virtud de un pronóstico desfavorable pueda traducirse, más allá del *juego de etiquetas*, en una medida en realidad *predelictual*.

Ahora bien, una vez adoptada –y por tanto aceptada como legítima opción de política legislativa del Gobierno- la decisión de configurar la libertad vigilada como auténtica pena, con una esfera distinta y mucho más relevante de la que se le atribuía en el citado Proyecto del año 2006, cabe formular algunas observaciones críticas a la manera en que ese propósito se ha concretado, y por supuesto emitir las correspondientes propuestas de mejora.

El precepto comentado se abre con una declaración acerca de la naturaleza de la pena, que se califica categóricamente (“siempre”) de *accesoria*. Tal declaración, no obstante, más allá de cuál haya sido la concreta voluntad del *prelegislador* al formularla, resulta técnicamente cuestionable. De hecho, más allá de ese aserto normativo, podría decirse que la nueva pena de libertad vigilada *será* -precisamente porque lo dice la norma- una pena accesoria, y tal vez en algunos aspectos pueda *parecerlo*, pero desde luego *no se comporta* como tal.

En efecto, es una pena “accesoria” cuya duración no tiene por qué coincidir con la de la principal y que cuenta, además, con sus propias reglas de aplicación independientes de aquella (artículo 57 bis). Estas quiebras de la regla de la *accesoriedad* propiamente entendida ya tenían precedentes en la regulación de la aplicación judicial del *alejamiento* (artículo 57 C.P.). Pero al menos hay dos diferencias que alejan aún más a esta nueva pena de libertad vigilada de la idea de *accesoriedad*:

1) La ejecución del alejamiento sí se lleva a cabo, al menos en parte, *accesoriamente*, es decir, *junto* a la principal principal o *con* ella (aunque exceda de su duración), mientras que la libertad vigilada sólo comienza a ejecutarse una vez que se ha extinguido la pena principal (art. 49 bis 1, *in fine*), o sea, forzosamente *separada* de ella;

2) Por mucho que en el caso del alejamiento se prevean normas autónomas de determinación de su duración, distintas de las que rigen la pena principal, unas se vinculan *accesoriamente* a las otras, de modo que la duración de la accesoria depende de la duración de la principal. Sin embargo, basta revisar el tenor literal del propuesto art .57 bis para comprobar que la duración máxima y mínima de tal pena “accesoria” no se vincula formalmente a la de la “principal” sino que se liga de manera directa a la calificación *del delito* como grave o menos grave;

En realidad, observados esos matices y el conjunto de las modificaciones normativas propuestas en el Anteproyecto, podría aventurarse que el énfasis con el que el *prelegislador* subraya la calidad de *pena accesoria* de la libertad vigilada parece obedecer, más que a un criterio técnico-jurídico, a una finalidad pragmática, como es la de eludir la necesidad de una revisión pormenorizada de la parte especial del Código Penal para asignar la pena de libertad vigilada a cada uno de los *delitos* a los que entiende que ha de aparejarse. Pero hubiera bastado seguir la misma técnica del artículo 57 –por más que su ubicación sistemática sea *per se*, y por los motivos expuestos, cuestionable-, sin necesidad tal vez de incidir de modo tan explícito en una afirmación de *accesoriedad* que no resiste fácilmente un análisis dogmático riguroso.

En otro orden de cosas, al tratar en el apartado Sexto la cuestión de la duración *in abstracto* de esta nueva pena, se han anticipado algunas pautas de orden constitucional relativas, en general, a las exigencias de proporcionalidad y necesidad de la sanción penal, que pueden afectar a su configuración. Sin necesidad, por tanto, de reproducir aquí *in extenso* las citas jurisprudenciales allí recogidas, conviene insistir en que la suficiente concreción de los mecanismos de individualización judicial (*“la puesta a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena”*, en palabras del Tribunal Constitucional) supone una exigencia constitucional que ha de informar el contenido de la norma legal.

Que el Juez destinatario de esas herramientas sea el propio Tribunal sentenciador, o, con posterioridad, el Juez de Vigilancia penitenciaria, es quizá la primera cuestión que puede plantear el régimen jurídico por el que se opta.

En realidad la redacción de la norma en este punto es algo confusa, por lo que merece la pena su transcripción literal en lo que importa. El número 1, comienza afirmando que la pena consiste en el sometimiento del condenado a control judicial *“durante el tiempo que se señale en la sentencia”* (y por tanto por el órgano de enjuiciamiento) *“a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las obligaciones señaladas en el apartado siguiente”*. Pero añade a continuación la expresión *“que el juez de vigilancia determinará en la fase de ejecución”*. Y en el número 4 dice que *“durante la fase de ejecución el Juez de Vigilancia (...) concretará las obligaciones del condenado, pudiendo modificarlas en lo sucesivo conforme a la evolución del reo”*. Por último, el apartado 5 permite al propio Juez de Vigilancia, como ya se anunció, *“reducir la duración de la libertad vigilada o dejarla sin efecto siempre que siempre que en vista del pronóstico positivo de reinserción se considere innecesaria la continuidad de las obligaciones impuestas.”*

A la vista de esas normas, *parece* que lo que quiere decirse es que el órgano sentenciador debe limitarse a imponer la pena de libertad vigilada *in genere*, sin concreción de su contenido, y a fijar el límite máximo de su duración; y que a partir de ahí corresponderá al Juez de Vigilancia tanto la determinación concreta de a cuál o cuáles de las obligaciones o *reglas de conducta* previstas en el número 2 ha de someterse el reo, como la eventual reducción del tiempo de la pena o su extinción.

Deben, sin embargo, hacerse dos precisiones:

En lo concerniente a la facultad de concretar la regla o reglas de conducta, el lenguaje empleado por los redactores del Anteproyecto no ayuda a la claridad de la norma. “*Determinar*” y “*concretar*” (verbos que respectivamente se usan en los números 1 y 4) no significan lo mismo. Conforme al DRAE *determinar* es “*fijar los términos de algo*” y “*tomar resolución*”; pero *concretar* es “*hacer concreto*”, “*reducirse a tratar o hablar de una sola cosa, con exclusión de otros asuntos*”. De manera que, dado que el texto parece utilizar como sinónimos dos términos que no lo son, atendiendo a la dicción del art. 49 bis 4 cabría interpretar, en un contexto mucho más cercano a la tradicional diferencia de contenido entre la sentencia penal y su ejecución, que el Tribunal sentenciador debe no sólo imponer la pena y señalar su duración, sino también fijar la obligación u obligaciones que ha de cumplir el penado, y que lo que el Juez de Vigilancia ha de hacer es *concretar* la aplicación de tales obligaciones (señalando el programa formativo específico al que ha de acudir el condenado, designando el médico que ha de tratarlo, especificando en qué lugar debe presentarse periódicamente, etc.).

Pero si, por el contrario, se fija la atención en el verbo “*determinar*” que se utiliza en el número 1, parece claro que, como se ha dicho, la sentencia se

limitaría a abrir el camino al Juez de Vigilancia, correspondiendo en realidad a éste la individualización judicial de la pena en todos sus extremos (incluso su extinción), sin más límite que su duración máxima, que, por cierto, también puede reducir.

La conveniencia de evitar esas dudas interpretativas en un terreno tan próximo al siempre complicado debate jurídico sobre la competencia judicial, aconseja imperiosamente revisar y aclarar en términos de mayor exactitud terminológica esa delimitación de funciones entre juez sentenciador y ejecutor.

La segunda cuestión se refiere a extinción de la pena. Siendo indiscutible conforme al texto examinado, al margen de la ambigüedad terminológica expuesta, que la imposición de la pena de libertad vigilada y la determinación de su duración debe producirse en la sentencia, y por tanto compete al órgano de enjuiciamiento, no parece congruente que la decisión de acortar dicha duración, o incluso de dejar la pena “sin efecto” pueda adoptarse de manera unilateral por el Juzgado de Vigilancia, entre otras cosas porque la declaración formal de extinción de la responsabilidad criminal corresponde, o al menos siempre ha correspondido, al Tribunal sentenciador.

Todo ello con independencia de las cuestiones que puedan plantearse en materia de constitucionalidad, respecto de las que hay que señalar que verdaderamente la Jurisprudencia no permite un pronunciamiento tajante, en tanto que ni el canon de constitucionalidad del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), según el cual *“el derecho al juez predeterminado por la ley requiere que el órgano judicial llamado a conocer del proceso haya sido creado previamente por la norma, que esté investido de jurisdicción y competencia antes del hecho que motive su actuación y, finalmente, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional”* (SSTC 47/1982, 47/1983, 101/1984, 111/1984,

44/1985, 105/1985, 23/1986, 30/1986, 100/1987, 148/1987, 95/1988, 153/1988, 106/1989, y 193/96 entre otras muchas), ni la propia descripción constitucional de la función jurisdiccional (*“juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”*, art. 117) han impedido por ejemplo, hasta ahora, la existencia de Juzgados especializados en la ejecución de penas (art. 98 LOPJ) que asumen íntegramente y con plenas facultades la ejecución de las sentencias condenatorias dictadas por otros órganos judiciales diferentes. Aparte, asimismo, de que en el ámbito de la ejecución penitencia propiamente dicha, es decir, no ya en la esfera de la mera restricción de derechos, sino en el de la privación del derecho a la libertad, el Juez de Vigilancia dispone de muy considerables facultades de modulación del régimen y tratamiento del penado, que en el plano material y tangible de la aplicación de penas nominalmente idénticas da lugar –y así debe ser, además- a situaciones individualizadas muy diferentes dentro de un amplio abanico de posibilidades que ofrece la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Pero cabe insistir en que, aun sin entrar en ese terreno de la constitucionalidad, parece en todo caso conveniente una mayor claridad en la regulación legal que se propone, y un esfuerzo de congruencia funcional a la hora de distribuir las tareas entre el órgano sentenciador y el encargado de la ejecución.

Desde la expresada óptica constitucional sí resulta, sin embargo, más apremiante el análisis de la norma comentada en el otro aspecto que más arriba se señaló, y que no se refiere tanto a qué juez individualiza el contenido de la pena, sino al grado de precisión y concreción de *“los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena”* que –hay que insistir de nuevo- se vincula directamente a las exigencias del artículo 25 CE.

En este punto, este Consejo ha de poner de manifiesto que, tratándose de reglas de individualización y ejecución de la pena, el texto que se propone es en muchos aspectos mejorable. Así:

a) En cuanto al contenido material de las medidas (art. 40 bis 2):

- La obligación de *estar siempre localizable* (letra *a*) no se precisa en modo alguno, concretando mínimamente cómo o por quién. En este punto, la regla del apartado 3 (“*para garantizar el cumplimiento efectivo de esta pena, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios electrónicos que permitan la localización y el seguimiento permanente del reo*”) resulta útil pero insuficiente, porque *a sensu contrario* caben dos posibilidades: que el Tribunal pueda simplemente *no utilizar* esos medios, pero también que pueda *utilizar otros*, y esta última –y seguramente más común– modalidad carece, como se acaba de decir, no ya de concreción, sino incluso de mención.

- Las obligaciones de *presentación periódica en el lugar que se establezca* y la de *comunicar el cambio de residencia* o trabajo (letras *b* y *c*) carecen también de precisión suficiente acerca de quién ha de señalar el lugar, qué periodicidad máxima o mínima puede establecerse y a quién hay que comunicar los cambios. En estos aspectos es preciso asegurar un control judicial razonable y directo, o en cualquier caso establecer garantías para que no se produzcan fenómenos de delegación o derivación (incluso a favor de particulares) que debiliten el estricto control judicial de la ejecución.

- La redacción del apartado d) es confusa, puesto que se refiere a *“la prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida”*, cuando lo que posiblemente quiere regular es *la prohibición de ausentarse del lugar donde resida sin autorización del juez o tribunal*. La dicción del Anteproyecto permitiría dudar, en efecto, acerca de si la competencia para autorizar la ausencia es del Juez o Tribunal *del lugar de residencia*, y no del que conforme a las reglas de competencia conozca de la ejecución. En este punto, precisamente, no parece tener mucho sentido –y genera más confusión– la mención a un “tribunal”, si realmente se pretende que estas competencias de ejecución correspondan al Juez de Vigilancia.

- El apartado i) (*“la de no desempeñar determinadas actividades que pueda aprovechar para cometer hechos punibles de similar naturaleza”*) podría revisarse en lo que concierne a la utilización del verbo *aprovechar*, que, según se entienda, puede exigir un juicio de intenciones difícil de precisar en el debate jurídico. Podría ser preferible una expresión más neutra desde el punto de vista de la voluntad del sujeto, como por ejemplo *“la de no desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos punibles de similar naturaleza”*.

b) En cuanto al procedimiento de ejecución (apartados 1, 4, 5 y 6):

- Se establece que el Juez de Vigilancia “determinará” (art. 49 bis.1) o “concretará” (art. 49 bis. 4) la pena en fase de ejecución, pero no se perfila en el Anteproyecto un procedimiento para ello, más allá de la mención en este artículo 49 bis de la necesidad de oír al Fiscal al inicio (número 4), y de la audiencia del propio Fiscal y del interesado en caso de ulterior reducción o extinción de la pena (número 5). Sin que, por otra

parte, sea fácil de entender –ni se explique- por qué dicho interesado sólo ha de ser oído al transformar la medida, pero no al determinarla originariamente, ni tampoco se mencione audiencia alguna cuando de lo que se trata no es de reducir la duración, sino de modificar *en lo sucesivo* el contenido material de la obligación impuesta, o –parece- de sustituir una por otra.

- Se dice que el Juez de Vigilancia *podrá* modificar las medidas *en lo sucesivo* (art. 49 bis.4), pero no se establece pauta temporal alguna, ni de máximos ni de mínimos, y otro tanto ocurre con la solicitud, *periódicamente*, de los oportunos informes. De manera que queda al absoluto arbitrio del Juez -ya que ni siquiera se dice que puedan instarlo las partes, sino tan sólo *ser oídas*- la decisión de revisar cuantas veces le parezca pertinente, o ninguna (*“podrá”*), la situación del penado.

- Igual indeterminación se observa en relación con la reducción o extinción de la pena. Si bien el art. 49 bis. 5 es más claro –aunque no más exigente en el terreno de las garantías- al expresar que tal revisión podrá hacerse *“en cualquier momento”*, deja sin concretar un extremo fundamental, como es el de quién ha de elaborar *“el pronóstico positivo de reinserción”*. Puede *suponerse* que será un equipo técnico de la Administración Penitenciaria, pero razones de seguridad jurídica aconsejarían decirlo explícitamente en la norma, entre otros motivos porque sería discutible, en caso contrario, el soporte legal para que tales órganos pudieran desempeñar esta actividad, si no se procede a la simultánea reforma de la Ley Orgánica General Penitenciaria y su Reglamento.

- En el apartado de los incumplimientos (número 6 del art. 49. b) se plantean diversas cuestiones que el texto legal no debería dejar sin respuesta.

El incumplimiento de la obligación establecida por el Juez *puede* dar lugar a dos situaciones que se configuran como alternativas: o bien el cumplimiento de *otra* obligación que puede establecerse, o bien la deducción de testimonio por un delito de quebrantamiento de condena. Queda en este último caso incumplida definitivamente la obligación y por tanto la pena quebrantada, lo cual podría cuestionarse. Pero el problema mayor no es éste, sino de nuevo la aparente insuficiencia de garantías en el procedimiento, como consecuencia de la inconcreción del mismo. A la pregunta de cómo decide el Juez que se ha producido un incumplimiento, la norma no ofrece respuesta alguna. Tan sólo se prevé que ha de ser oído el Ministerio Fiscal (sorprendentemente, no se otorga el mismo tratamiento al propio condenado, que tal vez pudiera explicar las razones de su incumplimiento y facilitar la aplicación de otra regla de conducta que sí resulte viable), pero no se establece el más mínimo requisito, al menos en los supuestos en que están interviniendo otros profesionales, sean del ámbito penitenciario, formativo, sanitario, etc., acerca de la necesidad de recabar sus informes, dictámenes u opiniones.

Además es muy importante tener en cuenta que en realidad se trata de dos decisiones, a cual más trascendente: la primera, como se ha dicho, consiste en determinar si el penado ha incumplido su obligación; pero la segunda tiene por objeto abrir la vía para la imputación de un delito de quebrantamiento de condena. Se plantea la duda de si la opción del *prelegislador* es realmente ofrecer al Juez la libertad absoluta de decidir, sin sujeción a criterio legal concreto (aunque, como es obvio, de manera

motivada), si opta por dar una nueva oportunidad al penado que, según su criterio (del mismo Juez), ha incumplido la obligación, o por el contrario promover, directamente y sin más, la incoación de un proceso penal contra él.

- En fin, y en general, merece una mención especial la absoluta omisión de cualquier referencia a la posible audiencia o participación de la víctima en relación con la determinación y ejecución de esta pena, que incluso puede ser *pasivamente afectada* por ella (en el caso de la obligación de *alejamiento*), lo que no parece coherente con la política legislativa de reforzada atención a los afectados por los hechos criminales (delitos sexuales y de terrorismo) a los que pretende dar respuesta específica la libertad vigilada.

También desde ese punto de vista hay que insistir en que prácticamente todas las decisiones relativas a la individualización y ejecución –y el procedimiento mismo para adoptar tales decisiones- quedan por completo y exclusivamente en manos del Juez, oído, a lo sumo, el Fiscal.

No cabe duda de que desde el punto de vista legal y constitucional esa opción de política legislativa no es reprochable *per se*, en la medida en que la resolución judicial reúna las garantías mínimas de los artículos 9 y 24 CE. Pero en un esfuerzo de optimización de dichas garantías, en particular la seguridad jurídica, e incluso la igualdad ante la Ley, sería ciertamente conveniente la introducción de algún filtro de legalidad –de orden procesal y/o sustantivo- que permitiera concretar la facultad decisoria del Juez (de Vigilancia, se entiende), o al menos sujetarla

imperativamente a un procedimiento previo más rico en información y en contradicción.

Noveno y Décimo

Apartado 4 y 5 al artículo 52 y el apartado 5 al art. 53

El Anteproyecto da una nueva redacción a los apartados 4 y 5 al artículo 52, quedando como sigue:

4. En la determinación de la multa que se imponga a una persona jurídica se tendrán en cuenta prioritariamente los criterios enunciados en el apartado primero de este artículo y también la capacidad económica de la entidad.

5. Cuando estando prevista por este Código una pena de multa proporcional, el Juez o Tribunal razone en Sentencia que no han quedado acreditadas las bases para su determinación mencionadas en los apartados 1 y 4, impondrá en su lugar la pena de multa de dos meses a dos años conforme a lo dispuesto en el artículo 50, si bien fijará la cuantía, dentro de toda su extensión, atendiendo a los criterios del apartado 2 del presente artículo.

El número 4 aplica en relación con la persona jurídica los mismos parámetros que a la persona física. En cuanto a los criterios de determinación de la cuantía de la multa a que se refieren los párrafos 4 y 5 del artículo 52 que acabamos de transcribir, el texto trasluce nuevamente la voluntad del legislador de atribuir un amplio margen al arbitrio judicial, al tiempo que establece pautas

a las que atenderse en caso de que no estén acreditadas las bases para la determinación de la multa proporcional. Existen en nuestro derecho comparado soluciones imaginativas que nos parecen susceptibles de ser tenidas en cuenta en la medida en que atienden a variables susceptibles de cierta objetivación. En este sentido, el día 1 de enero de 2006 entró en vigor en Austria una ley de responsabilidad de las personas jurídicas por hechos delictivos (*Bundesgesetz über Verantwortlichkeit von Verbänden für Straften Verbandverantwortlichkeitsgesetz*) en la que se prevé que en la determinación de la cuantía de la sanción pecuniaria se tengan en cuenta especialmente los ingresos de la persona jurídica y cualesquiera otros aspectos relacionados con su capacidad de producción económica. Se concreta así el importe del día-multa, que habrá de corresponder con la 360ª parte de los ingresos anuales o con una cantidad que no supere o no alcance esa parte en un tercio.

El Anteproyecto también añade el apartado 5 al artículo 53, quedando redactado como sigue:

Podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante el período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o la estabilidad de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la multa.

Se explica el precepto por la necesidad de acompasar los objetivos de la represión penal con los de preservación de la actividad empresarial y los correspondientes puestos de trabajo. Y en ese sentido no puede sino valorarse,

en general, positivamente. Sin embargo, debiera haberse reservado un precepto independiente para su regulación, pues carece de lógica sistemática incluirlo como un apartado más de un artículo dedicado a la responsabilidad personal subsidiaria.

Por último, parecería más acorde con las exigencias de los principios de proporcionalidad y de intervención mínima, prever instrumentos menos gravosos que la intervención de la sociedad para conseguir la satisfacción de la pena de multa. En este sentido, opciones como el embargo y ejecución de los bienes o el bloqueo o intervención de cuentas bancarias de titularidad de la sociedad, podrían resultar igual de eficaces y mucho menos estigmatizantes.

Undécimo

Artículo 55

Se añade al artículo 55 lo siguiente: *El juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieran tenido una relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia.*

La novedad es la referencia a la privación de la patria potestad, siempre que hubiera tenido relación directa con el delito cometido. Se trata de una pena accesoria, a diferencia de la prevista para el artículo 192 CP, que tiene carácter de principal, para supuestos de condena igual o superior a los 10 años de prisión, fundada en el incumplimiento de deberes paterno filiales con subsiguiente daño para el menor, debiéndose establecer en la sentencia de

forma motivada la vinculación entre el hecho y el ejercicio del derecho. Sólo afecta a los derechos del titular de la patria potestad, pero no a sus deberes en relación con el menor.

Duodécimo

Artículo 56

Se añade a la redacción del art. 56, 1, 3ª la referencia a la privación de la patria potestad, debiéndose expresar la vinculación entre el hecho y tal privación en la sentencia:

1. En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

3ª. Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, así como la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia tal vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código.

Vale lo dicho en el apartado anterior. Pero lo que en el artículo 55 puede estar justificado por las graves penas impuestas (10 años o más de prisión), en el presente caso parece que deberían concretarse elementos adicionales para la aplicación de tan grave pena. Máxime cuando, como expusimos en el apartado undécimo, la posibilidad de privación de la patria potestad en la vía penal va más allá de la privación en la vía civil. Y ello porque el artículo 56 se refiere a penas inferiores a 10 años y no establece requisitos distintos de los

del artículo anterior. Deberían fijarse los delitos concretos en que podría entrar en acción o establecer algún criterio adicional para limitar el arbitrio del órgano penal sentenciador. En su defecto, habría que tener en cuenta que, al menos cuando es pena principal, el nuevo artículo 33.2.k) la califica de grave, por lo que su uso quizá debería limitarse a delitos con pena privativa de libertad en abstracto de 5 años. Téngase en cuenta que la pena parece definitiva, sin las posibilidades de recuperación que existen en la vía civil.

Decimotercero

Artículo 57 bis. Libertad Vigilada

Los comentarios realizados en apartados anteriores al nuevo instituto de la libertad vigilada han agotado anticipadamente muchas referencias al juego del artículo 57 bis en relación con otras normas, en particular el también nuevo artículo 49 bis.

En este lugar, por tanto, resta a lo sumo formular algunas precisiones residuales de orden técnico, si bien no puede evitarse una mención, por sucinta que sea, a una cuestión de orden político-criminal que probablemente subyace en la raíz más profunda de la reforma legal propuesta: se trata, justamente, de la elección de los tipos penales a los que se declara aplicable la nueva pena, y que este artículo 57 bis circunscribe a sólo dos grupos o clases de delito: los delitos contra la indemnidad y la libertad sexual, y los delitos de terrorismo.

En este aspecto es preciso invocar de nuevo la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se citó en el comentario al apartado Sexto, para reconocer al Legislador (y, por ahora, al Gobierno como titular de la iniciativa legislativa) la libertad de decidir, conforme a los parámetros que en dicha

Jurisprudencia se establecen, la tipificación de los delitos y las penas aplicables a ellos. Pero el Consejo Fiscal, como órgano de representación de quienes cada día trabajan por obtener soluciones eficaces y respetuosas con los derechos fundamentales de todos en el ámbito de la Justicia Penal, no puede dejar de observar que quizá limitar la aplicación de una pena con tantas posibilidades como es la libertad vigilada a los dos tipos de infracciones penales que se acaban de mencionar sea desaprovechar en alguna medida su enorme potencial; y tampoco de decir que el énfasis con que la Exposición de Motivos del Anteproyecto insiste en *equipar* (sic) los *delitos sexuales* y los de terrorismo, entre otros fines con el de justificar la creación de esta nueva pena, no ha de ayudar ciertamente a contener, al menos desde la óptica estrictamente jurídica, sin perjuicio de otros efectos que puedan buscarse, las críticas que pretendan ver en esta iniciativa legislativa inconvenientes reflejos de lo que se ha dado en llamar *derecho penal simbólico* o incluso *derecho penal del enemigo*.

Es, por ejemplo, como mínimo discutible que una pena como la libertad vigilada, especialmente idónea para tratar de evitar la reiteración delictiva (la propia exposición de motivos del Anteproyecto insiste en destacar su vinculación con la prevención especial) se aplique en el ámbito de la delincuencia terrorista a las conductas que se consideran más graves, que llevan aparejadas larguísimas penas de prisión –penas que íntegramente cumplidas, como exige el vigente Código Penal, devolverán a la sociedad personas de edad madura o incluso avanzada, que pueden llevar treinta y hasta cuarenta años desconectados de la actividad delictiva- y sin embargo no se prevea para aquellos supuestos de menor entidad, criminológicamente encuadrados en el inicio de la actividad terrorista, donde el riesgo de reincidencia, cometiendo delitos más graves, tras el cumplimiento de una pena relativamente corta, puede ser exponencialmente mayor.

Por todo ello, una revisión de tales planteamientos (incluyendo la extensión a otros delitos), o al menos de la forma de exponerlos, arrojaría probablemente el resultado de una visión más positiva de la verdadera entidad, la gran versatilidad y la posible eficacia -si se aportan los recursos materiales para ello- que ofrece la pena de libertad vigilada.

Dicho esto, las precisiones técnicas a las que se hacía mención son las siguientes:

- La redacción de los apartados a) y b) del artículo 57 bis.1 es defectuosa, puesto que, al establecer en qué casos hay que imponer como accesoria la pena de libertad vigilada, dice *“cuando el autor haya sido condenado por uno o más delitos...”* contra la libertad sexual o de terrorismo. Parece claro, sin embargo, que lo que quiere decirse es que se impondrá la accesoria cuando el autor *“sea”* condenado, y no cuando *“lo haya sido”* con anterioridad, puesto que este supuesto a lo que da lugar es, como en seguida se verá, a una agravación de la pena.

- El juego del apartado 1.b) y el apartado 2 de este artículo produce un efecto de *salto* en la agravación punitiva que tal vez no haya sido buscado de propósito, pero que puede generar problemas de desproporción o falta de *escalonamiento* de la pena. En efecto, el artículo 57 bis 1 dice que *“...la pena accesoria de libertad vigilada será impuesta (...) b) cuando el autor haya sido condenado por un delito de terrorismo de la sección segunda del Capítulo V del Título XXII de este Código, a una pena privativa de libertad igual o superior a diez años, o por dos o más delitos de terrorismo de la citada sección habiéndose apreciado la agravante de reincidencia en cualquiera de ellos”*. Y el apartado 2 del mismo artículo 57 bis establece lo siguiente: *“(...) En los supuestos de reincidencia, habitualidad, pluralidad de delitos o extrema*

gravedad, el Juez o Tribunal impondrá la pena en su mitad superior. Cuando no concurran los anteriores supuestos impondrá la pena en la extensión que estime adecuada en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la naturaleza del hecho delictivo”.

Pues bien, de dicha combinación resulta que la condena de diez o menos años de prisión por un único delito de terrorismo no lleva aparejada pena accesoria de libertad vigilada (art. 57 bis.1.b, *a contrario*), pero si los delitos son dos o más, y en uno de ellos se aprecia la reincidencia, parece que no sólo procede la imposición de dicha pena accesoria (art. 57 bis.1.b), sino que además debería aplicarse en su mitad superior, precisamente porque se trata de un caso de reincidencia (art. 57 bis.2). Sería conveniente, pues, aclarar este extremo, evitando en el texto de la ley lo que en definitiva puede constituir una infracción del principio *ne bis in idem*.

- Por último, y al hilo de la transcripción que acaba de hacerse del artículo 57 bis 2, es oportuno reseñar algunas cuestiones en torno a los supuestos de agravación de la pena, particularmente la imprecisión, en este contexto, de los términos *habitualidad* y *pluralidad de delitos*. Respecto de este último, si es que se refiere a lo mismo (esto es, si por *plural* hay que entender, como hace el DRAE, *dos o más*), es más clara la redacción del apartado 1.a), que directamente habla de *dos o más* delitos. Y si no es así, sería conveniente aclararlo, porque dadas las consecuencias punitivas, puede resultar muy gravosa la espera a una decantación jurisprudencial del concepto.

Y lo mismo sucede con la *habitualidad*. En el Anteproyecto de 2006 se utilizaba la referencia a la *habitualidad* delictiva porque, en el campo de

aplicación de esta pena (como sustitutiva, dentro del ámbito del art. 88 C. Penal.) existe –y se completaba, además- una definición legal que da el artículo 94 “a los efectos previstos en la sección 2ª de este capítulo“, es decir, a efectos precisamente de suspensión y sustitución de la pena. Pero aparte de esa definición, en ese preciso contexto, sólo se recogen algunas menciones aisladas a la habitualidad en la parte especial del Código, como la contenida en el art. 173, que la define para los supuestos de violencia doméstica, y otras (arts. 225, 285, 299) que no responden a una definición legal concreta. Por eso, la mención de la *habitualidad* con carácter genérico y sin más precisiones, sistemáticamente ubicada en el artículo 57 bis, carece de un punto de referencia suficiente en las coordenadas de la seguridad jurídica, máxime cuando ninguno de los dos grupos de supuestos a los que es aplicable la pena (terrorismo y delitos sexuales) incluye una regulación a tal efecto. Considerando que la consecuencia punitiva es la misma que la prevista para la reincidencia –que cuenta con un régimen jurídico mucho más estricto para su apreciación- pueden producirse situaciones de cierta desproporción o desigualdad sancionadora. Bastaría con una remisión al artículo 94 para resolver este problema.

Excursus: La pena imponible al *extraneus* (Artículo 65)

Se valora muy positivamente el mantenimiento de la vigencia del art. 65.3 del Código Penal que pretendía dejarse sin vigor en el decaído Anteproyecto de reforma de 2006.

La adición de la regla contenida en el art. 65.3 por medio de la reforma 15/2003 estaba plenamente justificada a los fines de atribuir rango legal a los

criterios jurisprudenciales que se habían ido decantando en el tratamiento punitivo del *extraneus* que participa en un tipo especial. En efecto, sentada la punibilidad del partícipe *extraneus* conforme al tipo especial (propio o impropio), un ulterior aspecto a clarificar era el de si debía imponérsele al inductor y al cooperador necesario la misma pena que al autor *intraneus*, e igualmente y por extensión, si debía imponérsele al cómplice *extraneus* la misma pena que le correspondería al cómplice *intraneus*. La idea rectora es que la gravedad del injusto cometido es distinta en el *extraneus* (que no infringe ningún deber personal cualificado) que en el *intraneus* (que sí lo hace).

Partiendo de esa necesidad de posibilitar un tratamiento penal diferenciado, lo cierto es que -hasta la reforma 15/2003- no existía ninguna disposición específica para darle cobertura, viniendo el párrafo 3 del art. 65 a cubrir esa necesidad, previamente resuelta por la Jurisprudencia por medio de la apreciación de la atenuante analógica. No explicaba la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2006 las razones de la supresión, pero en cualquier caso, se valora positivamente el cambio de postura del nuevo texto al mantener la vigencia de un precepto cuya aplicación en la práctica, aun no siendo preceptiva, es frecuente, específicamente en los procedimientos por delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social del Título XIV del Libro II del Código Penal donde resulta muy habitual la utilización de terceros (testaferros, asesores fiscales, *factureros*, etc.).

Es posible hacer alguna objeción al precepto del nº 3 del art. 65 en cuanto de su aplicación puede derivarse una equiparación del reproche penal del que sean destinatarios el cooperador necesario y el inductor (partícipes equiparados a autores), con el del cómplice conforme a las previsiones del art. 63, –en ambos casos, *pena inferior en un grado a prevista para el delito-*, pero

tal disfunción puede corregirse sin recurrir a la supresión de un precepto que precisamente facilita un mejor ajuste del reproche penal entre partícipes.

Decimocuarto.

Apartado 3 del art. 66

Se añade el apartado 3 al artículo 66, que queda redactado como sigue:

3. En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas, procederán los Jueces y Tribunales según su prudente arbitrio procurando observar, en la medida de lo posible, las reglas establecidas en este Capítulo.

El apartado tercero contiene dos mandatos: que los Tribunales apliquen las penas según su prudente arbitrio y además, que procuren observar en la medida de lo posible, las reglas establecidas en este Capítulo. Inicialmente, se advierte que todas las posibilidades, desde la perspectiva de concurrencia o no de circunstancias modificativas, están contempladas en el precepto y por tanto, siempre sería aplicable alguna de sus reglas. En consecuencia, resulta paradójico que se aconseje observar las reglas del precepto al tiempo que se consagra el recurso al prudente arbitrio como expresión de discrecionalidad no reglada. Debemos recordar que, como ya se ha indicado, no se han previsto circunstancias agravantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que las posibilidades de ajuste reglado de la pena solo serán de eventual aplicación en el caso de que concurran circunstancias atenuantes.

Existe una norma más para la determinación de la pena respecto a las personas jurídicas, que se contiene en el artículo 31 bis del Anteproyecto

cuando dispone que si a consecuencia de los mismos hechos se impusiere a la persona jurídica y a la persona física la pena de multa *los Jueces y Tribunales modularan las respectivas cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos.*

Decimoquinto.

Apartado 3 del Art. 116.

Se añaden [sic] el apartado 3 al artículo 116, queda redactado como sigue:

3. *La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de éste Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.*

Prevé el Anteproyecto que la persona jurídica responda de la restitución, reparación del daño e indemnización de los perjuicios materiales y morales derivados del delito conforme a las previsiones del art. 110 del Código Penal y de forma solidaria con aquellas personas físicas que se encuentren en alguno de los supuestos descritos en el art. 31 bis. No obstante, resulta criticable el uso de la expresión *condenadas*, que puede resultar equivoco, ya que existen supuestos de irresponsabilidad penal que no excluyen la responsabilidad civil (art. 119).

La responsabilidad civil subsidiaria del art. 120 del vigente Código Penal quedará reservada tan solo a los casos en que la persona física actúe fuera de los supuestos previstos en el art. 31 bis, es decir, cuando se trate de actos propios del *personal subordinado* que hayan podido actuar a pesar de ejercerse sobre ellos el debido control o en aquellos otros supuestos susceptibles de ser encuadrados en el art. 31 bis pero respecto de los cuales no se haya previsto en la Parte Especial la comisión del delito por la persona jurídica.

Decimosexto

Artículo 127. Comiso

El Anteproyecto de Ley Orgánica para la modificación del Código Penal, aborda en su artículo único apartados decimosexto y decimoséptimo la modificación de los artículos 127 y 129 del Código Penal integrados en su Título VI del Libro I dedicado a las consecuencias accesorias del delito.

El artículo 127, regulador del Comiso en la Parte General del Código Penal, junto con el artículo 374 del mismo texto legal, que contempla esa misma consecuencia accesoria en relación con los delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales asociado al mismo, fueron objeto de una importantísima reforma llevada a efecto por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de Noviembre, analizada extensamente en las Circulares 1/2005 y 2/2005 de la Fiscalía General del Estado. Dicha modificación incorporó en nuestro ordenamiento jurídico importantes innovaciones como el reconocimiento de la posibilidad de decomisar bienes de valor equivalente o de acordar dicha

medida aun cuando no se imponga pena alguna, en los casos de exención o extinción de la responsabilidad criminal, siempre que se demuestre la situación patrimonial ilícita, medidas estas que han contribuido, siguiendo las directrices supranacionales, a revitalizar esta figura incuestionablemente eficaz en la lucha contra las formas más graves de delincuencia y en especial contra el crimen organizado.

En el presente Anteproyecto de reforma, trascurridos cinco años desde la aprobación de la modificación precedente, el legislador pretende un nuevo paso en orden a establecer una base normativa adecuada de esta institución, siguiendo las directrices de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero, cuya base argumental hace propia en su Exposición de Motivos al indicar que *el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito, es objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha* contra la delincuencia organizada.

Con dicha finalidad el Anteproyecto, siguiendo las directrices establecidas en el artículo 3.2 de la citada Decisión Marco, contempla la incorporación de un segundo párrafo en el apartado primero del artículo 127 del siguiente tenor:

“El Juez o Tribunal podrá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de una actividad delictiva cometida en el marco de una organización criminal. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de las personas condenadas por cualquier delito cometido en el seno de dicha organización criminal.”

Este precepto incorpora como novedad, la posibilidad facultativa de que el órgano judicial sentenciador acuerde el comiso ampliado, previsión que realiza en dos incisos, incluidos en un único párrafo. En el primero de ellos otorga al Juzgador la facultad de hacer extensivo el comiso, en el caso de las organizaciones criminales a todos los bienes, instrumentos y ganancias procedentes de cualquier actividad delictiva imputable a dicha organización, aun cuando no se circunscriban al acto ilícito concreto objeto de enjuiciamiento.

Sin embargo la dicción del texto legal resulta confusa, plantea problemas importantes de interpretación y no se adecua plenamente a sentido de la Decisión marco de febrero del año 2005 cuya implementación pretende.

En primer término el precepto al definir el ámbito del decomiso ampliado se refiere a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de *“una” actividad delictiva cometida en el marco de una organización criminal*, expresión que podría llevar a una errónea interpretación según la cual dicha posibilidad de decomiso solo alcanza a los bienes y efectos derivados, procedentes o utilizados como medio para la comisión del hecho ilícito concretamente enjuiciado lo que no supondría sino una reiteración, para los supuestos de organizaciones criminales, de la norma que contiene, con carácter genérico, el párrafo primero del mismo artículo para todo tipo de comportamiento criminal, haciendo inexplicable, por lo demás, la utilización de los términos *ampliar el decomiso* que indudablemente sugieren un concepto más extenso que el del comiso regulado en el citado párrafo primero del artículo 127 CP. Es por ello que proponemos que se sustituya la expresión *una*

actividad delictiva por la de *actividades delictivas*, que es precisamente la utilizada por la Decisión Marco del año 2005.

En segundo lugar llama la atención que el texto propuesto en el Anteproyecto, al utilizar el término *podrá*, contemple la ampliación del decomiso como una facultad potestativa de la que puede hacer uso el Juez o Tribunal sin que por otra parte el texto legal defina los criterios que deben tenerse en cuenta en orden a adoptar dicha decisión. Es evidente que el órgano de enjuiciamiento, en el ejercicio de las facultades que le competen deberá valorar los elementos de juicio que le lleven, en su caso, al convencimiento de que los bienes de que se trata proceden de actividades ilícitas cometidas en el marco de la organización criminal, o bien directamente o bien a través de la presunción que se establece en el inciso número dos al que luego nos referiremos, pero una vez obtenido este convencimiento la decisión de decomisar no debe ser discrecional sino preceptiva, pues ese y no otro es el sentido de esta institución tal y como se define en la Decisión Marco de febrero del 2005 cuya transposición se pretende. En consecuencia resultaría más adecuada una redacción en la que se estableciera con carácter imperativo el decomiso de los bienes que pertenecientes a persona o personas condenadas procedan de actividades delictivas cometidas en el marco de una misma organización criminal.

Complementando este planteamiento el segundo inciso del nuevo párrafo segundo del artículo 127 establece, a efectos de la aplicación del inciso primero, es decir en orden a vincular efectos, bienes, instrumentos y ganancias con actividades ilícitas, la presunción legal de que procede o tiene su origen en la actividad delictiva, y por tanto es susceptible de decomiso, el patrimonio de las personas condenadas por delitos cometidos en el marco de una

organización criminal, que no se encuentre justificado en atención a los ingresos legales de dichas personas, es decir que resulte desproporcionado en relación con dichos ingresos legales.

Como hemos indicado, este precepto se hace eco de las directrices internacionalmente asumidas para asegurar la incautación y confiscación de los productos del delito en el entendimiento de que esta medida constituye un instrumento eficaz contra la delincuencia organizada, lo que exige un esfuerzo de armonización de legislaciones en relación con ello. Así la propia Decisión Marco 2005/212/JAI fija entre sus objetivos *garantizar que todos los Estados miembros dispongan de normas efectivas que regulen el decomiso de los productos del delito en particular en relación con la carga de la prueba sobre el origen de los bienes que posea una persona condenada por una infracción relacionada con la delincuencia organizada.*

Las dificultades probatorias acerca de la vinculación con la actividad criminal de los bienes y efectos pertenecientes a quienes son condenados por actividades delictivas cometidas en el seno de organizaciones criminales preocupa desde hace décadas a la Comunidad Internacional, conscientes de que ello puede constituir un serio obstáculo para la incautación de los efectos y las ganancias derivadas del hecho criminal y en definitiva para el estrangulamiento de la propia organización. Así el artículo 5.7 de la Convención de Viena de 1988 sugería, hace veinte años, a los Estados la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito de los bienes susceptibles de decomiso, en la medida en que ello fuera compatible con los principios informadores de los derechos internos y en igual sentido el artículo 12.6 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 12 de Diciembre del año 2000, también llamada

Convención de Palermo y el art. 31 de la Convención de Mérida del año 2003, contemplan la posibilidad de que los Estados parte puedan exigir al delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso en la medida en que ello sea conforme con los principios de su normativa interna y con la índole de los respectivos procedimientos judiciales.

En el ámbito Europeo la Recomendación 19 del Plan de Acción 2000, denominado “Prevención y control de la delincuencia organizada- Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio” plantea también la conveniencia de estudiar instrumentos que con el debido respeto a los principios jurídicos fundamentales, introduzcan la posibilidad de mitigar la carga de la prueba, en el ámbito penal, civil o fiscal, según los casos, en lo que se refiere al patrimonio de una persona condenada por infracciones relacionadas con delincuencia organizada.

Son varias las soluciones que ofrece a este problema el derecho comparado:

-En Gran Bretaña, el Acta de 1986 sobre delitos de tráfico de drogas, autoriza a los Tribunales a incautar todos los bienes del acusado y a confiscar todos los bienes del condenado, incluso los obtenidos en otros países y los poseídos durante un periodo anterior de 6 años, obligándole a probar el medio de adquisición.

-En Portugal, la Ley 5/2002 de 11 de enero contra el crimen organizado, permite el decomiso del patrimonio del condenado considerando producto del delito la diferencia entre el valor efectivo del patrimonio y el que se corresponda con sus rentas lícitas, dándole la posibilidad de probar la licitud del origen de dicha diferencia patrimonial.

-En Italia la Ley Rognoni-La Torre de 13-IX-1982 contra la delincuencia mafiosa establecía la posibilidad de incautar y confiscar, al margen del proceso penal, todos los bienes de los que dispusiera directa o indirectamente las personas pertenecientes a esas organizaciones criminales. En principio esta medida era aplicable incluso a personas simplemente sospechosas o indagadas por determinadas actividades delictivas relacionadas con la mafia, lo que determinó que dicha disposición legal fuera declarada inconstitucional. Esta declaración motivó la posterior reforma del texto legal y la promulgación de la Ley 50/94 de 8 de Agosto que permite aplicar este procedimiento a las personas condenadas por las actividades criminales previstas a estos efectos.

Es en este marco donde debe analizarse este precepto cuya inclusión en nuestro Código Penal se valora positivamente por el Consejo Fiscal. La extensión de la posibilidad del decomiso a cualesquiera bienes derivados de actividades ilícitas cometidas en el marco de una organización criminal transpone en la legislación nacional la Decisión Marco 2005/212/JAI, antes citada y se hace eco de la propia doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que se pronunció en el Pleno de 5-X-1998 en el sentido de que “el comiso de las ganancias a que se refiere el art. 374 del C. Penal debe extenderse a las ganancias de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso, el principio acusatorio”.

Por otra parte, la incorporación de la presunción legal, plasmada en el inciso segundo del mismo párrafo no afecta en si misma al derecho fundamental a la presunción de inocencia. En realidad se trata de una presunción que no incide ni en el núcleo de la acción delictiva objeto de enjuiciamiento ni en la imputación de dicha acción a persona concreta y determinada. Tal y como aparece configurada, opera respecto de personas condenadas en un proceso penal tramitado con todas las garantías y en las que el imputado ha tenido la posibilidad de ejercer debidamente su derecho a defenderse de las acusaciones formuladas contra el; sus consecuencias, por tanto, son exclusivamente de carácter patrimonial y económico, derivadas en todo caso de la acreditación de la comisión de actividades ilícitas relacionadas con el crimen organizado y, además, dicha presunción es susceptible de ser enervada mediante prueba en contrario que acredite o justifique el origen lícito del patrimonio cuestionado. Su configuración, por tanto, es la de una presunción “iuris tantum” que, en consecuencia, será en todo caso objeto de valoración judicial y admite prueba en contrario.

Sin embargo, estimamos que también en este caso la formulación legal del precepto tal y como se recoge en el anteproyecto resulta confusa en su redacción pues no se especifica, aunque puede sobreentenderse, que el patrimonio susceptible de ser considerado desproporcionado es el de cada uno de los condenados en atención a los ingresos obtenidos legalmente por cada uno de ellos. Es por ello, que para evitar futuros problemas interpretativos que incidan en el principio de seguridad jurídica, se sugiere que este inciso quede redactado de la siguiente forma:

A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización criminal cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.

La propuesta de reforma del artículo 127 del Código Penal incluye otra novedad importante. En la regulación actualmente vigente únicamente está previsto el comiso en relación con hechos ilícitos de carácter doloso, bien se trate de delitos o de faltas. Aun cuando con anterioridad a la publicación del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/95, la norma penal sustantiva preveía en su artículo 48 el comiso de los efectos derivados del hecho criminal y de los instrumentos con que se hubiera ejecutado cualquier clase de delitos y faltas -en relación con las cuales se hizo extensiva esta posibilidad en virtud de la reforma operada por la L.O. 3/1989 de 21 de Junio- sin distinguir el carácter doloso o culposo de la infracción criminal, lo cierto es que el legislador de 1995 limitó el comiso a los comportamientos dolosos, sin razón aparente que justificara esta decisión.

El Anteproyecto de reforma del Código Penal recupera, en parte, la tesis tradicional e incorpora en el artículo 127 un nuevo apartado en que se prevé la posibilidad de acordar el comiso, dentro de ciertos límites, en el caso de delitos imprudentes. Debe considerarse plenamente acertada esta modificación en la medida en que estos comportamientos negligentes, en ocasiones, pueden causar graves perjuicios, lo que hace que resulte adecuado el decomiso de las ganancias derivadas de este tipo de conductas y de los bienes y efectos vinculados a la realización y ejecución de las mismas, aun cuando el resultado únicamente sea imputable a título de imprudencia.

El nuevo apartado que se propone en el anteproyecto es del siguiente tenor:

“En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.”

Nótese que el Anteproyecto prevé que esta consecuencia accesoria pueda ser acordada facultativamente por el Juez o Tribunal, a diferencia de los supuestos de delitos y faltas dolosos en relación con los cuales, a salvo el respeto al principio acusatorio, el comiso de efectos, bienes, instrumentos y ganancias tiene carácter preceptivo. Por otra parte el comiso no es posible en todo caso sino únicamente en los supuestos de delitos imprudentes para los que esté prevista una pena privativa de libertad superior a un año, quedando por tanto excluidas todas las faltas imprudentes, así como los delitos que no sean merecedores de una pena de tal naturaleza y duración.

Aun cuando en la Exposición de Motivos del Anteproyecto no se argumenta justificación alguna a esta limitación en cuanto a la aplicación del comiso en los supuestos de comportamientos imprudentes, la explicación hay que buscarla en la mayor gravedad de estos comportamientos y en el propio artículo 2 de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de la Unión Europea, antes citada, que fija ese mismo límite de pena privativa de libertad superior a un año, como presupuesto a partir del cual los Estados miembros deben

adoptar las medidas necesarias para poder proceder al decomiso total o parcial de los instrumentos y productos de infracciones penales, sin distinción de si se trata de comportamientos dolosos o culposos.

Finalmente el precepto incorpora también dos modificaciones estructurales: la numeración como nº 3, 4 y 5 de los antiguos apartados nº 2, 3 y 4, como consecuencia de la incorporación del novedoso apartado nº 2 relativo al comiso en los supuestos de delitos imprudentes y la adaptación del texto del vigente apartado nº 2, en el anteproyecto numerado como 3, relativo al comiso de valor equivalente en el que la referencia a los bienes objeto de sustitución se concreta a todos los de los apartados anteriores, incluyendo también los correspondientes al comiso ampliado y al comiso en los supuestos de delitos imprudentes.

Incuestionablemente debe celebrarse que el legislador, aborde definitivamente la transposición de la Decisión Marco 2005/212/JAI en nuestra legislación interna, especialmente si tenemos en cuenta que casi simultáneamente se está tramitando el anteproyecto de ley para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso y ley orgánica complementaria, que fue informado por el Consejo Fiscal en su anterior sesión celebrada el pasado 28 de Octubre y que tiene como objetivo la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo de 6 de octubre de 2006 sobre aplicación del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones de decomiso.

En un orden temporal lógico, como tuvimos ocasión de indicar con ocasión de dicho informe, la armonización de la regulación sustantiva del

decomiso debería haber precedido a la reglamentación del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en esa misma materia. No ha sido así, pero cuando menos la tramitación casi coincidente en el tiempo del presente anteproyecto solventa en gran medida algunas de las dificultades que fueron apuntadas en su día por este Consejo Fiscal.

Decimoséptimo

Artículo 129. Otras consecuencias accesorias

La reforma de este precepto está vinculada a la incorporación que se prevé en el Anteproyecto de un nuevo artículo, el 31 bis del C. Penal relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y a la proyectada modificación del artículo 33 del mismo texto legal que, en su apartado 7º, establece como penas imponibles a las personas jurídicas muchas de las medidas que contempla el actual artículo 129 del Código Penal, como consecuencias accesorias del delito.

Según indica la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto lo que se pretende mediante la reforma de este precepto es que al margen de los supuestos previstos expresamente en la parte especial en los que la declaración de responsabilidad penal de una persona jurídica atrae la imposición de alguna o algunas de las penas previstas en el artículo 33.7 del C. Penal sea posible también la adopción de similares medidas *con carácter preventivo para cualquier organización con o sin personalidad jurídica siempre que el delito objeto de la condena haya sido cometido por quienes dirijan o controlen la actividad de la organización o por los miembros de la misma cuando su actuación delictiva haya sido ordenada, instigada o permitida por aquellos.*

La redacción que en el anteproyecto se propone para el artículo 129 C. Penal es la siguiente:

1. *El Juez o Tribunal previa audiencia del Ministerio Fiscal y de los respectivos titulares o representantes si los hubiere, podrá imponer motivadamente a las asociaciones, sociedades, organizaciones y empresas, como medidas orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma, las privaciones y restricciones de derechos enumeradas en el artículo 33.7.*
2. *Será requisito necesario para la imposición de las medidas que el delito objeto de la condena haya sido cometido por quien o quienes dirijan o controlen la actividad de la asociación, sociedad u organización o por los miembros de la misma cuando su actuación delictiva haya sido ordenada, instigada o permitida por los primeros.*
3. *La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el art. 33.7.*

Por tanto la nueva redacción del artículo 129 Código Penal abre la posibilidad de aplicar, con carácter facultativo, las consecuencias accesorias que contempla a cualquier clase de asociación, sociedad, organización o empresa, no ya como penas sino como consecuencias derivadas del delito, cuando por carecer de personalidad jurídica propia no sea posible decretar su

responsabilidad penal o aún ostentando personalidad jurídica, los tipos penales en los que se incardinan los comportamientos enjuiciados no prevean dicha declaración de responsabilidad penal y en consecuencia la posibilidad de imposición de alguna o algunas de las sanciones previstas en el artículo 33.7 de la norma penal sustantiva.

Sin perjuicio de ello, el análisis conjunto de este precepto y del artículo 31 bis, tal y como se encuentran redactados en el Anteproyecto objeto de informe, sugiere también la posibilidad de que puedan adoptarse alguna o algunas de las medidas que contempla el artículo 129 como consecuencias accesorias del delito respecto de asociaciones, sociedades organizaciones o empresas con personalidad jurídica propia en aquellos supuestos en los que pese a estar expresamente prevista en el tipo penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no concurren en el caso concreto los requisitos exigidos por el proyectado artículo 31 bis C. Penal. Esta posibilidad de antemano no habría de descartarse al prever el artículo 31 bis requisitos más rigurosos para su aplicación que el artículo 129, entre ellos la exigencia de que los delitos se hayan cometido *por cuenta y/o en provecho* de la persona jurídica a quien se hace responsable penal, elemento que no exige el artículo 129. De entenderse así, en estos supuestos, el hecho de no declararse responsable penal a la persona jurídica no impediría la imposición respecto de la misma de cualquiera de las medidas accesorias que examinamos con sujeción, en todo caso, a las limitaciones establecidas en este precepto. Es esta precisamente la posición que parece mantener el Anteproyecto, en el artículo 288 de la parte especial al contemplar la responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Efectivamente en la proyectada redacción de dicho precepto se establece que: *No obstante lo anterior, en los supuestos contemplados en los artículos 271 y 276 los Jueces o Tribunales impondrán a la organización, bien como penas si procediera la declaración de su*

*responsabilidad penal de acuerdo con el artículo 31 bis de este Código, bien como medidas en los casos previstos en artículo 129, alguna o alguna de las siguientes...*e igual sentido tiene el apartado segundo del artículo 302 respecto de los delitos de blanqueo de capitales. En cualquier caso, el legislador debiera pronunciarse expresamente acerca de la posibilidad que examinamos a fin de evitar futuros problemas de interpretación de la norma.

La previsión de estas medidas accesorias en el C. Penal de 1995 cumplió una doble finalidad de prevención general y especial: advertir de las consecuencias que pueden derivarse de la utilización de empresas organizaciones y/o asociaciones para la comisión de determinados comportamientos delictivos y evitar que quien ya ha sido condenado como responsable de hechos de tal naturaleza continúe utilizando la empresa u organización con idéntica finalidad criminal. La actual regulación, derivada de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre adaptó el precepto a la modificación operada en el artículo 31 del C. Penal e introdujo algunas mejoras de interés como la necesidad de dar audiencia del Ministerio Fiscal y la incorporación al catálogo del artículo 129 de una nueva medida tendente a proteger los derechos de los trabajadores y acreedores de la empresa.

El precepto objeto de análisis, tal y como queda configurado en el Anteproyecto, mantiene esencialmente la misma estructura sin bien adaptándola a la proyectada regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas y suprimiendo como requisito para la imposición de las medidas el de que exista previsión específica para ello en el tipo correspondiente de la parte especial, extremo este último que amplía considerablemente las posibilidades de aplicación de estas consecuencias accesorias.

Sin embargo esa pretendida amplitud en la posibilidad de aplicación de estas medidas viene acotada por diversas circunstancias:

En primer término, por los requisitos formales que el legislador exige para su adopción, ya que además de hallarse el órgano judicial vinculado por el principio acusatorio, el texto proyectado, manteniendo en ese punto la actual regulación, exige la audiencia previa del Ministerio Fiscal y de los respectivos titulares o representantes de la entidad afectada.

En este punto debe traerse a colación la reflexión realizada en relación con este mismo precepto, en su actual redacción, por la Circular 1/2005 de la Fiscalía General del Estado a cuyo tenor *la exclusiva mención al Ministerio Fiscal entre las posibles partes acusadoras no puede llevar a sentar la conclusión de que quedan excluidas las demás posibles acusaciones no públicas, por lo que deberá oírse a todas las partes mencionadas. Los Sres. Fiscales ante la ausencia de previsión expresa de la cuestión en las normas procesales, invocarán en sus informes la aplicación analógica de los artículos 615 y ss de la LECrim, como justificación de la concesión del trámite de audiencia al resto de las acusaciones personadas.* La propuesta de reforma de este precepto abre una vía para solventar esta cuestión haciendo extensiva la audiencia previa a quienes se hayan personado como acusación.

En segundo lugar, la circunstancia de que dichas medidas solo puedan acordarse con una de las finalidades específicamente previstas por el legislador en plena coincidencia con las que contempla la actual regulación:

prevenir la continuidad delictiva o los efectos de la misma, y a cuya concurrencia en el supuesto concreto deberá necesariamente referirse el órgano judicial en la preceptiva motivación de la resolución por la que se acuerden. Al respecto debe recordarse que no se trata de imposición de una pena sino de concreción de unas medidas que únicamente son susceptibles de adoptarse si través de las mismas es posible conseguir unos objetivos claramente determinados en la ley.

En tercer lugar y en orden al vinculo que debe existir entre la persona condenada y la asociación sociedad u organización respecto de la que se adopte la medida, el número 2 del proyectado artículo 129 exige, como requisito necesario para ello, que el delito objeto de la condena haya sido cometido por quien o quienes dirijan o controlen la actividad de la asociación, sociedad u organización o por los miembros de la misma cuando su actuación delictiva haya sido ordenada instigada o permitida por los primeros. Esta exigencia, junto con la concreta finalidad a la que necesariamente deben orientarse las mismas, acota definitivamente el marco de aplicación de estas medidas cuya adopción requerirá de una decisión judicial particularizada en la que se valoren las específicas circunstancias concurrentes en cada caso.

Es llamativo en este apartado que el texto legal mencione exclusivamente a quienes dirijan o controlen la actividad de la *asociación, sociedad u organización*, pese a que el precepto se refiere con carácter general, y así se expresa en el párrafo primero, a *asociaciones, sociedades, organizaciones y empresas*. No existiendo aparentemente razones que justifiquen en este caso la exclusión de los directivos o responsable de las empresas, parece que esta omisión se debe a un olvido del legislador que habrá de ser subsanado.

Finalmente y en cuanto a las medidas imponibles el legislador opta por una remisión al artículo 33.7, no en toda su extensión sino en referencia a *las privaciones y restricciones de derechos enumeradas* en dicho precepto lo que excluye la multa por cuotas o proporcional. Nótese, sin embargo que el texto del artículo 129 tal y como se propone, a diferencia de la regulación actualmente vigente, no contiene límite temporal alguno en relación con estas medidas. Ciertamente es que la referencia genérica al artículo 33.7 C. Penal podría subsanar suficientemente este silencio legal, pero parece conveniente que para evitar futuros problemas hermenéuticos, se precise dicha circunstancia limitando el periodo máximo de duración de cada una de las medidas a excepción, obviamente, de las de carácter definitivo.

Como novedad, y fruto de la remisión general al artículo 33.7 se incorpora con la reforma, en relación con la regulación actual una nueva medida cual es *la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad social*.

Al igual que en el texto actualmente vigente se prevé en el anteproyecto la posibilidad de adopción cautelar, por parte del Juez de Instrucción, de alguna de estas medidas, concretamente la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y como novedad respecto de la regulación actual, la intervención judicial, incorporación que merece una valoración positiva ya que la naturaleza de esta medida la hace especialmente adecuada para ser adoptada, de forma cautelar, durante la fase de instrucción del proceso penal en orden a garantizar y salvaguardar los derechos de terceros, bien se trate de trabajadores o acreedores de la empresa o sociedad afectada por la intervención.

Curiosamente es en este apartado en el que el Anteproyecto parece establecer limitaciones en relación con la imposición de estas medidas a través de una referencia genérica al artículo 33.7 del C. Penal que por el contrario no establece ninguna limitación, en su párrafo último en relación con este extremo. Obviamente la duración de cualquier medida cautelar privativa de derechos no debe exceder del periodo máximo de duración de la pena o de la medida definitiva de igual naturaleza prevista para el hecho de que se trate y en ese sentido la precisión es adecuada tanto se trate de medida cautelar impuesta al amparo del artículo 33.7 párrafo último o del 129.3 ambos del C. Penal, pero como indicábamos anteriormente la referencia a las limitaciones temporales previstas en el artículo 33.7 debiera efectuarse con carácter general y no a propósito exclusivamente de la adopción cautelar de las medidas accesorias.

Finalmente debe indicarse que la posibilidad de adopción cautelar de estas medidas sería conveniente se efectuara con mayor precisión en aspectos tales como la posibilidad de acordarse de oficio o, en su caso, a petición de las partes y el procedimiento que debe seguirse para su adopción.

Decimoctavo

Artículo 130. Extinción de la responsabilidad de la persona jurídica

El actual artículo 130 pasa a ser el apartado 1 de dicho artículo y se le añade un apartado 2 con el siguiente contenido:

2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o resulta de la escisión.

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

El nuevo apartado 2 del art. 130 en su primer párrafo se refiere a situaciones que en alguna medida transforman o *convierten en otra* a la persona jurídica, mientras en el párrafo segundo se prevé el mantenimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica ante determinados actos jurídicos simulados o realizados subrepticamente.

El precepto trata de hacer frente a las posibilidades de elusión de la responsabilidad penal que se derivan de la naturaleza dinámica que caracteriza *también* a las personas jurídicas, agravada por la particularidad de que los cambios a que las mismas están sujetas a lo largo de su existencia responden en buena parte de los casos a la estricta voluntad de las personas físicas que las integran. La redacción es la misma que se proponía en el Anteproyecto de reforma del año 2006 y ya en aquel momento se advertía en la Exposición de Motivos que la intención del precepto era evitar que la responsabilidad de la persona jurídica fuera *burlada por el fácil camino de la desaparición*.

Pese a ello, del texto que se propone se pueden extraer varias conclusiones contrarias a ese espíritu y que aconsejarían una redacción más cuidadosa. En el párrafo primero del nº 2 no se incluye la disolución de la persona jurídica como uno más de los supuestos enunciados y que no extinguen su responsabilidad penal. Conforme a esa dicción y al tenor literal del segundo párrafo, habrá que entender que la simple disolución de la persona jurídica, sin derivar en ulterior *transformación, fusión, absorción o escisión*, y sin adjetivar (*encubierta o meramente aparente*), sí constituirá causa de extinción de la responsabilidad penal de la entidad.

Además, el primer párrafo pudiera plantear problemas en la medida en que en la *transformación, fusión, absorción o escisión* de una persona jurídica responsable penal, participen otras personas físicas o jurídicas con la cualidad de terceros de buena fe que se verán obligados a soportar las consecuencias indeseables de la condena penal sobre la persona jurídica de la que han pasado a formar parte.

En el párrafo segundo se hace referencia a la *disolución encubierta o meramente aparente* de la persona jurídica. Resulta adecuada la alusión expresa a la segunda de las opciones, la *disolución meramente aparente*, que parece remitir al acto jurídico pretendido, ficticio o puramente formal, optando el texto por negarle virtualidad extintiva de la responsabilidad de forma similar a cómo se resuelven los supuestos de simulación negocial en el art. 16 de la Ley General Tributaria.

Menos utilidad práctica se reconoce a la expresión *disolución encubierta* -que conforme a la definición del segundo término que da la Real Academia de

la Lengua Española-, es aquella que permanece *oculta*; es de suponer que la misma se refiere a la persistencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica, aun cuando se produzca su extinción de forma *secreta o carente de publicidad*, constituyendo una previsión quizá innecesaria que sin embargo y a *sensu contrario*, refuerza la consecuencia -apuntada más arriba- respecto a los efectos extintivos de la disolución que se efectúe fuera de la clandestinidad.

Decimonoveno

Prescripción (art.131).

La prescripción se rebela como una institución fundamental en nuestro Estado de Derecho y más en la represión penal. Por el transcurso de un periodo de tiempo, sin que el delito sea perseguido o la pena ejecutada, desaparecen los efectos de la infracción penal resultando innecesaria la pena, provocando la renuncia expresa del Estado a ejercer el *ius puniendi*, constituyéndose la prescripción en una garantía para el imputado. Esta renuncia al *ius puniendi* que implica la prescripción se fundamenta en razones de orden público, de interés general, vinculados a la propia finalidad de la pena. Así, la sanción penal resulta irrelevante cuando los fines reparadores y socializadores, son ya incumplibles dado el tiempo transcurrido. La constante jurisprudencia del Tribunal Supremo ha destacado la grave contradicción de imponer un castigo cuando los fines del sistema punitivo y más concretamente la reinserción y rehabilitación social son ya inalcanzables, aspiración de rango constitucional, predicado en el artículo 25 de la CE.

Por ello, cualquier regulación que se aborde en relación con la imprescriptibilidad de delitos o de penas obliga a ser muy cuidadosos y reflexivos para evitar que con ello se quiebre el planteamiento antes indicado obviando la importante función rehabilitadora que atribuye a las penas

privativas de libertad nuestro ordenamiento jurídico. En cualquier caso debe tratarse de una previsión excepcional que debe llevarse a cabo con extrema prudencia.

El anteproyecto de Ley Orgánica modifica el párrafo 3 del apartado 1 y el apartado 4 del artículo 131 del código Penal, que queda redactado como sigue:

1. Los delitos prescriben:

A los diez, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez, así como los delitos contemplados en los artículos 305 a 309 de este Código.

4. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.

Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona, lesiones previstas en el artículo 149, o bien cuando hubieren consistido en el secuestro de una persona.

El presente Anteproyecto propone la ampliación de los plazos de prescripción para los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, la imprescriptibilidad de determinados delitos de naturaleza terrorista y la exclusión como imprescriptible del delito tipificado en el artículo 614 del Código Penal. Los plazos de prescripción de los delitos se encuentran vinculados a la gravedad de la infracción.

La reiterada utilización de testaferros y la existencia de entramados societarios impiden identificar de forma sencilla a los presuntos responsables

de los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social, por lo que un plazo más longevo de prescripción facilita la represión de los citados delitos. No obstante, se podría haber optado por aumentar las penas para los delitos fiscales al menos en las modalidades agravadas, lo que hubiera conllevado igualmente un aumento del plazo de prescripción. El establecimiento de esos plazos pertenece a la soberanía del legislador.

Asimismo, conviene que se tenga en consideración la desproporción entre los plazos de prescripción tributaria y los plazos de prescripción penal. La presente reforma podría llevar aparejada una modificación de los plazos previstos en el artículo 66 de la LGT.

La imprescriptibilidad de los tipos recogidos en los artículos 572.1.1 y 2 del Código Penal, se configura como una opción legislativa y por tanto pertenece a la soberanía del legislador. No obstante, no debe perderse de vista, no solo el fundamento de la prescripción sino también la escasa eficacia práctica de la citada regulación por cuanto los delitos de terrorismo previstos en los párrafos 1 y 2 del artículo 572 presentan ya unos plazos de prescripción de 25 a 30 años.

La exclusión como imprescriptible del delito previsto en el artículo 614 del Código Penal, es coherente con la pena en abstracto dispuesta en el tipo, que podría dar lugar a la condena condicional.

Ha de destacarse la ausencia de una regulación de la prescripción aplicable a los delitos conexos, que se presentan con frecuencia en la práctica procesal. Dichos casos han sido reiteradamente resueltos por la doctrina del Tribunal Supremo (STS 966/2004 de 21-VII y 312/2006 de 14-III) en el sentido de aplicarles el plazo de prescripción señalado para el más grave de ellos. Por dicho motivo, se propone contemplar expresamente tal supuesto, que podría ser regulado por el Anteproyecto del siguiente modo: *En los supuestos de*

concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el señalado para la más grave.

Y a pesar de que con la inclusión del apartado 5 del artículo 305 del Código Penal, parece reafirmarse la autonomía del delito fiscal en lo concerniente a la prescripción, el artículo 131 no proyecta respuesta a la concurrencia de plazos prescriptivos diferentes sobre un mismo hecho, (prescripción tributaria y penal) que ha dado lugar a disputas interpretativas que se podrían atajar.

Vigésimo.

Interrupción de la prescripción (art. 132.2).

El Anteproyecto de Ley Orgánica modifica el apartado 2 del artículo 132 del Código Penal, que queda redactado como sigue:

La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable, comenzando a correr de nuevo el tiempo de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena. El procedimiento se entenderá dirigido contra la persona referida en el momento en que se produzca actuación material sustancial del Juez Instructor o cuando éste ordene a la Policía judicial la práctica de diligencias orientadas a su detención.

La presentación de denuncia o querrela ante un órgano judicial y contra una persona determinada, suspenderá el cómputo de la prescripción, continuando el mismo desde el día de la presentación una vez que el órgano judicial correspondiente no la admitiese a trámite.

El Anteproyecto se propone resolver las notorias dificultades que ha presentado la interpretación del criterio de la interrupción, y que han quedado expuestas en la confrontación reciente entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Las sentencias del Tribunal Constitucional 63/05 y 29/08 han originado un gran debate jurídico orientado a clarificar un concepto tan esencial como la interrupción de la prescripción. Incluso, la Fiscalía General del Estado a través de la Instrucción 5/05 trasladó a los miembros del Ministerio Fiscal pautas de actuación tanto en la presentación de denuncias y querellas como en la línea de interpretación a mantener respecto la interrupción de la prescripción. No debe obviarse que la prescripción encuentra su fundamento en el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la CE. La seguridad jurídica no solo es predicable con respecto al presunto responsable sino también respecto de las víctimas y el Estado. Por ello, merece alabar la actitud del legislador de proponer una reforma en esta materia que pretenda acabar con las discrepancias jurisprudenciales. No obstante, aborda la institución de la prescripción desde la perspectiva de la interrupción, omitiendo cualquier referencia al cómputo de la prescripción en los delitos en que concurren condiciones objetivas de punibilidad, condiciones de procedibilidad o la propia base del cómputo. Por tanto, entendemos que la reforma del Anteproyecto no resuelve íntegramente el problema de la prescripción.

Con el Anteproyecto actual, el legislador introduce tanto el criterio de acto jurisdiccional de intermediación, como el planteamiento del TS sobre la mera presentación de denuncia o querella. De ello se desprende, que no ha dado la espalda a la realidad planteada por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional y se ha hecho eco de la propia Instrucción de la Fiscalía General del Estado.

El Anteproyecto mantiene en el artículo 132.2 el criterio de vincular la interrupción de la prescripción a la existencia de un procedimiento dirigido contra persona determinada que *aparece indiciariamente como penalmente*

responsable. La expresión utilizada viene a sustituir el término culpable del texto vigente. Dicha modificación resulta beneficiosa, más cuando se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No obstante, uno de los conflictos que se pueden originar es la identificación del penalmente responsable y más en los fenómenos de delincuencia organizada. El presente Anteproyecto no introduce ninguna propuesta sobre que es lo que debe entenderse como persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable, aunque el término determinada parece indicar identificada. Pero en ese caso, se exigiría una identificación completa de la persona contra la que se pretende dirigir la acción, a pesar de que en muchos hechos delictivos el ciudadano agraviado no puede aportar la totalidad de los datos que permitan determinar o identificar plenamente a una persona.

Por tanto, podría incorporarse que el procedimiento *se dirija contra persona identificada o susceptible de identificación que aparezca indiciariamente como penalmente responsable*.

Sobre que debe entenderse por procedimiento dirigido contra persona determinada, el legislador utiliza la fórmula de *actuación material sustancial del juez instructor o cuando éste ordene a la Policía Judicial la práctica de diligencias orientadas a su detención*. Dicha fórmula supone ya en sí mismo una redundancia. No existe una actuación más sustancial del juez instructor que el ordenar la detención. La detención acordada por el juez instructor conlleva la privación de libertad de un sujeto. Por tanto la detención reviste innecesariamente el carácter de actuación material sustancial.

Asimismo, el texto previsto sigue sin establecer de forma clara y unívoca que debe considerarse como actuación sustancial material, lo que acentuará nuevas interpretaciones jurisprudenciales que aborden dicha cuestión. En nuestro derecho procesal penal no existe una fórmula única mediante la cual se dirige el procedimiento contra una persona, la expresión *actuación material*

sustancial del juez instructor no acota dicha realidad y no permite saber si interrumpen la prescripción las emisiones de busca y captura o de requisitorias, la obtención de pruebas sobre la participación de una persona determinada, solicitud de extradición contra persona determinada aceptada o denegada. La ingente cantidad de actuaciones judiciales de distinta naturaleza va a contribuir a elevar el tono de la discusión doctrinal. Asimismo, no se aborda la orden de detención del Fiscal, al amparo del artículo 5 del EOMF y 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este extremo podría agravarse en caso de que la reforma procesal penal atribuya al Ministerio Fiscal la instrucción de los procedimientos.

El párrafo 2 del apartado 2 del artículo 132 introduce los efectos suspensivos del cómputo de la prescripción en un supuesto específico. Es la primera vez que nuestro Código Penal viene a distinguir entre suspensión e interrupción. Las polémicas surgidas conducen a la necesidad de distinguir entre interrupción y suspensión del plazo de prescripción, tal como ocurre en los sistemas franceses, alemanes e italianos que enumeran causas de suspensión e interrupción. El Anteproyecto propone la distinción para un caso específico, *la presentación de una denuncia o querrela en el caso de que la misma no se admita a trámite*. El legislador demuestra muy buena disponibilidad con la citada distinción, y examina las consecuencias que deben concederse a la mera presentación de una denuncia o querrela. De esta forma intenta despejar las dudas suscitadas. Si bien el problema podría persistir en los casos de recursos contra inadmisiones de querellas, o en los casos de querellas inadmitidas por razones formales que pudieran tramitarse como denuncias al trasladar la noticia *criminis* al órgano judicial.

Asimismo, de la redacción del Anteproyecto cabe inferirse que la admisión a trámite de cualquier denuncia o querrela dará lugar a la interrupción de la prescripción en la fecha de presentación. De esa forma el legislador ha considerado la constante y permanente posición del Tribunal Supremo sobre

los efectos de la presentación de una denuncia o querrela, si bien manteniéndola a través de la suspensión.

No obstante, la introducción en el mismo precepto, como hacen otros Códigos de nuestro entorno, de una descripción más detallada de los actos que producen el efecto de dirigir el procedimiento contra una persona determinada, así como la enumeración más exhaustiva de causas de suspensión aumentaría notablemente la seguridad jurídica relacionada con la prescripción de los delitos.

Vigésimo primero.

Prescripción de las penas (art. 133.2).

El Anteproyecto de Ley Orgánica modifica el apartado 2 del artículo 133 del Código Penal, que queda redactado como sigue:

2. Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.

Tampoco prescribirán las penas impuestas por delitos de terrorismo, si estos hubieren causado la muerte de una persona, lesiones de las previstas en el artículo 149, o bien cuando hubieren consistido en el secuestro de una persona.

A semejanza de lo que se propone en la redacción del artículo 131 del anteproyecto, aunque los principios inspiradores de la prescripción del delito y de la pena no son coincidentes, se propone la imprescriptibilidad de las penas impuestas en los delitos de terrorismo previstos en el artículo 572.1.1 y 2 del

Código Penal y se excluye como imprescriptibles la pena impuesta por el delito del artículo 614 del Código Penal.

Se trata de una opción legislativa, que como hemos dicho debe llevarse a efecto con extrema prudencia, sin obviar las finalidades de las penas privativas de libertad recogidas en el artículo 25 de la Constitución Española.

Vigésimo segundo

Artículo 173. Acoso laboral y conductas afines

El Anteproyecto añade al artículo 173 del Código Penal el mismo párrafo que ya había avanzado el Proyecto de reforma decaído en la anterior Legislatura, tipificando la conducta de *“los que, en el marco de cualquier actividad laboral, realicen contra otro de forma reiterada actos de grave acoso psicológico u hostilidad que naturalmente generen en la víctima sentimientos de humillación y los que, en el marco de cualquier otra relación contractual, provoquen situaciones gravemente ofensivas en la dignidad moral de la otra parte, mediante la alteración sensible de las condiciones de disfrute de los derechos derivados de la misma”*.

La Exposición de Motivos subraya que el *acoso laboral* se tipifica como forma de acoso o atentado a la dignidad de la persona *“en el marco”* laboral. Esa precisión, por una parte, justifica la tipificación en la misma norma no sólo del *“mobbing”* en su modalidad de abuso del empleador/superior sobre el empleado/subordinado, sino también entre iguales (*“los que contra otro”*) e incluso -aunque la cuestión sería más discutible- de abajo hacia arriba en la relación de dependencia laboral. Y por otra parte debería permitir desvincular y distinguir esta conducta de otras más precisamente insertas en el área de los delitos contra los derechos de los trabajadores, como el empleo de violencia o intimidación para imponer condiciones laborales perjudiciales (art. 311). Aunque no está de más advertir que esa tarea hermenéutica, dirigida al deslinde entre ambos tipos de conductas, no dejará en muchos casos de resultar difícil en la

práctica, ni será tampoco sencillo -habida cuenta la pretendida disparidad de bienes jurídicos- resolver los consiguientes problemas concursales, que tal vez podrían haberse resuelto deslindando de manera algo más precisa los contornos de la conducta que se pretende perseguir.

En este sentido, sigue resultando excesivamente abierta la mención a “*cualquier otra relación contractual*”. Esta expresión invita sin duda a pensar en supuestos como el llamado *acoso inmobiliario*, dirigido a doblegar la voluntad del inquilino molesto de modo que acceda a extinguir la relación contractual. Ya en el referido informe al Anteproyecto de 2006 valoramos positivamente la iniciativa de dar cobertura jurídico-penal a estas conductas. Pero los principios de taxatividad penal e intervención mínima debería dar lugar a una mayor concreción en la delimitación del tipo.

Ahora bien, ni siquiera sobre la base de esa redacción excesivamente *abierta* cabe incluir en ella, al menos con la seguridad con que parece darlo por sentado la Exposición de Motivos, las conductas producidas “*en el marco funcional*”, al menos si con ello el prelegislador quiere decir que entiende que la norma es aplicable a los funcionarios públicos en su calidad de tales.

Podrá sin duda aceptarse que lo sea a los *contratados laborales* de la Administración Pública, precisamente porque su situación está legalmente asimilada a la propiamente *laboral* (tal y como viene siendo entendido por la doctrina y la jurisprudencia el concepto *laboral*, es decir, identificado con el contrato de trabajo que regula el Estatuto de los Trabajadores). Pero extender el tipo penal, tal y como está redactado, al ámbito *funcional*, es decir, a la relación jurídico-pública sujeción que tiene por objeto la prestación de servicio en régimen de derecho administrativo, constituiría una aplicación analógica *in malam partem* del Derecho Penal, obviamente prohibida. Conviene advertir esto, porque si lo que en efecto se pretende es incluir a los funcionarios –y

ciertamente este Consejo lo pidió expresamente en su informe anterior reiteradamente citado-, debería hacerse de modo explícito y terminante, puesto que, como queda dicho, la mera declaración de voluntad de la Exposición de Motivos puede seguramente resultar insuficiente para salvar, en sede de aplicación judicial, una muy probable colisión con el principio de tipicidad.

Vigésimo segundo y vigésimo tercero.

Título VII bis De la trata de seres humanos

I. Sobre la necesidad de la reforma.

1. Según se desprende de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal (ARCP 2008) las razones y objetivos que se persiguen con la creación de un nuevo Título en el Código Penal (Título VII Bis *de la trata de seres humanos*) y la modificación de los artículos 313 y 318 bis CP consisten en realizar un tratamiento penal separado de dos entidades criminológicas perfectamente diferenciadas, como son el delito de trata de seres humanos y el delito de inmigración clandestina o ilegal, para ajustar nuestro Ordenamiento Jurídico a las exigencias de los distintos instrumentos internacionales sobre la materia suscritos por España o, añadimos, pendientes de muy próxima ratificación.

En definitiva se trata de superar las gravísimas deficiencias de las que adolece la vigente regulación contenida en el artículo 318 bis del Código Penal en el sentido denunciado no sólo por los colectivos sociales preocupados por la lucha contra la trata de seres humanos, sino también por una buena parte de la doctrina científica, la Fiscalía General del Estado que así se ha manifestado en su última Memoria de 2008 e, incluso, por las instituciones europeas.

Procede recordar que la Comisión Europea en su Informe de 6 de diciembre de 2006 [COM (2006) 770 final] lamenta que España no establezca *“una distinción clara entre la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de emigrantes. Las dos decisiones marco destinadas a combatir estas formas de delincuencia se basan en definiciones diferentes, lo que parece excluir la posibilidad de que las mismas disposiciones de Derecho penal puedan aplicarse a estas dos formas de delincuencia. Por lo tanto, surgen dudas en cuanto a la posibilidad de aplicar adecuadamente las disposiciones de la citada Decisión marco del Consejo sin establecer distinción alguna entre la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de emigrantes”*.

2. En efecto, tanto los últimos Convenios suscritos por España sobre la materia en el ámbito de Naciones Unidas como las normas vinculantes para los Estados miembros emanadas de la Unión Europea han distinguido ambas entidades delictivas sobre la base de la distinta naturaleza y trascendencia de los bienes jurídicos afectados por cada uno de esos delitos.

En la órbita de Naciones Unidas se han elaborado dos protocolos distintos: Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Instrumento de ratificación, BOE N° 296 de 11/12/2003) y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (Instrumento de ratificación, BOE N° 295 de 10/12/2003). Lo mismo ocurre en el ámbito comunitario europeo: Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos; Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares y la Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002

destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

Más recientemente, por el Consejo de Europa se ha insistido en este camino al aprobarse el Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra el tráfico de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Este Convenio, que profundiza y clarifica los pocos aspectos dudosos del delito de trata de seres humanos definido por los instrumentos de Naciones Unidas y de la Unión Europea, formará parte del ordenamiento interno español en fechas muy cercanas, por lo que debe ser tomado en consideración a la hora de valorar la reforma del Código penal que propone el Anteproyecto.

Así es, el día 19 de noviembre de 2008, la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados ya ha emitido su dictamen por el que *ha acordado proponer al Pleno de la Cámara que se conceda la autorización solicitada por el Gobierno al amparo del artículo 94.1 CE, para que el Estado pueda obligarse internacionalmente por medio del Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra el tráfico de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.*

3. Todos los instrumentos internacionales señalados configuran de manera similar el delito de trata de seres humanos definiendo una serie de conductas típicas (captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas), el uso de unos medios comisivos alternativos (amenaza, uso de la fuerza, coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios) con la finalidad de explotar a la víctima afectada de tres maneras posibles, sexual, laboral o para la extracción de órganos.

La trata de seres humanos es reconocida como la manera que tiene de manifestarse el fenómeno de la esclavitud en la época contemporánea,

constituyendo uno de los atentados más intolerables contra la dignidad de las personas al convertir al ser humano en mera mercancía objeto de explotación comercial.

En efecto, la trata de personas en sus distintas modalidades constituye una de las manifestaciones de la criminalidad moderna más graves cualquiera que sea la perspectiva desde la que se analice: A) Cualitativamente es considerado uno de los crímenes más perversos y de múltiples efectos por cuanto al *cosificar* al ser humano no sólo atenta contra su libertad e integridad, sino también por las circunstancias en que se realiza provoca en la víctima efectos psicológicos equivalentes a los que produce la tortura, anula la autoestima y la capacidad de reacción emocional, consiguiendo reconvertir al ser humano que lo sufre en un mero objeto o mercancía de comercio que pierde la conciencia de su propia situación; B) Su ejecución siempre va acompañada de numerosas actividades delictivas conexas atentatorias contra el individuo y contra los intereses generales del Estado; C) Al ser comúnmente desarrollada por organizaciones criminales transnacionales además de dificultar enormemente su persecución y castigo -que necesariamente debe realizarse mediante la estrecha colaboración interestatal-, socava muchas estructuras institucionales de los Estados afectados, que pueden verse afectados por la corrupción de sus funcionarios; D) Al estar especialmente vinculada con la prostitución ha logrado que en muchas sociedades avanzadas por la opinión pública no se haya tomado conciencia de la verdadera situación de las mujeres explotadas, muchas veces al relacionarse indebidamente y torticeramente toda su problemática con un debate ajeno a la cuestión como es el de la abolición o no de la prostitución y de la libertad de decisión de la mujer sobre su propio cuerpo, provocando el efecto paradójico de que la trata aumente día a día y sin embargo sea cada vez menos visible; E) Es uno de los signos más intolerables de la discriminación universal entre el primer y el tercer mundo; F) Cuantitativamente la gravedad del delito se manifiesta en la medida de que todas las organizaciones internacionales preocupadas por esta lacra lo

catalogan como el tercero de los negocios criminales más lucrativos (tras las drogas y la venta de armas), afectando a ciento de miles de personas en todo el mundo.

Hasta tal punto se reconoce la gravedad de este fenómeno que el Tratado de Lisboa, *por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007*, en su artículo 5.3, insertado en el Título I (Dignidad), expresamente se preocupa de proscribirla.

4. Por el contrario, lo que caracteriza al delito de inmigración clandestina es la entrada ilegal (en su caso tránsito o estancia) de una persona en un Estado que no es el suyo con vocación de permanecer en él por tiempo más o menos indeterminado sin poseer los correspondientes permisos administrativos. Al no existir el traslado forzado del afectado que desde el inicio de la cadena acepta su condición de migrante irregular, predomina la defensa de los intereses de los Estados a controlar los flujos migratorios (*contrabando de personas*) y la indemnidad de las fronteras, aun cuando, de manera indirecta, puedan verse afectados otros bienes jurídicos de naturaleza individual (ya sea por la peligrosidad del medio utilizado para la introducción y transporte del afectado, ya sea por el abuso de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra o puede encontrarse el inmigrante una vez introducido en territorio extraño).

5. Lamentablemente, en España no se castiga ninguna de las modalidades del delito de trata de seres humanos, tal como exige el derecho internacional que nos vincula. En rigor, lo único que se castiga por el Código Penal vigente es el delito de inmigración clandestina en dos preceptos de difícil conexión exegética, el *favorecimiento del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas* en el artículo 318 bis y el *favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores* en el artículo 313.1 CP.

Ya sea debido a una errónea interpretación de los textos internacionales redactados en lengua inglesa, ya sea porque para el legislador de 2003 lo prevalente era la defensa del derecho del Estado en controlar los flujos migratorios, lo cierto es que la redacción del artículo 318 bis CP es tan deficiente y ambigua que ha determinado que por la Sala Segunda del Tribunal Supremo se haya identificado generalmente los términos *tráfico ilegal* y *emigración clandestina*, de tal manera que lo que podría indicar una voluntad de incorporación de algunas modalidades de la trata de personas (subtipos agravados N° 2 y N° 3 del artículo 318 bis CP) ha quedado absolutamente anulada.

En efecto, construyéndose el tipo básico sobre la base de la existencia de la inmigración fraudulenta o subrepticia, cualquiera de los supuestos agravados exige necesariamente la vulneración de la normativa vigente en materia administrativa sobre entrada, permanencia y estancia de extranjeros del territorio nacional. Así, a modo de ejemplo, en el caso previsto por el ordinal segundo del artículo 318 bis CP no se castigaría ningún caso de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, sino un supuesto extrañamente híbrido e incomprensible, de *inmigración fraudulenta con fines de explotación sexual* lo que conduce a resultados manifiestamente injustos por discriminatorios entre ciudadanos de la Unión Europea y nacionales de terceros países que son los únicos que podrían incurrir en la violación del artículo 25 de la Ley de Extranjería [vide, SSTS 29/5/2007 (N° 484/2007); 26/6/2007 (N° 605/2007); 2/7/2007 (N° 635/2007); 15/10/2007 (N° 823/2007); 3/12/2007 (N° 1008/2007); 16/1/2008 (N° 15/2008); 5/2/2008 (N° 76/2008); 26/2/2008 (N° 127/2008); 3/7/2008 (N° 445/2008) y Pleno no jurisdiccional de la Sala II del día 29 de mayo de 2007].

Además, con la actual redacción del artículo 318 bis CP se producen otros efectos negativos: a) se establece una identificación entre víctima de la

trata e inmigrante en situación de irregularidad administrativa, con lo que se ampara la dejadez en la toma de iniciativas públicas tendentes a la adopción de un sistema de protección integral de las víctimas de la trata, tal y como propugnan los diferentes Convenios internacionales (que incluyan las medidas destinadas a su recuperación física, psicológica y social del afectado); b) al no haberse admitido la trascendencia criminológica independiente de la trata de seres humanos como delito contra la dignidad humana, se ha impedido la comprensión en su plenitud del fenómeno entre los aplicadores del derecho, de tal manera que puede afirmarse que la redacción actual del precepto contribuye de alguna manera a seguir *ocultando* en nuestra sociedad tal actividad.

6. En conclusión debemos convenir que la Exposición de Motivos justifica adecuada y motivadamente la necesidad de proceder a la reforma pretendida en la que se castiguen de manera separada cada uno de esos delitos según las exigencias del Derecho Penal con relevancia internacional.

II. Artículo 177 bis sobre la trata de seres humanos

1. Sistemática.

El Anteproyecto de Reforma de Código Penal propone la creación de un nuevo Título (VII bis) que se rubrica *de la trata de seres humanos* y que comprende un solo precepto, el artículo 177 bis CP. La creación de un Título específico está en consonancia con las exigencias derivadas de los instrumentos jurídicos internacionales referidos que, dada la naturaleza y trascendencia de los derechos afectados, exigen un reconocimiento individualizado y específico.

Su ubicación, insertándose entre los Título VII (*De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*) y el Título VIII (*Delitos contra la libertad e*

indemnidad sexual), la consideramos plenamente acertada si tomamos en consideración la estructura y la relación de prelación de los bienes jurídicos tutelados sucesivamente a partir del Título I de nuestro Código Penal. Además, se adecua a la sistemática del Tratado de Lisboa, donde se prohíbe la trata de seres humanos en el artículo 5.3 tras definir el contenido de la dignidad y tras relacionar los derechos fundamentales básicos de ella derivados [derecho a la vida (art. 2), derecho a la integridad de la persona (art. 3), prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (art. 4) y prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 5)].

2. Transposición adecuada de los instrumentos internacionales vinculantes para España.

En términos generales el artículo 177 bis del Anteproyecto se ajusta escrupulosamente a las exigencias de los Convenios internacionales suscritos por España en relación con la trata de seres humanos. En concreto, podría afirmarse que realiza una transposición casi literal de los mandatos contenidos en el Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra el tráfico de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, completada con algunas precisiones provenientes de la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002.

ACCIÓN TÍPICA		
PROTOCOLO PALERMO [ART. 3]	DECISIÓN MARCO [ART. 1]	CONVENIO VARSOVIA [ART. 4]
I. CONDUCTAS ALTERNATIVAS	I. CONDUCTAS ALTERNATIVAS	I. CONDUCTAS ALTERNATIVAS

(1) Captación	(1) Captación	(1) Contratación
(2) Transporte	(2) Transporte	(2) Transporte
(3) Traslado	(3) Traslado	(3) Traslado
(4) Acogida	(4) Acogida	(5) Acogida
(5) Recepción	(5) Recepción	(4) Alojamiento
II. MEDIOS COMISIVOS	II. MEDIOS COMISIVOS	II. MEDIOS COMISIVOS
(1) Amenaza	(1) Amenaza	(1) Amenaza
(2) Uso de la fuerza u otras formas de coacción.	(2) Uso de la fuerza u otras formas de coacción.	(2) Uso de la fuerza u otras formas de <i>obligación</i> .
(3) Rapto	(3) Rapto	(3) Rapto
(4) Fraude	(4) Fraude	(4) Fraude
(5) Engaño	(5) Engaño	(5) Engaño
(6) Abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad	(6) Abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso	(6) Abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad
	(7) Se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona.	(7) Se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona
III TIPO SUBJETIVO	III TIPO SUBJETIVO	III TIPO SUBJETIVO
(1) Fines de explotación sexual: explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual.	(1) Fines de explotación sexual: la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía.	(1) Fines de explotación sexual: prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual.
(2) Fines de explotación laboral: los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre.	(2) Fines de explotación laboral: el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre.	(2) Fines de explotación laboral: el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre
(3) Fines de extracción de órganos		(3) Fines de extracción de órganos

Así ocurre en lo que concierne a la definición de la acción típica, pues recoge de manera expresa todas y cada una de las conductas previstas en los tres instrumentos internacionales (*captare* [captación], o *la transportare*

[transporte], o *la trasladare* [traslado], o *la acogiere* [acogida], o *la recibiere* [recepción], o *la alojare* [alojamiento]) y lo hace de la manera que aquellos exigen, esto es, como conductas alternativas (Vide, Cuadro).

La única excepción se produce respecto de la utilización del término *contratación* que es utilizado por el Convenio del Consejo de Europa. El Anteproyecto sigue en este punto las directrices de la Decisión Marco por considerar que ese término es manifiestamente confuso si lo trasladamos al derecho español. En todo caso la *captación* es el género que comprendería la *contratación*.

La pretensión no es otra que recoger todas y cada una de las conductas que contribuyen a la explotación de los seres humanos, que normalmente se desarrollan de manera escalonada con la intervención de una pluralidad de individuos, haya o no prueba de la existencia de una organización criminal.

En muchos de los casos analizados por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la prostitución coactiva se están enjuiciando verdaderos episodios de trata de personas: Captación de una o varias ciudadanas extranjeras en su país de origen mediante engaño (promesa de encontrarles un trabajo lícito bien remunerado en España) facilitándoles los gastos de transporte (pago de los pasajes) y la introducción en España de manera clandestina (adelantándoles unas cantidades para poder pasar la frontera como turistas; entregándoles billete de ida y vuelta; carta de invitación; ocultas en vehículos a motor, etc.) Una vez en España son advertidas de la gran deuda que habían contraído que sólo podrían satisfacer ejerciendo la prostitución en distintos clubes de alterne, cuya recaudación se la quedaban los explotadores directamente [SSTS 6/4/2000 (Nº 587/2000); 23/9/2000 (Nº 1428/2000); 16/2/2001 (Nº 204/2000); 17/9/2001 (Nº 1588/2001); 22/10/2001 (Nº 1905/2001); 15/3/2002 (Nº 448/2002); 30/1/2003 (Nº 2205/2002); 13/11/2003 (Nº 1484/2003); 8/3/2004 (Nº 293/2004); 2/4/2004 (Nº 416/2004);

1/10/2004 (Nº 1092/2004); 29/11/2004 (Nº 1367/2004); 3/12/2004 (Nº 1305/2004); 28/1/2005 (Nº 71/2004); 17/3/2005 (Nº 349/2005); 17/3/2005 (Nº 372/2005); 30/5/2005 (Nº 994/2005); 8/6/2005 (Nº 712/2005); 9/6/2005 (Nº 728/2005); 13/6/2005 (Nº 740/2005); 22/9/2005 (Nº 1091/2005); 27/10/2005 (Nº 1307/2005); 22/11/2005 (Nº 1465/2005); 25/11/2005 (Nº 1461/2005); 2/3/2006 (Nº 265/2006); 20/3/2006 (Nº 338/2006); 16/5/2006 (Nº 594/2006); 5/6/2006 (Nº 651/2006); 5/10/2006 (Nº 957/2006); 9/10/2006 (Nº 1047/2006); 2/11/2006 (Nº 1080/2006); 17/1/2007 (Nº 29/2007); 5/3/2007 (Nº 191/2007); 6/3/2007 (Nº 195/2007); 13/4/2007 (Nº 297/2007); 10/5/2007 (Nº 380/2007); 25/6/2007 (Nº 604/2007); 26/6/2007 (Nº 605/2007); 18/9/2007 (Nº 716/2007); 15/10/2007 (Nº 823/2007); 16/1/2008 (Nº 15/2008); 29/1/2008 (Nº 96/2008); 8/4/2008 (Nº 152/2008); 17/6/2008 (Nº 350/2008); 3/7/2008 (Nº 445/2008)]; A) Para forzarlas recurrían a la intimidación y amenaza (con causarles un daño a ellas o a sus familiares en el país de origen) [SSTS 23/9/2000 (Nº 1428/2000); 16/2/2001 (Nº 204/2000); 17/9/2001 (Nº 1588/2001); 22/10/2001 (Nº 1905/2001); 30/1/2003 (Nº 2205/2002); 13/11/2003 (Nº 1484/2003); 1/10/2004 (Nº 1092/2004); 29/11/2004 (Nº 1367/2004); 3/12/2004 (Nº 1305/2004); 28/1/2005 (Nº 71/2004); 17/3/2005 (Nº 349/2005) (brujería); 8/6/2005 (Nº 712/2005); 9/6/2005 (Nº 728/2005); 22/9/2005 (Nº 1091/2005); 27/10/2005 (Nº 1307/2005); 25/11/2005 (Nº 1461/2005) (vudú); 2/3/2006 (Nº 265/2006); 5/6/2006 (Nº 651/2006); 5/10/2006 (Nº 957/2006); 9/10/2006 (Nº 1047/2006); 17/1/2007 (Nº 29/2007); 13/4/2007 (Nº 297/2007); 26/6/2007 (Nº 605/2007); 18/9/2007 (Nº 716/2007); 15/10/2007 (Nº 823/2007); 16/1/2008 (Nº 15/2008); 29/1/2008 (Nº 96/2008); 8/4/2008 (Nº 152/2008); 3/7/2008 (Nº 445/2008)]. De no acceder a esta proposición, pondrían en conocimiento de la policía su situación irregular en territorio español, ante lo cual y de forma no plenamente voluntaria por dicha amenaza, por encontrarse en un país desconocido y sin ningún otro trabajo para obtener ingresos económicos las jóvenes accedieron a ser trasladadas a dicho lugar (club de alterne) [STS 15/3/2002 (Nº 448/2002)]; B) A la agresión (uno de los miembros de la organización les propinaba una serie de golpes en presencia de otras chicas a quienes se obligaban a presenciar dichos actos)

[SSTS 23/9/2000 (Nº 1428/2000); 22/10/2001 (Nº 1905/2001)]. Agresiones en general: SSTS 3/12/2004 (Nº 1305/2004); 28/1/2005 (Nº 71/2004); 22/9/2005 (Nº 1091/2005); 27/10/2005 (Nº 1307/2005); 22/11/2005 (Nº 1465/2005); 25/11/2005 (Nº 1461/2005); 20/3/2006 (Nº 338/2006); 5/10/2006 (Nº 957/2006); 17/1/2007 (Nº 29/2007); 13/4/2007 (Nº 297/2007); 10/5/2007 (Nº 380/2007); 15/10/2007 (Nº 823/2007); 3/7/2008 (Nº 445/2008); C) Los hechos podrían ir acompañados de lesiones de alguna de las chicas agredidas [SSTS 23/9/2000 (Nº 1428/2000); 28/1/2005 (Nº 71/2004); 20/3/2006 (Nº 338/2006); 17/1/2007 (Nº 29/2007); 10/5/2007 (Nº 380/2007)]; D) También podían ser acompañados de restricciones deambulatorias, secuestros o detenciones ilegales: [SSTS 23/9/2000 (Nº 1428/2000); 16/2/2001 (Nº 204/2000); 30/1/2003 (Nº 2205/2002); 13/11/2003 (Nº 1484/2003); 1/10/2004 (Nº 1092/2004); 28/1/2005 (Nº 71/2004); 30/5/2005 (Nº 994/2005); 9/6/2005 (Nº 728/2005); 13/6/2005 (Nº 740/2005); 2/3/2006 (Nº 265/2006); 20/3/2006 (Nº 338/2006); 16/5/2006 (Nº 594/2006); 5/6/2006 (Nº 651/2006); 5/10/2006 (Nº 957/2006); 10/5/2007 (Nº 380/2007); 26/6/2007 (Nº 605/2007); 15/10/2007 (Nº 823/2007); 3/7/2008 (Nº 445/2008)]; E) En ocasiones, alguna de las víctimas eran *traspasadas* mediando precio a otra organización o a otra persona [SSTS 23/9/2000 (Nº 1428/2000); 17/3/2005 (Nº 372/2005); 22/11/2005 (Nº 1465/2005); 5/3/2007 (Nº 191/2007); 29/1/2008 (Nº 96/2008)]; F) Se les retiraba los pasaportes u otro tipo de documentación (billete de vuelta) [STS 22/10/2001 (Nº 1905/2001); 1/10/2004 (Nº 1092/2004); 3/12/2004 (Nº 1305/2004); 17/3/2005 (Nº 349/2005); 30/5/2005 (Nº 994/2005); 8/6/2005 (Nº 712/2005); 9/6/2005 (Nº 728/2005); 27/10/2005 (Nº 1307/2005); 22/11/2005 (Nº 1465/2005); 2/3/2006 (Nº 265/2006); 16/5/2006 (Nº 594/2006); 9/10/2006 (Nº 1047/2006); 9/10/2006 (Nº 1047/2006); 13/4/2007 (Nº 297/2007); 10/5/2007 (Nº 380/2007); 18/9/2007 (Nº 716/2007); 16/1/2008 (Nº 15/2008)]; G) Violaciones y abusos sexuales por los explotadores [SSTS 22/10/2001 (Nº 1905/2001); 13/6/2005 (Nº 740/2005); 22/9/2005 (Nº 1091/2005); 26/6/2007 (Nº 605/2007)]; H) Desvalimiento: SSTS 17/3/2005 (Nº 372/2005); 30/5/2005 (Nº 994/2005); 22/9/2005 (Nº 1091/2005); 27/10/2005 (Nº 1307/2005); 9/10/2006

(Nº 1047/2006); 2/11/2006 (Nº 1080/2006); 5/3/2007 (Nº 191/2007); 17/6/2008 (Nº 350/2008).

La redacción de los medios comisivos [*empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima...*] se ajusta a las previsiones de aquellos instrumentos internacionales aun cuando utilice unas expresiones más adecuadas con nuestra técnica y literatura jurídica.

El término *violencia* abarca cualquier tipo de uso de la fuerza o coacción y, en su caso, el rapto; la *intimidación* comprende la amenaza; el *engaño* el fraude y, en su caso, al rapto; y el *abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad* según reiterada interpretación jurisprudencial abarca no sólo las situaciones de prevalimiento del sujeto activo con la víctima sino también de inferioridad de la víctima producida por una variedad de causas.

Por la relación contenida de estos medios así como por la definición de las finalidades perseguidas queda patente que este delito se configura como doloso siguiendo lo ordenado por el artículo 5.1 del Protocolo de Palermo y el artículo 18 Convenio del Consejo de Europa.

El tipo subjetivo previsto en todos los instrumentos internacionales se ha trasladado convenientemente al artículo 177 bis CP [*con cualquiera de las finalidades siguientes: a) Explotar su trabajo o sus servicios, incluidos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre; b) La explotación sexual, incluida la pornografía; c) Extraer sus órganos corporales*].

En lo que concierne a la definición de las modalidades de trata, el Anteproyecto cumple con los mandatos del Protocolo de Palermo y el Convenio

del Consejo de Europa, aunque, a modo de precisión pertinente, recoge la exigencia de la Decisión Marco de que bajo el concepto de explotación sexual se comprenda, como mínimo, además de la prostitución, la pornografía.

Incomprensiblemente la trata de seres humanos para la extracción de órganos no ha sido recogida por la Decisión Marco. Sin embargo, es una realidad alarmante en muchos países del tercer mundo la desaparición normalmente de menores de edad para sustraerles fundamentalmente las córneas (aunque también han aparecido cadáveres sin riñones u otros órganos vitales) con objeto de trasplantarlos a una persona con recursos económicos proveniente de un país rico. No tenemos noticias de que aún esa tragedia se haya producido ni siquiera ocasionalmente en el territorio de la Unión Europea (desde luego, no en España) pero ello no significa que pueda preterirse tan perverso delito de nuestras normas comunitarias. La decisión del ARCP por tanto es justa y necesaria.

En definitiva, el delito de trata de personas, según lo prevén los legisladores internacionales, y reconoce el Anteproyecto, se consuma una vez cumplida la acción típica independientemente de que se haya o no producido la situación concreta y efectiva de explotación laboral, sexual o de extracción de órganos.

Ello significa que en el caso de haberse efectivamente producido un supuesto de efectiva explotación laboral entrará en concurso con el delio del artículo 311 o, en caso, con el previsto en el artículo 312 CP.

En Derecho español las conductas de explotación laboral se encuentran tipificadas en el Título XV, del Libro II, del Código Penal (*De los delitos contra los derechos de los trabajadores*). La jurisprudencia ha ratificado la idea (proveniente de la interpretación del artículo 499 bis TR 1973) de que las conductas tipificadas en los artículo 311 y 312 CP son manifestaciones de los

delitos denominados de explotación o de explotación del hombre por el hombre [el abordaje del art. 499 bis del anterior Código penal, equivalente al actual art. 311 del vigente Código debe efectuarse desde una perspectiva constitucional en la medida que el llamado derecho penal laboral de los que el tipo que se comenta es elemento central sanciona fundamentalmente situaciones de explotación, que integran ilícitos laborales criminalizados [SSTS 30/6/2000 (Nº 995/2000); 29/3/2004 (Nº 438/2004); 24/2/2005 (Nº 221/2005); 17/3/2005 (Nº 372/2005); 17/3/2005 (Nº 372/2005)]. En efecto, de manera explícita, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, antes y después del Código Penal de 1995, fundamenta la tipificación de todas las conductas actualmente recogidas en los artículos 312.2 y 313.1 CP en la necesidad de hacer frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo, tales como la profundización de la desigualdad entre países ricos y pobres, la multiplicación de las comunicaciones internacionales de toda índole y el lógico crecimiento de la aspiración de las poblaciones de los países menos desarrollados a alcanzar mejores condiciones de trabajo y de vida. Para aprovecharse de esta situación y convertirla en inmoral fuente de ingresos, aparecen grupos y organizaciones de gentes sin escrúpulos que promueven migraciones laborales, al margen o en contra de las disposiciones dictadas al respecto por los diversos Estados, abusando del ansia por salir de la miseria de quienes caen en sus redes y convirtiéndolos de hecho en mercancía de fácil y reprobable explotación [STS 16/7/2002 (Nº 1330/2002)]

En el caso de la explotación sexual efectivamente realizada, entrará en concurso con la modalidad de que se trate [significadamente con la prostitución coactiva del art. 188 CP, y eventualmente con el artículo 189 CP (espectáculos exhibicionistas o pornográficos de menores)].

A este respecto conviene precisar que la prostitución coactiva (artículo 181.1 CP) es sólo una de las formas en que puede manifestarse la explotación

sexual. En definitiva lo que se pretende es combatir cualquier actividad de trata sexual dirigida a imponer conductas sexuales contra la voluntad de la víctima ya impliquen la realización de relaciones sexuales completas como de otra naturaleza (actividades de alterne, masajes eróticos, *striptease*, pornografía, espectáculos exhibicionista, etc.). Ello ha sido reconocido por el Tribunal Supremo, al interpretar el actual artículo 318 bis N° 2 (*inmigración con fines de explotación sexual*) cuando afirma que *la participación en espectáculos de contenido erótico, o la elaboración de material pornográfico, que son finalidades que darían vida a la expresada agravación específica,... sin embargo, no podrían subsumirse bajo la tipicidad del art. 188.1 del Código penal* [STS 5/6/2006 (N° 651/2006)].

El problema más importante en relación con esta modalidad de trata radica en la valoración del consentimiento de la víctima. A este respecto el N° 3 del artículo 177 bis Anteproyecto recoge correctamente las prevenciones internacionales según las cuales *el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a los medios indicados en el apartado primero de este artículo*.

Evidentemente el consentimiento así viciado hay que referirlo a la propia *explotación* y no a la actividad sexual concreta. Una cosa es acceder al ejercicio de una determinada actividad sexual y otra muy distinta acceder a ser explotada. Esta situación ha sido analizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el artículo 181.1 CP declarando que *El delito se produce incluso cuando inicialmente existe consentimiento o voluntariedad de la víctima en el ejercicio de la prostitución pero que por las condiciones de llevarse a efecto se produce una situación efectiva de dominación. Como ha dicho la Sala en más de una ocasión en lo relativo a la prostitución, incluso en la inicialmente pactada con la interesada, la línea que separa la voluntariedad en tal actividad de la ausencia de ella, se encuentran en la realidad de una situación de dominio del explotador, y ello, aún en el caso, ..., se supiera ex-*

ante por la interesada que se iba a dedicar a la prostitución, pues la coacción, la situación de dominio, surge cuando, como se dice en el factumfue conminada a trabajar ejerciendo la prostitución en diferentes condiciones a las que inicialmente habían sido establecidas...., es decir, cuando en la realidad se le imponen a la mujer, abusando de su condición de mujer, sin documentación y en país extranjero de unas condiciones opresivas y vejatorias distintas de las inicialmente pactadas [STS 19/9/2007 (Nº 770/2007)].

Por fin, en el caso de la trata con fines de extracción de órganos, es evidente que podría entrar en concurso real con los delitos de lesiones previstos en los artículos 149 o 150 CP.

También es irreprochable la previsión penológica [*“será castigado con la pena de 5 a 8 años de prisión”*] por cuanto es proporcionada a la extrema gravedad del delito y acorde con lo previsto en el artículo 23.1 del Convenio del Consejo de Europa y en el artículo 3.1 de la Decisión Marco.

Artículo 23.1 Convenio: *las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que resulten necesarias para que los delitos tipificados en aplicación de los artículos 18 y 21 den lugar a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. Estas sanciones incluirán, para las infracciones tipificadas con arreglo al artículo 18, cuando sean cometidas por personas físicas, penas privativas de libertad que puedan dar lugar a una extradición*);
Artículo 3.1 de la Decisión Marco: *cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las infracciones contempladas en los artículos 1 y 2 con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, que puedan ser causa de extradición.*

El Anteproyecto completa la regulación típica mediante dos precisiones exigidas por el Convenio del Consejo de Europa de manera taxativa e imperativa: su ámbito de aplicación, que no debe quedar restringido a la

delincuencia organizada de carácter transnacional y la prohibición de discriminación de la víctima por razón de su nacionalidad.

En el primer caso el Anteproyecto de Código Penal hace la oportuna y acertada mención de que el delito pueda producirse *ya en territorio español ya desde, en tránsito o con destino a España*. En efecto, si el Protocolo de Palermo ofrecía serias dudas sobre si la trata de seres humanos podría abarcar la meramente doméstica o interior, el Convenio del Consejo de Europa es taxativo e imperativo al establecer en su artículo segundo que *el presente Convenio se aplicará a todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada*.

En el segundo, a través de la especificación de que la víctima del delito puede ser *nacional o extranjera*.

El Convenio del Consejo de Europa expresamente declara en su artículo tres que la aplicación del presente Convenio por las Partes, en particular el disfrute de las medidas destinadas a proteger y promover los derechos de las víctimas deberá garantizarse sin discriminación alguna, ya esté basada en el sexo, la raza, el color, el idioma, la religión, las opiniones políticas o cualquier otra opinión, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la situación económica, el origen o cualquier otra situación.

Los subtipos agravados establecidos por el artículo 24 del Convenio de Varsovia han sido convenientemente transcritos en los ordinales 4 (puesta en peligro de forma deliberada o por grave imprudencia de la vida de la víctima o cuando se tratare de un menor de edad) 5 (delito cometido por la autoridad, sus agentes o funcionario público) y 6 (organización criminal) del artículo 177 bis del Anteproyecto.

Artículo 24. Circunstancias agravantes. *Las Partes adoptarán las medidas necesarias para que las circunstancias siguientes se consideren como circunstancias agravantes en la determinación de la sanción aplicada a las infracciones tipificadas con arreglo al artículo 18 del presente Convenio: a) la infracción ha puesto en peligro a la víctima, deliberadamente o por negligencia grave; b) la infracción ha sido cometida contra un niño; c) la infracción ha sido cometida por un agente público en el ejercicio de sus funciones; d) la infracción ha sido cometida dentro del marco de una organización delictiva.*

Idéntico comentario merece las disposiciones contenidas en los apartados 7 (personas jurídicas, exigencia impuesta en este caso por los artículos 22 y 23 del Convenio del Consejo de Europa) y 10 (reincidencia internacional, por ordenarlo el artículo 25 del Convenio del Consejo de Europa).

Artículo 25. Condenas anteriores. *Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que permitan prever la posibilidad de tener en cuenta, dentro del marco de la apreciación de la pena, las condenas firmes pronunciadas en otra Parte por infracciones cometidas con arreglo al presente Convenio.*

3. Algunos aspectos dudosos.

3. 1. El N° 9 del artículo 177 bis del Anteproyecto se introduce una norma concursal específica que, en su segundo párrafo, puede resultar un poco confusa al determinar que *“en todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos”*.

Parece indudable que la intención que el redactor del Anteproyecto está tratando de trasladar al futuro Código Penal es la de que el delito de trata de seres humanos no exige el resultado de la explotación efectiva de la víctima, tal

como anteriormente expusimos, de tal manera que deben ser castigados en concurso con ellos, así como con aquellos otros delitos que cometidos con ocasión de la comisión del delito de trata –precedentes, coetáneos o posteriores- no guarden una relación de consunción con los medios comisivos descritos en el ordinal primero.

Por ello, en la medida de que algunos de los medios comisivos del delito de trata de seres humanos constituyen en sí mismo entidades delictivas (coacciones, amenazas, etc.) por respeto del principio del *non bis in idem* podría completarse la redacción de una manera más precisa: “*en todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos de explotación efectivamente cometidos*”.

3.2. En otro orden de cosas creo conveniente llamar la atención sobre la omisión de la tipificación expresa de una de las conductas previstas en el Capítulo IV (*Derecho penal material*) del Convenio de Varsovia, en concreto en su artículo 19 que dispone que “*las Partes deberán prever la adopción de las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para conferir el carácter de infracción penal, con arreglo a su legislación interna, al hecho de utilizar los servicios que son objeto de la explotación contemplada en el artículo 4 apartado a del presente Convenio con conocimiento de que la persona en cuestión es víctima de la trata de seres humanos*”.

Mientras el artículo 18 del Convenio del Consejo de Europa establece una norma *indubitadamente imperativa* para los Estados en orden a tipificar la trata de seres humanos (“*Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para conferir el carácter de infracción penal a las acciones contempladas en el artículo 4 del presente Convenio cuando hayan sido cometidos intencionadamente*”), la referencia al derecho interno en el caso del artículo 19 (“*con arreglo a su legislación interna*”) parece conferirle un *grado menor de intensidad obligatoria*.

En verdad, la cuestión es especialmente difícil de resolver. Aunque los casos más graves de *utilización de los servicios de la víctima* es probable que podrían incardinarse en el propio delito de trata [tanto por vía de coautoría como por participación necesaria] o en los correspondientes tipos penales que implican la explotación efectiva de que se trate, el problema surge respecto del denominado *cliente* de la explotación, significadamente de la prostitución, que origina gran controversia a la hora de decidir sobre su persecución derivada no sólo de las distintas posiciones que socialmente se mantiene sobre ese fenómeno (abolicionismo, prohibicionismo, reglamentación), sino también porque existen serias dudas sobre la eficacia del sistema procesal para lograr acreditar todos los elementos del tipo, especialmente el *conocimiento de que la persona en cuestión es víctima de la trata de seres humanos*.

Nos inclinamos por incorporar al pie de la letra dicho precepto del Convenio de Varsovia al Código Penal por cuanto, cualquiera que sea el debate social que haya sobre la prostitución y las dificultades de su persecución, es lo cierto que ese tipo de clientes (esto es, el que utiliza los servicios de un ser humano esclavizado con conciencia de su situación) es una parte muy importante del origen, de la causa y de la propia razón de ser de todo el comercio de personas.

No obstante, es preciso llamar la atención de que en el seno de la Comisión Europea se está elaborando un informe previo a una futura comunicación que va a dirigirse al Consejo de la Unión Europea con la pretensión de proponer una modificación de la Decisión Marco 2002/629/JAI para recoger algunos aspectos del Convenio del Consejo de Europa omitidos por aquella. Es más que probable que la tipificación de la conducta *de utilizar los servicios de la persona explotada* será debatida, concluyéndose sobre si es procedente o no su incorporación a la reforma de ese instrumento comunitario vinculante. Se comprende que razones de prudencia aconsejen esperar a ver

cuál es la orientación que asumen los órganos legiferantes de la Unión Europea sobre la cuestión.

4. Conclusión.

La redacción del artículo 177 bis CP se ajusta con rigor a las exigencias de los instrumentos internacionales vinculantes para España en orden a la correcta definición y castigo del delito de trata de seres humanos. No dudamos que, si este precepto del Anteproyecto del Código Penal llega a buen puerto, se habrá dotado al Ordenamiento Jurídico español de uno de los instrumentos más indispensables para la erradicación de tan funesto y execrable fenómeno criminal.

Sin embargo, nos vemos en la obligación de recordar que no basta con la tipificación correcta de este tipo de conductas para considerar cumplidos por España los Convenios internacionales sobre la trata de seres humanos. Este puede ser considerado el primero de los pasos en un camino que conduzca a la reforma en profundidad de una buena parte de nuestro ordenamiento jurídico para que se incorpore el conjunto de medidas de la más variada naturaleza y contenido previstas en esos instrumentos internacionales, pero sobre todo las dirigidas a la protección y rehabilitación de las víctimas de ese delito.

Vigesimoquinto

Abusos y agresiones sexuales cometidas sobre menores de edad y prostitución y pornografía infantil.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto explica las razones que han llevado a abordar la reforma del título VIII del libro II del Código penal en esta

sensible materia. El primer motivo ha sido “*el acaecimiento en los últimos tiempos de casos de especial gravedad*”, lo que ha provocado en la sociedad “*la reapertura del debate en torno a las respuestas jurídicas previstas para los delincuentes sexuales, en particular en aquellos supuestos en que las víctimas son menores de edad*”. El segundo radica en “*la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil*”, y de dar curso a “*la Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados el día 3 de junio de 2008, por la cual se insta al Gobierno a realizar determinadas modificaciones legales en materia de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”.

Vigésimo quinto.

Artículo 178

Se modifica el artículo 178, que queda redactado como sigue:

El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de uno a cinco años.

El artículo 178 CP sufre dos modificaciones. Se sustituye la expresión “con violencia e intimidación” por “utilizando violencia o intimidación”, para hacer más gráfica la idea de violencia instrumental para conseguir el acceso al bien jurídico protegido, y por otra parte, la pena en abstracto se eleva en su límite máximo, pasando de 4 a 5 años de prisión. La extensión total de la pena en abstracto queda, pues, de 1 a 5 años de prisión. La Exposición de Motivos del Anteproyecto manifiesta que la definición de “niño” que contiene la Decisión Marco coincide con la mayoría de edad, por lo que, para proteger a los

menores entre 13 y 18 años, se ha optado por aumentar las penas tanto de este artículo como del 180 CP.

Vigésimo sexto.

Artículo 180

Se modifica el párrafo primero y la circunstancia 3ª del apartado 1 del artículo 180, que quedan redactados como sigue:

Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:
3ª Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.

En el artículo 180,1 CP se produce también una elevación de la pena, ahora en el límite mínimo, para adecuarla a la modificación del tipo básico del art. 178 CP, pasando el límite mínimo de 4 a 5 años de prisión, permaneciendo el límite máximo en 10 años, como ocurre en la actualidad, en referencia a las conductas del art. 178 CP (quedando por tanto la penalidad en abstracto comprendida entre 5 y 10 años de prisión), sin que se produzca novedad en referencia a las conductas del art. 179 CP, cuya pena permanece entre 12 y 15 años de prisión.

En el artículo 180, 1, 3ª se suprime “y en todo caso cuando sea menor de 13 años” y se sustituye por “salvo lo dispuesto en el artículo 183”, reforma lógica a la vista de la nueva estructura, que desplaza las acciones en las que están involucrados menores de 13 años al art. 183 CP.

Pero no parece coherente que, a la vista del nuevo art. 183, 4 CP, no se retoquen algunas de las circunstancias cualificativas 1ª a 5ª del apartado 1 del art. 180 CP. Las circunstancias primera y segunda están también presentes en la regulación del nuevo artículo 183 CP. La tercera no es trasladable al 183 CP y es muy útil en los supuestos de menores entre 13 y 18 años. La cuarta es prácticamente igual, salvo la supresión, por razones obvias, de la referencia a los descendientes en caso de víctima menor de 13 años en el nuevo artículo 183 CP. Pero la quinta, que es equiparable con la circunstancia e) del nuevo artículo 183,4 CP, por un lado es más estrecha, al centrarse en los medios y por otro más amplia, al incluir también peligros graves para la integridad física, que no se prevén en el caso de los menores. Por otra parte no se entiende que la circunstancia f) del art. 183,4 CP (infracción en el marco de una organización delictiva, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades), incluida en la reforma del art. 183 CP, no se incorpore en este precepto, sobre todo pensando en que en los artículos 178 a 180 CP van a estar incluidas las víctimas entre 13 y 18 años, que también pueden ser objeto de ataque por tales organizaciones.

Vigésimo séptimo.

Artículo 181

La reforma prevé que el apartado 4 del artículo 181 pase a ser el 5, y se modifican los apartados 2 y 4 del artículo 181, que quedan redactados como sigue:

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.

4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

Los abusos, antes repartidos en los artículos 181 y 182 CP, pasan todos, salvo los del nuevo artículo 183 CP, al artículo 181, de modo que quede libre el artículo 182 CP para incluir en él el actual 183 CP y poder así dejar espacio para introducir el nuevo artículo 183 CP.

Las modificaciones propuestas en el artículo 181 CP tienen que ver con el apartado segundo, donde se suprime coherentemente la referencia a “los que se ejecuten sobre menores de 13 años”, que será objeto de regulación específica en el nuevo art. 183, en coherencia con la sistemática asumida por el legislador; así como con el apartado cuarto, que pasaría a ser el quinto y con la creación de un nuevo apartado 4, al que pasaría el actual art. 182, 1º CP. Y el apartado 2 del artículo 182 ya no es necesario, al ser idéntico al del nuevo artículo 181,5 (actual 4), al refundirse los actuales 181 y 182 en un solo artículo. Por otra parte, la referencia meramente numérica a las circunstancias del art. 180, 3º y 4º atrae a este precepto, sin necesidad de su modificación directa, la adaptación antes comentada del art. 180, 1, 3º a la proyectada modificación del art. 183 relativo a los menores de 13 años.

En este artículo se observa lo que parece ser una errata, que es la omisión de la referencia a la introducción de miembros corporales en el nuevo apartado cuarto (inconsistente con el resto del articulado, que sí mantiene la referencia tanto a la introducción de miembros como a la introducción de objetos: art. 179 y nuevo 183, 3 CP).

Vigésimo octavo.

Artículo 182

El anteproyecto prevé la modificación del art. 182 CP en los siguientes términos:

1. El que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.

2. Cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3ª, o la 4ª, de las previstas en el artículo 180,1 de este Código.

El nuevo artículo 182 CP sería resultado del traslado en bloque del actual artículo 183 CP, por lo que no hay novedades a comentar.

Vigésimo noveno.

Artículo 183

El Código penal de 1995 se caracterizó en esta materia por un nuevo sistema de clasificación de las conductas reprochables, fundado en la utilización o no de violencia e intimidación sobre las personas, de donde surgía la diferencia fundamental entre conductas de abuso y conductas de agresión sexual. El Anteproyecto de Ley Orgánica da un paso más y dedica un artículo, el que sería el nuevo artículo 183 CP, para agrupar las conductas de abuso y

agresión que tengan por objeto a menores de 13 años. Se dice en la Exposición de Motivos del texto que en estos supuestos *“el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial. En estos casos es necesario proteger, además del derecho a no soportar de otro una coacción física o psíquica dirigida a la ejecución de actos de naturaleza sexual, una libertad futura, procurando salvaguardar la normal evolución y desarrollo de la personalidad para que el menor cuando sea adulto pueda ser capaz de decidir en libertad su comportamiento sexual”*. Y añade en la citada exposición que *“la mayor vulnerabilidad de los menores de edad para ser víctimas de comportamientos delictivos y las mayores dificultades que encuentran los niños para transmitir a los adultos sus problemas y sufrimientos, además de los daños que para la formación y evolución psíquica del menor genera esta clase de delito, son factores que se traducen en la demanda de un tratamiento específico e individualizado de actuación”*. Con ello el texto se alinea con la opinión mayoritaria de la doctrina, que considera como interés necesitado de protección el evitar las alteraciones que la confrontación sexual pueda originar en el adecuado y normal desarrollo de la personalidad del menor, y de modo más específico, en el proceso de formación sexual, o las posibles perturbaciones del equilibrio psíquico derivadas de la incomprensión del comportamiento. En definitiva, se trata de que el menor no sufra interferencias en el proceso de formación adecuada de la personalidad ni en su bienestar psíquico, y que pueda realizar un descubrimiento espontáneo de la sexualidad, sin experiencias traumáticas y sin intromisiones de adultos en una esfera tan íntima.

La propuesta de modificación del art. 183 CP es la siguiente:

El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de 13 años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de 3 a 6 años.

Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión.

Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.

Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión, y, en todo caso cuando sea menor de 4 años.

Cuando los hechos se cometan de forma conjunta por dos o más personas.

Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

Cuando el autor haya puesto en peligro de forma deliberada la vida del menor.

Cuando la infracción se haya cometido en el marco de una organización delictiva, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

El nuevo artículo 183 CP en su primer apartado penaliza, como abuso sexual a un menor, la realización de actos que pongan en peligro la integridad moral de un menor de 13 años. Si bien existen varios conceptos de indemnidad en la doctrina, lo que queda claro es que cualquier tipo de consentimiento por parte del menor es inválido hasta que se alcance esa edad. La pena, que en la legislación vigente es de 1 a 3 años de prisión o multa de 18 a 24 meses (art. 181,1 CP), con posibilidad de imposición en su mitad superior (art. 181, 4 CP), se eleva a un mínimo de 3 y un máximo de 6 años de prisión. Esto supone que en la generalidad de los casos la pena no será susceptible de suspensión condicional, y por ello, en la práctica, sería uno de los puntos más importantes de la reforma. Teniendo en cuenta el carácter abierto del tipo, que engloba muy diferentes conductas y la circunstancia de que esta fijación de límites mínimos muy elevados puede provocar una cierta inhibición judicial de aplicación del tipo de supuestos fronterizos, tal vez sería conveniente añadir una cláusula de discrecionalidad judicial más o menos reglada que permitiera la disminución de algunas de las penas previstas o en todo caso, la del tipo básico, en los supuestos de “*menor gravedad*”. Así lo hacen en el derecho comparado países como Italia, donde en casos de menos gravedad la pena se puede reducir en dos tercios (art. 609 bis y quater) y Suecia (capítulo 6 sección 5, donde se prevé una pena máxima de 4 años, frente al caso normal en que oscila entre 6 y 10 años).

Además el texto podría ganar en concreción si precisara que el hecho ha de consistir en que el menor sufra o practique, consigo o con otro, un acto sexual significativo (definición del Código penal portugués, art. 163; similar el art. 609 bis italiano: realizar o padecer actos sexuales; en Alemania se refiere

el código en el párrafo 176 StGB a ejecutar acciones sexuales sobre el menor, dejar que el menor las ejecute sobre el autor o determinarlo a ejecutarlas sobre un tercero o a dejar que el tercero las ejecute sobre él).

El segundo apartado del nuevo artículo castiga como agresión sexual a un menor los supuestos en que el ataque tenga lugar con violencia e intimidación, previendo una pena de 5 a 10 años de prisión. La legislación vigente estipula de 4 a 10 años de prisión (art. 180, 1, 3ª CP).

El tercer apartado recoge la agresión y abuso sexual agravados, caracterizados por acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, en cuyo caso la pena, en los casos de abuso, se eleva a una entre 8 y 12 años de prisión, y en los casos de agresión, a una entre 12 y 15 años de prisión. La legislación actual, prevé, para el primer caso, una pena de 4 a 10 años de prisión (art. 182,1 CP, con posibilidad de imposición en su mitad superior, art. 182,2 CP), y para el segundo, la misma pena que propone el texto, es decir, de 12 a 15 años (art. 180, 1, 3ª CP).

Finalmente el cuarto inciso establece una serie de circunstancias que determinarán que la pena correspondiente a las conductas previstas en los tres casos anteriores haya de imponerse en su mitad superior. Estas circunstancias son las siguientes:

Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión, y, en todo caso cuando sea menor de 4 años. Esta circunstancia existe en la legislación vigente en los casos en que la víctima sea especialmente vulnerable por edad, enfermedad o situación (art. 180, 1, 3ª CP), por lo que el texto propuesto gana en concreción.

Cuando los hechos se cometan de forma conjunta por dos o más personas. Esta circunstancia existe con la misma redacción en el Código vigente (art. 180, 1, 2ª CP).

Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. Con la misma redacción está en la actual circunstancia 1ª del art. 180,1 CP.

Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. La única diferencia con el actual artículo 180,1, 4ª es la supresión de la referencia al descendiente, evidente porque la víctima ha de tener necesariamente menos de 13 años.

Cuando el autor haya puesto en peligro de forma deliberada la vida del menor. La redacción actual se refiere a que el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o algunas de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas. La interpretación jurisprudencial del actual precepto ha resaltado su carácter extraordinario, dado que en algunos casos se acerca a los límites de la pena fijada para el homicidio, y ha señalado que su aplicación no puede ser automática por el simple empleo de cualquier arma o instrumento peligroso con efectos meramente intimidatorios; y que lo decisivo no es sólo la cualidad del arma, sino sobre todo el uso que se haga de la misma. Parece que la reforma pretende reflejar de algún modo esta jurisprudencia, pero quizá fuera también necesaria una mención a que se hubiera puesto en peligro gravemente la integridad física del menor o su salud (como hace el Anteproyecto en el que sería el nuevo artículo 188, 4, c).

Cuando la infracción se haya cometido en el marco de una organización delictiva, incluso con carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. La circunstancia es nueva, si bien figuraba ya en el anteproyecto de reforma del código penal del año 2006, del que se retoma. Y en línea con la tipificación de las agrupaciones criminales de carácter temporal en el proyectado artículo 385 bis, se refiere esta circunstancia cualificativa a las organizaciones delictivas de carácter transitorio.

No se incluye en esta materia una especificación similar al apartado 2 del art. 180 CP que establece una regla especial de individualización de la pena, en el sentido de ser obligado imponer la pena en su mitad superior cuando concurren dos o más de las anteriores circunstancias. Finalmente, quizá sería también oportuno incluir una referencia a los supuestos en que el autor se ha prevalido de su condición de autoridad, agente de la misma o funcionario público, en la línea de la propuesta de reforma del que sería nuevo artículo 188, 4 a) CP.

En realidad, el artículo 183 CP no supondría sólo un cambio de ubicación de los abusos y agresiones sexuales a los menores de 13 años, como si se desgajaran de los artículos 178 a 181 CP y se colocaran en el nuevo tipo, sino un cambio de estructura. La regulación vigente establece un tipo básico de agresión sexual (art. 178 CP) y un tipo agravado (art. 179). Sobre ellos establece una circunstancia cualificativa cuando la víctima sea menor de 13 años (art. 180, 1, 3ª). En el caso del abuso, se regula en la legislación actual, un tipo básico en el que se consideran no consentidos los abusos a un menor de 13 años (art. 181, 1 y 2 CP), con posibilidad de imponer la pena en su mitad superior por este mismo hecho de ser menor de 13 años (art. 181,4 CP), y un abuso sexual agravado (182,1 CP) cuya pena se impone en la mitad superior cuando se es menor de 13 años (art. 182, 2 CP). El sistema actual tiene un cierto defecto estructural sobre todo en los arts. 181, 2 (se considera que el consentimiento de menor de 13 años no es válido y se

remite a las penas del art. 181,1 CP), y 181,4 (esta pena del art. 181,1 debe imponerse además en su mitad superior por ser, de nuevo, menor de 13 años). Esto ha llevado a una jurisprudencia vacilante en la que la línea mayoritaria considera que se pueden producir problemas de *ne bis in idem*.

La nueva legislación evitaría estos problemas con la nueva redacción del tipo (tipo básico de abuso sexual o ataque a la indemnidad de un menor de trece años, tipo básico de agresión sexual a un menor de 13 años, tipos agravados de abuso y agresión, circunstancias cualificativas) y con la mejor redacción de la especial vulnerabilidad por edad del art. 183, 4 a). Pero esto a su vez va a suponer un incremento real de las penas mucho más elevado de lo que a simple vista parece, puesto que, por ejemplo, la jurisprudencia mayoritaria con referencia al art. 181,4 CP destacaba que no se podía imponer la pena del art. 181,1 CP en su mitad superior sin infringir el *ne bis in idem* salvo que existiera una situación de superioridad distinta y sobreañadida a la creada por la edad (STS 22-1-02, 31-1-02, 20-10-03). Y una jurisprudencia similar se ha establecido sobre el art. 182, 2 CP, en tanto que si la especial vulnerabilidad de la víctima es consecuencia de no haber alcanzado los 13 años, la agravación del 182,2 CP no sería de aplicación, dado que dicha edad ya ha sido tenida en cuenta para delimitar la primera alternativa regulada en el 182,1 CP, por lo que en tales casos regiría el art. 67 CP, en razón de que si el legislador ya la tuvo en cuenta al describir la conducta, no es adecuado valorar la diferencia de edad para establecer la tipicidad de la misma y, al mismo tiempo, para aplicar una circunstancia agravante (STS 28-11-02, 29-4-03). Sólo otras particularidades añadidas permiten afirmar la existencia de la especial vulnerabilidad.

Sin embargo, se echan de menos algunos aspectos en la regulación. El primero es que no se haya aprovechado la ocasión, si se pretende realmente agrupar en el art. 183 CP las conductas que atentan contra la indemnidad sexual, para regular también de forma autónoma las conductas que atentan

contra la indemnidad de los discapaces. Ciertamente existe un debate doctrinal acerca de si la indemnidad es una faceta de la libertad sexual negativa (y entonces se protege la libertad sexual exclusivamente en la medida en que se involucre a una persona en un comportamiento sexual no deseado), o si se trata de un bien autónomo, pero existe cierto acuerdo en que la indemnidad produce el efecto de que el consentimiento de la víctima es inválido. Esto no sólo sucede con los menores de 13 años, sino también con algunos discapaces. Aquí se tienen en cuenta las repercusiones negativas que los contactos sexuales pueden tener en su socialización, dadas las limitaciones en el control de los instintos y su fácil conversión en objetos sexuales para los autores de las infracciones, para los que su autocomplacencia sexual a costa de la persona discapacitada se hace con un total desentendimiento de las consecuencias que para éstos puedan desprenderse. Si estos ataques se siguen manteniendo en los tipos de los arts. 178 a 181, no se podrá decir que la protección de la indemnidad sexual se ha centralizado en el nuevo artículo 183 CP, dado que la protección de los discapaces seguirá en los otros tipos penales citados. En este aspecto, la única referencia es la del art. 180,1 3ª (víctima especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación), que no resalta suficientemente la idea de indemnidad. Aunque tal vez la opción legislativa tenga que ver con la dificultad de establecer a priori las situaciones de discapacidad que harían inválido el consentimiento, existen diferentes modelos en el derecho comparado. Así, el derecho alemán castiga al que abusa de otro, a causa de una enfermedad o minusvalía mental o psicológica, o una enfermedad adictiva, o a causa de una grave perturbación de la conciencia (párrafo 179); en Austria, el párrafo 205 penaliza a quien se aprovecha del estado de otra persona que es incapaz de defenderse, o de una persona que, a causa de una enfermedad mental, demencia, profundo trastorno de la conciencia, o grave perturbación mental equiparable a las situaciones anteriores, es incapaz de comprender el significado de la acción o de actuar de acuerdo con esa comprensión, y abusa sexualmente de ella por este motivo.

No comprendería cualquier contacto sexual con este grupo de personas, sino sólo aquellos en que se produce un aprovechamiento específico de su condición por parte del autor (lo contrario significaría privar al círculo de sujetos afectados de la posibilidad de mantener contactos sexuales). La vulnerabilidad tiene que ver con la facilidad con la que alguien puede ser atacado, y se da en los casos en que existe una inhibición grave de las facultades intelectivas o volitivas que impiden a una persona conocer el alcance y trascendencia de sus actos en la esfera sexual, y acomodar su comportamiento a tal conocimiento, siempre que el autor conozca esta circunstancia y la aproveche.

En segundo lugar, la modificación propuesta no tiene en consideración el art. 5,3 de la Decisión Marco 2004/68/JAI, que urge a los estados de la Unión Europea a incluir en su legislación previsiones para que las personas condenadas por estos delitos puedan ser inhabilitadas, con carácter temporal o definitivo, para el ejercicio de actividades profesionales que supongan el cuidado de niños. Esta cautela ha sido introducida ya por varios países europeos, como puede verse en los extractos de legislación que como anexo acompañan a este comentario. Así, en Francia los arts. 222-45 y 227-29 prevén la privación de actividades profesionales que impliquen contacto habitual con menores, para las agresiones y abusos respectivamente. En Italia se fija como pena accesoria la prohibición perpetua de empleo en cualquier tipo de escuelas así como en instituciones públicas o privadas frecuentadas principalmente por menores (art. 609 nonies). En Dinamarca se le puede imponer al condenado el orden de no acercarse a parques públicos, a colegios, parques infantiles, reformatorios de menores, a manicomios, a instituciones para personas con grandes daños psíquicos, a bosques determinados, piscinas o playas (art. 236 CP) o se le puede prohibir que menores de 18 años residan en su domicilio (art. 236 CP). En Inglaterra, la Sexual Offences Act de 2003 prevé la creación de un registro, formado por los datos que el agresor sexual debe dar a la policía, entre los que destaca sus cambios de domicilio, y la posibilidad de que el tribunal le prohíba trabajar con menores. Y en Bélgica la reforma de 2001

introdujo el art. 382 bis, que prevé la imposibilidad de actividades, enseñanza o participación en sociedades que se ocupen de menores.

En tercer lugar, al menos en las agresiones sexuales, parece difícilmente compatible con la violencia o intimidación el hecho de prevalerse de una relación de superioridad, como se establece en la circunstancia d) del apartado 4 del artículo.

Finalmente, aunque puede afirmarse la existencia de un consenso básico y general en estimar abusivas todas las relaciones en las que medie una relevante asimetría o diferencia de edad entre el sujeto activo y el pasivo, hay discrepancias en torno a los límites concretos de tal asimetría, a la hora de trazar la frontera entre lo que se considera actos sexualmente apropiados y actos abusivos en razón de la mera diferencia de edad. El planteamiento del Anteproyecto se basa implícitamente en una diferencia de 5 años como mínimo (autor de 18 años y víctima de 13) cuando se trate de autores mayores de edad, pero pueden plantearse ciertos problemas cuando se trate de autores menores de 18 y mayores de 14, también sujetos a responsabilidad criminal conforme al CP, aunque se les exija conforme a la LORRPM. En otras palabras, si con carácter general puede parecer razonable incriminar todo contacto sexual entre un mayor de 18 años y un menor de 13, y será posible conforme al texto propuesto, esta razonabilidad puede no ser tal cuando el autor sea a su vez un adolescente penalmente responsable (entre 14 y 18 años). Por ello la penalización habría de hacerse depender también del dato de la diferencia de edad, en el entendimiento de que el contacto sexual entre menores de la misma o similar edad, sin la concurrencia de otros signos de abuso o intrusión, no afectaría a la indemnidad sexual. En muchos países europeos se parte o bien de hipótesis más o menos objetivas dependiendo de la edad máxima del menor y la diferencia existente con el autor, o bien, en sentido inverso, configuran la simetría de edad como límite a la incriminación de determinadas formas de abuso. Quizá esta última fórmula sea más

conveniente. Así, en Italia no es punible el menor que comete actos sexuales con otro menor que haya cumplido los trece años, si la diferencia de edad entre ambos no es superior a 3 años (609 quater); en Austria, si la edad del autor no supera la del menor en más de 3 años, siempre que la acción sexual no consista en la penetración con un objeto, y el hecho no haya tenido como consecuencia lesiones graves o la muerte del menor, el autor no es castigado, salvo que el menor no haya cumplido los 13 años (parágrafo 206); cuando la acción no consista en el acto sexual, si la edad del autor no supera la de la víctima en más de 4 años, no se han producido lesiones graves ni la muerte del menor, no se impone pena, salvo que el menor no haya cumplido los 12 años (parágrafo 207). En Suiza también es establece la impunidad en la diferencia de edad de 3 años (art. 187). La legislación que quizá establezca el mejor criterio es la noruega, al fijarse en si el autor era de edad o desarrollo parecido a la víctima art. 195).

Trigésimo

Artículo 187

Los delitos de prostitución y pornografía infantil.

El apartado trigésimo del Anteproyecto, que reforma el art. 187 CP, dice así:

Los actuales apartados 2 y 3 pasan a ser los apartados 3 y 4, los apartados 1 y 2 se modifican y se añade el apartado 5 del artículo 187, que quedan redactados como sigue:

1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz será castigado con las penas de uno a cinco años y

multa de doce a veinticuatro meses. La misma pena se impondrá al que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz.

2. El que realice las conductas descritas en el apartado 1 de este artículo siendo la víctima menor de trece años será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.

5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores o incapaces.

El párrafo primero del texto propuesto recupera el del proyecto de reforma de 2006, con la única modificación de incorporar el verbo “favorezca”, que está presente en la vigente redacción del art. 187 CP, y sobre el que el informe del Consejo Fiscal al Proyecto de 2006 se pronunció a favor de su mantenimiento en la reforma prevista. Se conservan, por tanto, los verbos típicos actuales, y se elevan las penas. La novedad, es la incorporación de un apartado que establece las mismas penas para los clientes de la prostitución infantil. Como se puede ver en el anexo es un tipo penal que existe en muchos de los países de nuestro entorno, si bien suelen establecerse penas menores que para los proxenetas, por considerarse que la habitualidad es una nota esencial al concepto de prostitución, nota que no siempre se da en el cliente. Así, el art. 174 del CP portugués, donde se castiga al cliente que tiene relaciones con un menor entre 14 y 18 años prostituido, con penas de hasta 2 años de prisión o multa, penas que se elevan a tres años de prisión o multa cuando las relaciones sexuales consistan en cópula, coito anal o bucal, introducción vaginal o anal de partes del cuerpo o de objetos. Pero la pena es inferior a favorecer la prostitución de un menor, que tiene una pena de hasta 5 años de prisión, o de 10 si hubo violencia, engaño, abuso de superioridad, ánimo de lucro o vulnerabilidad de la víctima (art. 175). En Italia, el cliente es

castigado con pena de 6 meses a tres años de prisión y multa, pero si la víctima no ha cumplido 16 años, la pena es de 2 a 5 años de prisión (art. 600 bis), pena menor que el favorecimiento, inducción o disfrute de la prostitución de menores, conducta castigada con penas de 6 a 12 años de prisión y multa. En Dinamarca la pena al cliente es de multa o prisión de hasta 2 años (art. 223 a CP), también menor que el favorecimiento de la prostitución de menores, castigada con hasta 4 años de prisión (art. 228 CP). En Noruega el cliente también es castigado con multa o prisión de hasta 2 años (art. 203 CP). Dada la importancia del bien jurídico involucrado, parece razonable la equiparación de penas. La expresa tipificación de la conducta de los clientes en relación a la prostitución infantil clarifica estos supuestos, sobre los que tradicionalmente han existido dudas y vacilaciones teniendo en cuenta las dificultades de subsumir tal comportamiento como delictivo con la redacción actual, como se puso de manifiesto en la STS nº 1/1998, de 12 de enero, en la que se consideraba impune la conducta del cliente si el menor estaba ya prostituido, y pese a que otras sentencias ya consideraban típico conforme al art. 187 el tener relaciones sexuales mediante precio con menores aunque ya estuvieran prostituidos (SSTS nº 1207/1998, de 7 de abril de 1999 y nº 1743/1999, de 9 de diciembre). Recordemos que el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1999 consideró que *“debe examinarse en cada caso concreto atendiendo a la reiteración de los actos y a la edad más o menos temprana del menor, si las actuaciones de los clientes inducen o favorecen el mantenimiento del menor en la situación de prostitución. En este sentido, en los casos de prostitución infantil, jóvenes de 13, 14, 15 años ha de considerarse ordinariamente la relación sexual mediante precio como punible, con independencia de que el menor ya hubiese practicado la prostitución con anterioridad, pues a esa edad tan temprana, el ofrecimiento de dinero por un adulto puede considerarse suficientemente influyente para determinar al menor a realizar el acto de prostitución solicitado”*.

El apartado segundo, que establece las penas de 4 a 6 años de prisión si la víctima es menor de 13 años, es nuevo. El proyecto de 2006 preveía en este caso que la pena fuera en su mitad superior si la víctima era menor de 13 años o había peligro para la vida o la salud del menor o incapaz.

Los vigentes apartados 2 y 3 pasan a ser el 3 y 4, como en el proyecto de 2006.

El párrafo 5 establece que los delitos contra la libertad o indemnidad sexual se castigarán aparte, como hacía también el proyecto de 2006. De nuevo se trata de un esfuerzo del legislador por clarificar quizás teniendo en mente que la jurisprudencia se había decantado por la tesis del concurso de normas en relación con el tipo de corrupción de menores (vid. SSTS nº 1914 y 2013/1993). No obstante, en nuestra opinión tal esfuerzo no deja de ser inútil por redundante, pues tras la reforma operada por LO 11/1999, de 30 de abril, de concurrir violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad, vulnerabilidad o de necesidad, la conducta se calificaría conforme al art. 188.1, que a su vez expresamente establece en su redacción actual que en estos casos el delito de prostitución es compatible con la sanción correspondiente a las agresiones o a los abusos sexuales (art.188.4).

Trigésimo primero.

Artículo 188

El apartado trigésimo primero del texto del Anteproyecto, referente al artículo 188 CP, dice así:

El actual apartado 4 pasa a ser el apartado 5, y se modifican los apartados 2, 3 y 4 del artículo 188, que quedan redactados como sigue:

2. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena de prisión de 4 a 6 años.

3. El que lleve a cabo la conducta prevista en el apartado anterior, siendo la víctima menor de 13 años será castigado con la pena de prisión de 5 a 10 años.

4. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

b) cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

c) cuando el culpable hubiere puesto en peligro, dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

Por lo tanto, se modifican los apartados 2, 3 y 4, y el actual apartado 4 pasa a ser el 5 –las agresiones y abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida se penan por separado, como ocurre en el artículo anterior-. Debe resaltarse que la reforma retoca el art. 188 sin modificar el apartado 1º, que por LO 11/2003 de 29 septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros fue objeto de una modificación de enorme calado que ha dado lugar a un enconado debate doctrinal. En efecto, dicha reforma castigó con la misma pena al que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de

la misma. Este precepto ha dejado a buena parte de la doctrina en una situación de perplejidad, pues parece referir el bien jurídico a una supuesta moral sexual colectiva, discutiéndose si se ha recuperado el tipo del proxenetismo o si para que la conducta sea típica es necesario que concurra una explotación entendida como explotación laboral de la prostituta, sin que hasta la fecha la jurisprudencia haya generado un criterio asentado. Quizás debiera aprovecharse la reforma en curso para de alguna manera zanjar -en un sentido o en otro- el debate doctrinal. En el caso de optar por mantener el tipo de lucrarse de la prostitución ajena como tipo autónomo, ajustándose a lo dispuesto en el art. 1 del Convenio Internacional para la Represión de la Trata de personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 21 de marzo de 1950 debiera en todo caso asignarse una pena inferior que la prevista para el tipo de prostitución con violencia, intimidación o abuso, pues el desvalor de una y otra conducta no son equiparables.

El apartado segundo establece una penalidad de 4 a 6 años cuando la conducta se realice sobre persona menor de edad o incapaz. Es la misma pena que actualmente está vigente, y la misma que se proponía en el proyecto de 2006, con la diferencia de que se suprime la multa. Estos textos mencionaban que se impondrá la pena superior en grado a la del tipo básico, que al ser de 2 a 4 años, es idéntica a la que ahora se propone (de 4 a 6 años de prisión).

El nuevo apartado tercero fija una pena de 5 a 10 años cuando la víctima sea menor de 13 años. El texto vigente no prevé este tipo cualificado, y el proyecto de 2006 proponía que la pena referida a los menores de edad se aplicara en su mitad superior. De todos modos, si en el art. 183 CP se han centralizado las conductas de abuso y agresión a los menores de 13 años, por razones sistemáticas quizá también habría sido oportuno incluir esta mención a los menores de 13 años en el art. 187 CP, estableciendo en un único precepto todas las conductas punibles que afecten a estos menores.

En el apartado cuarto se determina que las penas de los apartados anteriores se impondrán en la mitad superior en los tres casos que menciona. El subapartado b) –organización o asociación, incluso transitoria, que se dedique a tales actividades- ya figuraba en el texto de 2006. El subapartado c) denota cierta descoordinación con el del artículo 183, 4 e) del mismo texto del anteproyecto. Ambos subapartados aparecen en la decisión marco 2004/68/JAI en su artículo 5,2. De todos modos, la previsión típica del art. 385 bis del Anteproyecto hace innecesaria la agravación prevista en el art. 188,4 b).

Trigésimo segundo.

Artículo 189

El apartado trigésimo segundo del texto del Anteproyecto, por el que se modifica el artículo 189 CP, tiene la siguiente redacción:

Se modifican el primer párrafo y las letras a) y b) del apartado 1, el primer párrafo del apartado 3 y el apartado 8 del artículo 189, que quedan redactados como sigue:

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:

El que captare o utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas.

El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o

incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

3. Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes...

8. Cuando los delitos comprendidos en este capítulo se hubieran cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de clausura temporal de sus locales y establecimientos de dos a cinco años.

El Anteproyecto, también en este caso, pretende, tal y como indica la exposición de motivos, la adaptación a la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Sigue notándose la ausencia de definición de lo que sea “material pornográfico”. El art. 1 b9 de la Decisión Marco 2004/68/JAI lo define partiendo de que se trata de *una representación de manera visual*. Este concepto puede ser demasiado restrictivo, pues en la realidad criminológica se han detectado acciones consistentes en anuncios sobre líneas telefónicas eróticas presuntamente atendidas por menores. Quizás fuera conveniente una definición normativa del concepto “material pornográfico” que abarcara el material de audio, igualmente en cualquier tipo de soporte.

La primera novedad es que se modifica la pena base del apartado primero, que pasa de ser de uno a cuatro años de prisión, a ser de uno a cinco años de prisión. El Proyecto de 2006 mantenía la penalidad actualmente vigente.

En el apartado 1 a) se añaden dos verbos típicos, “*captare*” y “*se lucrare con ellas*”. El Proyecto de 2006 incluía “*se lucrare*”. La referencia a la captación y al lucro se encuentra en el artículo 2 de la Decisión Marco 2004/68/JAI.

En el apartado 1 b) se añade el verbo típico “*ofreciere*”. El ofrecimiento se menciona igualmente en el artículo 3 b) de la Decisión Marco 2004/68/JAI.

También podría incluirse expresamente como conducta delictiva, la asistencia a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores, que no está expresamente tipificada, pese a que sí se castiga la posesión de pornografía infantil.

La modificación del apartado 3 supone una agravación de la pena, que pasa a ser de 5 a 9 años de prisión, mientras que el texto vigente contiene una penalidad entre 4 y 8 años de prisión.

Finalmente el apartado 8, que actualmente se refiere a las medidas del art. 129 CP, las sustituye por la clausura temporal de 2 a 5 años de la persona jurídica penalmente responsable en virtud del nuevo artículo 31 bis CP. No obstante, debe recordarse que en los supuestos en los que no se aprecie la responsabilidad de personas jurídicas es posible, de acuerdo con el texto del anteproyecto, la adopción de las medidas contempladas en el artículo 129 CP, como consecuencias accesorias del delito respecto de asociaciones, sociedades, organizaciones y empresas, cuando se den los requisitos establecidos en dicho precepto y con la finalidad de prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.

No obstante, existen algunos puntos en nuestra opinión susceptibles de mejora. La reforma 15/2003 estaba claramente influida por el Proyecto de Decisión Marco que dio lugar a la reseñada Decisión Marco 2004/68/JAI. La redacción definitiva de la Decisión debiera dar lugar también a retoques para

lograr la armonización con el Derecho comunitario. Y parece que este habría de ser el momento adecuado para realizar tal labor. Aun cuando el Anteproyecto se inspira en este instrumento del Consejo, no incorpora algunos extremos del mismo. A tales efectos debe tenerse presente que la Decisión Marco 2004/68/JAI considera como comportamiento punible que constituye una "infracción relacionada con la pornografía infantil", entre otros, el de ofrecimiento o facilitación por cualquier otro medio de pornografía infantil. Esta conducta, que en definitiva sancionaría los anuncios de pornografía infantil, que en la realidad criminológica aparecen insertos en materiales pornográficos generalistas, facilitando así el acceso y la comercialización de la pornografía infantil, no está recogida con la necesaria claridad y singularidad en la redacción actual del precepto en nuestro país. Tal tipificación específica entendemos es importante desde el punto de vista preventivo general, por lo que se propone su incorporación.

Debe tenerse también en cuenta que la Decisión Marco 2004/68/JAI engloba dentro del concepto de material pornográfico (art. 1 b iii en relación con el art. 1 b i) las "imágenes realistas de un niño inexistente...practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño". Este tipo de pornografía virtual no tiene sanción en nuestro Derecho. En efecto, tras la reforma de 2003 se tipificó en el apartado 7º, previéndose una sanción con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años al que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada. A través de este tipo no cabría sancionar el comercio de material de pornografía infantil en el que se operara con niños virtuales, pues el tipo vigente se refiere a niños que si bien no han participado directamente en los actos pornográficos, son reales y existentes. Por ello si se quiere incorporar íntegramente la Decisión Marco habría que añadir dentro de la esfera típica los actos relativos

al material pornográfico referido a imágenes realistas de un niño inexistente, sin perjuicio -al poder atentar la punición indiscriminada de la pornografía infantil virtual contra el principio de intervención mínima- de hacer uso de las exclusiones de responsabilidad que el art. 3.2 c) de la Decisión Marco contempla (cuando haya quedado acreditado que el productor produce el material pornográfico virtual y está en posesión del mismo estrictamente para su uso privado, o cuando el acto no entrañe ningún riesgo de difusión del material). En este sentido, el derecho danés excluye la penalidad de la mera posesión de imágenes siempre que las imágenes obscenas sean de un menor que haya cumplido 15 años y haya dado el consentimiento para la posesión (art. 235 CP); en Austria tampoco se impone pena si el mayor de 14 años prestó su consentimiento, las imágenes son para uso exclusivo del poseedor y no existe riesgo de difusión (parágrafo 207 a); en Inglaterra es defensa que el mayor de 16 años consintió y que el material no tenía como finalidad ser distribuido (sección 45ª de la Sexual Offences Act); en Noruega la exclusión de pena requiere que el menor tenga 16 años cumplidos, que haya prestado su consentimiento y que ambos, autor y víctima, sean similares en edad y desarrollo (art. 204 a).

Del mismo modo la Decisión Marco contempla la represión de otra modalidad de pseudo pornografía infantil que no tiene reflejo ni en el texto vigente ni en el Anteproyecto: en efecto, se contempla dentro del concepto de pornografía infantil en el art. 1 b) i) cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño. Esta extensión de la pornografía típica se ve suavizada también por la posibilidad de excluir la responsabilidad penal cuando la persona real que parecía ser un niño tuviera de hecho al menos 18 años en el momento de la representación (art. 3.2 b Decisión Marco y art. 227-23 Código penal francés). Esta ampliación del concepto de pornografía infantil tampoco tiene parangón en nuestro derecho

vigente. En algunos países estas imágenes realistas o virtuales tienen menor pena que las reales (Italia, artículo 609 quater bis, donde se reducen en un tercio), por la crítica doctrinal de que no se protege la libertad sexual o indemnidad de víctimas concretas, sino otro tipo de derechos, como la intimidad, libre desarrollo de la personalidad o propia imagen, o incluso la moral sexual colectiva (concepto que desapareció del Código entre 1995 y 1999, y que motivó en general el aplauso de la doctrina penal), por lo que quizá tengan difícil acomodo dentro del concepto de libertad e indemnidad sexual. Otros países equiparan las imágenes reales y las realistas (así, el parágrafo 184 b StGB alemán o el 207 bis austriaco).

También debemos subrayar que la asistencia a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores no está tipificada, y ello resulta contradictorio con la expresa punición de la posesión de pornografía infantil. Si se opta por mantener el tipo de posesión de pornografía infantil debiera incorporarse esta conducta, asignándole una penalidad equivalente, por presentar aspectos comunes con la conducta sancionada en el art. 189.2. La ratio sería la misma: operar sobre la demanda de material pornográfico infantil, como medio para frenar la oferta, y en esta dirección se han orientado recientes reformas como la de la legislación penal sueca.

Trigésimo tercero.

Artículo 192

El apartado trigésimo tercero modifica la redacción del apartado 2 del artículo 192, que queda redactado de la siguiente manera:

- a) *El Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de*

la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años, o bien la privación definitiva de la patria potestad.

La novedad del precepto radica en el último inciso, es decir, en la privación definitiva de la patria potestad. Este precepto está relacionado con los siguientes apartados del anteproyecto que establecen modificaciones en la parte general del código:

-tercero: es pena grave (art. 33.2.k) CP).

-quinto: por el que se añade la letra j) al artículo 39, para introducir la privación de la patria potestad como pena privativa de derechos, como pena principal.

-séptimo: donde se modifica el artículo 46 que queda redactado como sigue: *La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto de su progenitor. El juez o tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.*

-undécimo: se añade al artículo 55 lo siguiente: *El juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieran tenido una relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia.* Aquí se trata de una pena accesoria, para condenados a 10 o más años de prisión.

-duodécimo, se añade a la redacción del art. 56, 1, 3ª la referencia a la privación de la patria potestad. Se trata de una pena accesoria para condenados a menos de 10 años de prisión.

La definición de la pena de privación de la patria potestad contenida en el art. 46 del Anteproyecto (punto séptimo) hace innecesario calificar de definitiva la privación de tal derecho prevista en el art. 192,2.

La medida merece una favorable acogida, dado que actualmente sólo se contempla la inhabilitación temporal, de manera que la privación definitiva ha de instrumentalizarse a través de un proceso civil, lo que complica y retrasa una decisión que por razones obvias es imprescindible adoptar en esta clase de supuestos. Tratándose de un derecho-deber, la pena afecta al derecho, pero no a los deberes frente al menor (herencia, alimentos), basada en razones de economía procesal, en interés del menor, que debe motivarse.

Trigésimo cuarto

Del descubrimiento y revelación de secretos. (Art. 197.3)

La redacción del nuevo apartado 3 del artículo 197 incorpora un nuevo tipo que pretende proteger la intimidad a través del castigo expreso de la conducta de quien acceda a datos o programas contenidos en sistemas informáticos. Con esta modificación se trata, una vez más, de dar respuesta a las normas armonizadoras de la Unión Europea que en esta materia ya se ha pronunciado. Concretamente se responde a los compromisos derivados de lo dispuesto en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, 2005/222 JAI, de 24 de Febrero relativa a los ataques sobre los sistemas de información.

El número 3 el Art. 197 queda redactado como sigue:

3. El que por cualquier medio, procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad para impedirlo, accediera sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo, será castigado con pena de prisión de seis meses a tres años.

La Decisión Marco arriba mencionada y que inspira el nuevo precepto, permite a los Estados, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 de su artículo 2, la libertad de opción entre sancionar de una forma general y amplia toda conducta de acceso a los datos contenidos en un sistema de información o bien tipificar únicamente la conducta de acceso cuando se realice con vulneración de medidas de seguridad.

Entre estas dos posibilidades, la primera castigar cualquier conducta de acceso sin autorización o la segunda, penar sólo la más grave acción de quien demuestra una actividad más determinada y directa de vulneración de la intimidad en cuanto que para obtener la información requiere ejecutar actuaciones dirigidas a superar la barrera de seguridad impuesta por los titulares o gestores de los datos, el prelegislador español opta por imponer la sanción penal sólo en el segundo caso, imponiendo la pena sólo a quien para obtener los datos debe superar alguna medida de seguridad.

Es ésta una opción que el Consejo de la Unión deja al legislador, por lo que tratándose de una decisión de política criminal no merece comentario técnico-jurídico, si bien de cara a la evaluación y respuesta ante la UE convendría justificar las razones de la opción en la Exposición de Motivos.

Por otro lado, la Decisión Marco reclama en sus consideraciones iniciales una mayor sanción para quien comete la conducta a través de

organizaciones criminales. Concretamente explica que *“Es conveniente establecer sanciones más severas cuando un ataque contra un sistema de información se comete en el marco de una organización delictiva, tal como se define en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea”*. Este desiderátum se concreta posteriormente en el Art. 7 de la Decisión Marco que claramente impone a los Estados la obligación de prever una sanción penal con una duración mínima determinada:

“Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las infracciones mencionadas en los artículos 2, apartado 2, 3 y 4 se castiguen con sanciones penales de dos a cinco años de prisión como mínimo en su grado máximo cuando se cometan en el marco de una organización delictiva tal como la define la Acción Común 98/733/JAI, con independencia del nivel de sanción mencionado en dicha Acción Común.”

En cumplimiento de este mandato el Anteproyecto incorpora un nuevo apartado 8 al Art. 197 que dice:

“Si los hechos descritos en los apartados anteriores se cometiesen en el seno de una organización criminal, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado”

El objeto de este nuevo apartado es sancionar más gravemente, con la pena superior en grado, a los que cometen tanto la conducta del nuevo apartado 3 como las acciones del resto de los apartados del artículo 197, y lo hacen en el seno de una organización criminal. Sin embargo, debemos advertir que la previsión del Anteproyecto no es suficiente para cumplir con las obligaciones derivadas de la Decisión Marco.

Si tenemos en cuenta que la pena del nuevo artículo 197.3 es de seis meses a dos años, es evidente que la previsión de agravación por la comisión a través de una organización no permite la aplicación de sanciones de dos a cinco años sino que la pena resultante sería de dos a tres años de prisión, por lo que se estaría incumpliendo, en ese sentido, la obligación impuesta en la Decisión Marco.

La solución podría darse previendo una pena más grave para la conducta básica, lo que no parece desproporcionado si se tiene en cuenta que la conducta del simple apoderamiento de una carta prevista en el número 1 del Art. 197 está castigada con pena de uno a cuatro años, por lo que no resulta excesivo el castigo de esta nueva conducta con igual pena. Si no fuera aceptada esta propuesta, al menos convendría establecerse una previsión de pena mayor para el caso en que fuera aplicable agravación de la organización a la específica conducta del Art. 197.3.

Por otro lado, no sería tampoco desproporcionada la previsión de una agravación específica para los supuestos en que dicho ataque haya causado daños graves o afectado a intereses esenciales, tal y como prevé la Decisión Marco. Es cierto que en este caso la Decisión europea no impone a los Estados la obligación de sanción superior, sino que plantea simplemente la posibilidad de que los Estados lo tengan en cuenta. Una vez más, podría aceptarse la opción de la Unión por la imposición de una sanción más grave o si no se considerara oportuna esta agravación, la fórmula escogida debiera ser merecedora de una mayor justificación en la Exposición de Motivos.

Trigésimo quinto, Trigésimo sexto y Trigésimo noveno.

Perdón del ofendido (art. 201.3, 215.3 y 267 párrafo 3).

El Anteproyecto de Ley Orgánica modifica el apartado 3 del artículo 201 del Código Penal, que queda redactado como sigue:

3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5 del apartado 1 del artículo 130.

El Anteproyecto de Ley Orgánica modifica el apartado 3 del artículo 215 del Código Penal, que queda redactado como sigue:

3. El culpable de calumnia o injuria quedará exento de responsabilidad criminal mediante el perdón de la persona ofendida por el delito o de su representante legal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5 del apartado 1 del artículo 130.

El Anteproyecto de Ley Orgánica modifica el párrafo 3 del artículo 267 del Código Penal, que queda redactado como sigue:

3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5 del apartado 1 del artículo 130.

Los preceptos del Anteproyecto exclusivamente modifican la remisión numérica al artículo 130 del Código Penal. No obstante, el juicio de los artículos procede efectuarlo conjuntamente a los efectos de poder examinar las diferencias existentes entre cada uno de ellos. La Fiscalía General del Estado, a través de la Circular 1/05, se pronunció sobre la discordancia entre el perdón del ofendido previsto en los artículos de la parte especial y la redacción del actual 130 del Código Penal.

La eficacia del perdón se encuentra restringida a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197 a 201), a los de calumnia e injuria (arts. 205 a 216), a los daños por imprudencia en cuantía superior a 80.000 euros (art. 267) y a las faltas perseguibles a instancia de parte (arts. 620 y 621).

Entendemos que con la presente reforma se presenta una oportunidad de unificar las consecuencias que genera el perdón del ofendido. Véase que los artículos 201 y 267 del Código Penal establecen que el perdón extingue la acción penal o la pena impuesta. El artículo 215.3 del mismo cuerpo legal, contempla la exención de responsabilidad criminal. Las consecuencias previstas en cada uno de los artículos son diferentes, a pesar de aplicarse a todos ellos la institución procesal del perdón del ofendido.

La extinción de la acción penal tiene como efecto inmediato la conclusión del procedimiento. La extinción de la pena trae como consecuencia la remisión de la pena impuesta. Y la exención de responsabilidad criminal obedece a una sentencia absolutoria por la concurrencia de una causa de exención, a pesar de que perdón del ofendido no comparte la naturaleza de las causas de exención previstas en el artículo 20 del Código Penal. Y por último el artículo 130 del Código Penal regula supuestos de extinción de la responsabilidad criminal incluyendo el perdón del ofendido al mismo nivel que la prescripción de delitos o muerte del reo.

Como puede observarse, existen notables diferencias entre las consecuencias previstas para cada uno de los artículos modificados. Con la presente reforma podrían equipararse las consecuencias del perdón del ofendido. Procede utilizar una terminología similar en todos los preceptos con la finalidad de acotar una única consecuencia en caso del perdón del ofendido. Creemos que la delimitación sería acorde con la voluntad del legislador.

A mayor abundancia, la redacción actual de los artículos 201, 267 y 215.3 del Código Penal, es coherente con la redacción originaria del artículo 130 del Código Penal pero incompatible con la redacción actual del citado precepto. El artículo 130.4 del Código Penal, en su redacción original, disponía que el perdón debería ser otorgado antes del inicio de la ejecución de la pena impuesta, estableciendo una audiencia del ofendido previa a la ejecución. La reforma operada por LO 15/03 de 25 de noviembre, mantuvo los preceptos de la parte especial que aludían al perdón del ofendido si bien se modificó la redacción del artículo 130.5 del Código Penal, exigiendo que el perdón del ofendido se otorgara de forma expresa antes de que se hubiera dictado sentencia.

Por tanto, la técnica utilizada en los preceptos de la parte especial no es consecuente con la regulación actual del artículo 130 del Código Penal. Si el perdón se concede antes de la sentencia, no habría pena impuesta, sino extinción de la acción penal.

Por dicho motivo, los preceptos comentados en la parte especial en concurrencia con el artículo 130.5 del Código Penal podrían ser redactados por el Anteproyecto del siguiente modo: *El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5 del apartado 1 del artículo 130.*

Trigésimo sexto.

Perdón del ofendido (art. 215.3).

El Anteproyecto de Ley Orgánica modifica el apartado 3 del artículo 215 del Código Penal, que queda redactado como sigue:

3. El culpable de calumnia o injuria quedará exento de responsabilidad criminal mediante el perdón de la persona ofendida por el delito o de su representante legal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5 del apartado 1 del artículo 130.

El citado precepto exclusivamente modifica la remisión numérica al artículo 130 del Código Penal.

Trigésimo Séptimo

De los daños (artículo 263)

El artículo 263, que en el que el vigente Código Penal recoge el tipo básico del delito de daños, pasa a estar integrado por dos apartados. En el primero de ellos se mantiene la actual redacción del tipo básico de daños, al segundo se traspasa, también de forma literal, el contenido del vigente apartado primero del artículo 264, donde se regulan los supuestos cualificados del delito de daños.

Incorporadas las modificaciones previstas en el Anteproyecto, el artículo 263 quedaría redactado en los siguientes términos:

1. El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con la pena de multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño, si éste excediera de cuatrocientos euros.

2. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que causare daños expresados en el artículo anterior, si concurriere alguno de los supuestos siguientes:

- 1.º Que se realicen para impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones, bien se cometiere el delito contra funcionarios públicos, bien contra particulares que, como testigos o de cualquier otra manera, hayan contribuido o puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las Leyes o disposiciones generales.*
- 2.º Que se cause por cualquier medio infección o contagio de ganado.*
- 3.º Que se empleen sustancias venenosas o corrosivas.*
- 4.º Que afecten a bienes de dominio o uso público o comunal.*
- 5.º Que arruinen al perjudicado o se le coloque en grave situación económica.*

La novedad introducida por el Anteproyecto, al regular en un solo precepto el tipo básico del delito de daños y sus modalidades agravadas, es por tanto exclusivamente sistemática. La razón de esta nueva configuración parece que parte de considerar que, en los actuales artículos 263 y 264.1 del Código Penal, se castigan idénticas conductas y que estas tan solo se diferencian por razón de los medios empleados, finalidades perseguidas o resultados obtenidos con la acción dañosa.

Regular en un mismo precepto las modalidades básicas y las agravadas de una misma figura delictiva, no presenta mayores obstáculos, cabría reseñar no obstante que se opone a la habitual técnica legislativa que, en lo que se refiere a los delitos contra el patrimonio, viene regulando por separado los tipos básicos de los agravados. Extremo que se puede comprobar examinando la regulación en el código penal de los delitos de hurto (artículos 234 y 235 del Código Penal), estafa (artículos 249 y 250 del Código Penal) o delitos relativos a la Propiedad Intelectual (artículos 270 y 271 del Código Penal).

Desde otra perspectiva, cabría argumentar, en contra de la unificación de de ambos preceptos, que los actuales artículos 263 y 264 del Código Penal protegen distintos bienes jurídicos que justifican su regulación por separado.

Así, la doctrina jurisprudencial, en lo que se refiere al artículo 263, viene entendiendo que el bien jurídico protegido por el tipo de daños está constituido por la propiedad, la cual puede resultar lesionada por la eliminación del objeto sobre el que recae la acción o por la supresión de su contenido jurídico o económico en los supuestos de inutilización o menoscabo (STS de 26 de noviembre y 24 de febrero de 1981, 2 de diciembre de 1982, 6 de diciembre de 1984, 28 de octubre de 1991, 8 de febrero de 1993, 20 de enero de 1994, 10 de octubre de 2000 etc.) En definitiva, el artículo 263 se dirige a proteger la facultad que posee, sobre la cosa de su propiedad, el sujeto pasivo del bien afectado y, a diferencia de lo que ocurre en los demás delitos patrimoniales, no solo se dirige a la tutela el ejercicio de este derecho sino que también se protege el derecho de propiedad en sí mismo cuando queda afectada la cosa en su existencia.

En lo que toca a los daños cualificados previstos y penados en el vigente artículo 264.1º del Código Penal, el examen de los distintos apartados que lo integran nos lleva a la conclusión de que, en estos supuestos, el bien jurídico objeto de protección penal va mas allá de la mera propiedad individual. Así, en el apartado 1º se recogen varios supuestos que guardan relación con el reproche penal contenido en los delitos de sedición, atentado y desórdenes públicos, los apartados 2º y 3º encuentran su semejanza en los delitos de riesgo o peligro, el 4º con los delitos que protegen el patrimonio histórico artístico común, y el apartado 5º, que otorga una especial protección al patrimonio personal del sujeto pasivo del delito en aquellos casos en que queda afectada su capacidad económica, tiene su parangón en los casos de hurtos, robos y defraudaciones.

Por las anteriores razones, parece mas adecuado mantener el tipo básico de daños en el artículo 263, como se hace en el vigente Código Penal, y que los supuestos agravados, regulados en el vigente artículo 264.1 del Código Penal, se regulen por separado. Ello sin perjuicio de la valoración

positiva que merece la reforma en lo que se refiere a la regulación autónoma de las distintas modalidades de ataque a los sistemas informáticos que a continuación se tratará.

De otro lado en lo que atañe a la vigente redacción del tipo básico de daños en el artículo 263 que, como se ha manifestado, se mantiene por el Anteproyecto en su integridad, no deja de presentar problemas para la concreción del tipo delictivo. Pese a los tradicionales esfuerzos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en orden a delimitar el delito de daños, así, en la STS 26-11-1981 se define como *toda destrucción, deterioro o menoscabo tanto físicos como económicos causados por lo general, en bienes ajenos, y, excepcionalmente en los propios, que no se encuentren comprendidos en otros pasajes del Código Penal y actuando el agente inspirado en propósitos de odio o venganza o al menos, con “ánimus damnandi” y nunca con “animus lucrandi”,* y posteriormente en las STS 2-12-1982, 29-3-85 y de 11 de marzo de 1.997, a las que se suelen remitir las Sentencias de las Audiencias Provinciales (entre otras, en SAP de Madrid 6-5-08, SAP de Pontevedra 25-5-08 y SAP de Asturias 30-5-08) se afirma que *el delito de daños consiste en la acción de dañar, destruir, inutiliza o deteriorar una cosa ajena sin la voluntad de su dueño...* Hay que recordar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene declarando de forma reiterada que, por exigencia del principio de taxatividad, el legislador debe llevar a cabo el *máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica* (SSTC 62/1982, 89/1993, 53/1994, 151/1997 y 142/1999) y que el recurso del legislador a las cláusulas normativas abiertas *no puede ser indiscriminado pues tan solo sería constitucionalmente admisible cuando existe una fuerte necesidad de tutela, desde la perspectiva constitucional, y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos mas precisos.*

Por estas razones, aprovechando la modificación del artículo que se comenta, se podría proporcionar un nuevo concepto positivo del delito de

daños, superando la técnica excluyente actualmente utilizada, habida cuenta que la forma negativa de delimitar el concepto de daños, empleada por el vigente Código Penal, se ha revelado insuficiente para cumplir con las exigencias básicas del principio de legalidad en el marco del injusto típico del delito de daños.

Por último, cabe apuntar que, por un error material, probablemente provocado al traspasar al Anteproyecto de forma literal vigente artículo 264.1 al nuevo apartado 2º del artículo 263, éste último, al regular los supuestos cualificados del delito de daños, efectúa una remisión expresa a “*los daños expresados en el artículo anterior*”, cuando realmente quiere remitirse a los daños expresados en el “apartado anterior”, error que requiere ser corregido para no generar confusiones indeseadas.

Trigésimo octavo

Los daños informáticos (artículo 264)

Cumpliendo con las específicas obligaciones contraídas en la materia por la Decisión Marco 2005/222/JAI de 24 de febrero de 2005, este apartado del Anteproyecto aborda la reforma del artículo 264 del Código Penal, dedicando íntegramente su contenido a la protección penal de las diferentes modalidades de ataque a los sistemas informáticos.

La Decisión Marco que se traspone obedece a la necesidad de dar una respuesta eficaz, y un planteamiento global en materia de seguridad de las redes y de la información, ante la existencia de ataques contra los sistemas de información, en particular como consecuencia de la amenaza de la delincuencia organizada, y la creciente inquietud de los Estados miembros ante posibles ataques terroristas contra sistemas de información integrados en sus infraestructuras vitales.

La incorporación de las directrices de la Decisión Marco en el derecho interno de los Estados miembros persigue la aproximación de las legislaciones penales en materia de ataques contra los sistemas de información, proporcionándoles un mismo enfoque y castigando acciones específicas en materia de seguridad de las redes y de la información, convirtiéndolo en objetivo prioritario, fundamentalmente porque, según se destaca en la Exposición de Motivos de la propia Decisión Marco, *la distancia y las divergencias significativas que existen entre las legislaciones de los Estados miembros en este ámbito pueden dificultar la lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo y pueden complicar la cooperación eficaz de los servicios de policía y las administraciones de justicia en materia de ataques contra los sistemas de información.*

En este contexto se exige de los Estados miembros que adopten las medidas necesarias para proteger los sistemas de información contra los ataques causados bien mediante el acceso ilegal a los sistemas de información (artículo 2), bien a través de la intromisión ilegal en los sistemas de información (artículo 3), bien mediante intromisión ilegal en los datos (artículo 5). La primera modalidad de ataque, que se efectúa a través de vías tecnológicas que permiten violar la privacidad o reserva de datos contenidos en sistemas informáticos, motiva la reforma efectuada por el Anteproyecto en el artículo 197 del Código Penal, a cuyo comentario, efectuado en el apartado correspondiente de este informe, nos remitimos.

La naturaleza patrimonial de las modalidades de ataque que se cometen mediante la intromisión ilegal en los sistemas de información o con la intromisión ilegal en los datos, han determinado que, acertadamente, se ubiquen estas acciones entre los delitos de daños, en el capítulo IX del Título XIII, dedicado a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico.

En el vigente Código Penal los daños informáticos aparecen regulados en el apartado 2º del artículo 264 que castiga al que *por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos*. Pudiera parecer que el precepto, al no delimitarse en el mismo la modalidad comitiva del delito, es lo suficientemente amplio como para dar adecuada respuesta a las exigencias derivadas de la Decisión Marco 2005/222/JAI que se traspone, pero, basta contrastar su contenido con el de los artículos 3 y 4 de la Decisión Marco, para concluir que parte de las conductas recogidas en los mismos no encuentran acomodo en el actual artículo 264.2 por lo que, de mantenerse su redacción actual, dichas conductas quedarían impunes.

El artículo 3 de la decisión marco, dispone que cada Estado miembro deberá adoptar *las medidas necesarias para que el acto intencionado, cometido sin autorización, de obstaculizar o interrumpir de manera significativa el funcionamiento de un sistema de información, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos, sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad*, a su vez, el artículo 4, a exige que se adopten *las medidas necesarias para que el acto intencionado, cometido sin autorización, de borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos informáticos contenidos en un sistema de información sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad*.

Visto el contenido de ambos artículos, en el apartado 2º del artículo 264 del vigente Código Penal, no encontrarían cabida las acciones delictivas dirigidas a obstaculizar o interrumpir de forma significativa el funcionamiento de los sistemas de información a que se refiere el artículo 3º de la Decisión Marco,

ni tampoco aquellas que hacen inaccesibles los datos informáticos, que se describen en el artículo 4º de la citada norma internacional.

Por este motivo el Anteproyecto de Ley modifica de forma sustancial el artículo 264 cuyo contenido, que pasará a estar integrado por cuatro apartados, es el siguiente:

1. El que sin autorización y de manera grave borrarse, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese, o hiciese inaccesibles datos o programas informáticos ajenos, será castigado, en consideración a la gravedad del hecho, con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. El que sin estar autorizado y de manera grave obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema de información ajeno, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos, será castigado, atendiendo a la gravedad del hecho, con la pena de prisión de seis meses a tres años.

3. Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en los dos apartados anteriores y, en todo caso, la pena de multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en las conductas descritas concorra alguna de las siguientes circunstancias:

1º. Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal.

2º. Haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a los intereses generales.

4. Cuando los delitos comprendidos en este artículo se hubieren cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica

y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de multa del tanto al duplo del perjuicio causado en los supuestos previstos en los apartados 1 y 2, y del tanto al décuplo en el supuesto del apartado 3.

El artículo dedica los dos primeros apartados a sancionar las modalidades de ataque a datos y programas informáticos o sistemas de información ajenos a que se refieren los artículos 3 y 4 de la Decisión Marco. En el apartado 3º se da cumplimiento a la exigencia el artículo 7 de la propia Decisión Marco 2005/222/JA, regulando dos modalidades agravadas de las anteriores conductas, la primera será de aplicación cuando sean llevadas a cabo en el marco de una organización delictiva, la segunda cuando se ocasionan graves daños o afecten a intereses esenciales.

El último apartado del artículo 264 establece la posibilidad de exigir responsabilidades penales a las personas Jurídicas, acatando de esta forma lo dispuesto en el artículo 8 de la Decisión Marco 2005/222/ JAI y en total sintonía con el nuevo artículo 31 bis del Código Penal a cuyos comentarios, efectuados en otro apartado de este informe, nos remitimos.

Debe ponerse de relieve como en la Decisión Marco, sobre cuyo contenido se construye el nuevo artículo 264 del Código Penal, se reserva el artículo 1º para proporcionar unos conceptos inequívocos y unitarios de las expresiones que emplea en su articulado para describir los delitos informáticos. Este artículo primero define lo que, a los efectos de la propia Decisión Marco, habrá de entenderse por *sistema de información, datos informáticos, personas jurídicas y sin autorización*. La importancia de este artículo reside en que, al dotar a tales expresiones de un sentido determinado, se evitan los debates o controversias que pudieran surgir en torno a la cuestión de lo que constituye su contenido exacto y se permite, al mismo tiempo, que todos los Estados respondan unitariamente ante supuestos similares. No obstante al modificar el

artículo 264 del Código Penal, el Anteproyecto, pese utilizar en sus distintos apartados idénticas expresiones a las empleadas por la Decisión Marco las da por sobreentendidas y no determina en ninguno de sus apartados el contenido que, a efectos penales, tienen las expresiones *datos o programas informáticos* o *sistemas de información*, lo cual podría generar una indeseable indeterminación del tipo delictivo totalmente contraria a la seguridad jurídica imprescindible en el ámbito penal.

Según se ha puesto de manifiesto, en el apartado 1 del nuevo artículo 264 se castiga la intromisión ilegal en datos o programas informáticos ajenos, dañándolos, deteriorándolos, alterándolos, suprimiéndolos o haciéndolos inaccesibles, y en el apartado 2 se pena la intromisión ilegal en los sistemas de información ajenos, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos. En ambos casos se exige que las conductas llevadas a cabo por el sujeto activo del delito deban realizarse *sin estar autorizado y de manera grave*. Esta exigencia, por su propio contenido, debe extenderse también a las modalidades que son reguladas en los apartados 3 y 4 del mismo artículo.

La expresión *de manera grave*, utilizada por el legislador para describir las conductas delictivas en el artículo 264, resulta equívoca puesto que parece que refiere la *gravedad* no al resultado de la acción típica sino a los medios o modos de llevar a cabo dicha acción. Además, en tanto que la gravedad se configura como un requisito necesario para la tipicidad, desde este punto de vista también se genera una cierta indeterminación del tipo.

El examen de la redacción utilizada por la Decisión Marco 2005/222/JAI en la regulación de las conductas que se examinan permite afirmar que su enunciación resulta, a los anteriores efectos, mucho mas concreta y, por ello, mas respetuosa con la exigible seguridad jurídica. Pues en sus artículos 3 y 4 establecen la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas

necesarias para que se sancionen penalmente, *al menos en los casos que no sean de menor gravedad*, las conductas de intromisión ilegal en los sistemas de información y de intromisión en los datos informáticos respectivamente, describiendo la intromisión en los sistemas de información como *el acto intencionado, cometido sin autorización, de obstaculizar o interrumpir de manera significativa el funcionamiento de un sistema de información, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos* y la intromisión en los datos informáticos como *el acto intencionado, cometido sin autorización, de borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos informáticos contenidos en un sistema de información*.

En la composición de ambos artículos observamos, de un lado, que en ambos se exige que la acción, llevada a cabo por el sujeto activo, sea *intencionada*, requisito que no se recoge de forma expresa en el proyectado artículo 264 del Código Penal, quizá porque al emplear la expresión *de manera grave* el legislador lo da por sobreentendido, y de otro, que la Decisión Marco compele a los Estados miembros a que procedan a la sanción penal de tales acciones cuanto menos en aquellos casos *que no sean de menor gravedad*. De todo lo cual resulta que, en ambos artículos, pese a no ser absolutamente precisos, a diferencia de lo que se desprende de la lectura del nuevo artículo 264 del Código Penal, la gravedad que determina la sanción penal está referida al resultado y no a la acción, lo que, a nuestro juicio resulta más acertado.

Las imprecisiones consignadas podrían subsanarse modificando la redacción definitiva de los apartados 1º y 2º del artículo 264 pudiendo ser la siguiente:

1. *El que sin estar autorizado e intencionadamente borrarse, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese, o hiciese inaccesibles datos o programas informáticos ajenos, cuando el resultado producido fuere grave, con la pena de prisión de seis meses a dos años.*

2. El que sin estar autorizado e intencionadamente obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema de información ajeno, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos, cuando el resultado producido fuere grave, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.

Podrían también añadirse al nuevo precepto los parámetros a tener en cuenta para considerar grave el resultado y un nuevo inciso que, trasponiendo las definiciones del artículo 1º de la Decisión Marco 2005/222/JAI, esté destinado a determinar el contenido que, a los efectos penales, habrá de darse a las expresiones *sistema de información, datos informáticos y sin autorización*.

Trigésimo noveno.

Perdón del ofendido (art 267 párrafo 3).

El Anteproyecto de Ley Orgánica modifica el párrafo 3 del artículo 267 del Código Penal, que queda redactado como sigue:

3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5 del apartado 1 del artículo 130.

El texto propuesto exclusivamente modifica la remisión numérica al artículo 130 del Código Penal.

Cuadragésimo

Artículo 282 bis

La Sección Tercera del Capítulo XI del Título XIII del Código Penal abarca una serie de conductas de carácter heterogéneo que suponen infracciones al mercado y a los derechos de los consumidores. El denominador común entre las mismas se encuentra en que a través de la tipificación de esas conductas se protegen directa e indirectamente bienes de carácter supraindividual. Nos encontramos por tanto ante delitos contra el orden socio-económico.

El Anteproyecto aborda la modificación de alguno de los tipos delictivos incluidos en la citada Sección e incorpora otros nuevos con el objetivo evidente de reforzar la protección de los principios que rigen el mercado único, particularmente el mercado único e integrado de servicios financieros. La represión penal de las conductas que suponen una manipulación del mercado a través de la información, bien por abuso o bien por deformación, se justifica por la necesidad de evitar los riesgos que las mismas pueden suponer para el desarrollo económico y el proyecto europeo. Se trata de garantizar la libre y justa competencia y la adecuada transparencia que es un requisito previo a la negociación para todos los agentes económicos que participan en los mercados financieros integrados.

La reforma está orientada a completar la transposición de la Directiva 2003/6 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado, además dicha Directiva debe servir para integrar los elementos normativos de los tipos delictivos referidos al uso de información privilegiada y manipulación del mercado.

Este artículo incorpora a la Sección Tercera el artículo 282 bis con la siguiente redacción:

«Los que como administradores de hecho o de derecho de una sociedad que cotice en el mercado de valores, falsearan las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores, de modo apto para producir engaño y de ese modo consiguieran captar inversores u obtener créditos o préstamos, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código.»

Se ha sancionado de este modo la denominada “*estafa de inversiones*”. La pretensión del legislador al incluir la represión de esta modalidad de estafa referida a las inversiones en instrumentos financieros regidos por la reglas del mercado de valores, es sin duda, la de tutelar no sólo el patrimonio del inversor particular que resulta lesionado, sino también proteger las reglas de transparencia y libre concurrencia de los mercados financieros.

Se plantea, respecto de este nuevo tipo el problema del posible concurso con el delito de estafa básica del art. 248 y con el delito de falsedad, ya sea con la falsedad común del artículo 392, si la realizada en los balances o documentos que reflejan la realidad económica de la sociedad que cotiza en el mercado es una falsedad material, o bien la falsedad específica de delito societario del artículo 290, si se está en presencia de una falsedad ideológica. En tales casos el principio de especialidad del artículo 8.1 del C. Penal, determinará la aplicación del nuevo art. 282 bis, cuando se trata de sociedades que cotizan en el mercado de valores.

No exigiendo el nuevo precepto ningún elemento subjetivo de culpabilidad relativo al propósito del sujeto activo de conseguir que a través del engaño los particulares inviertan en la sociedad o que terceros la financien

mediante el otorgamiento de préstamos o créditos, bastará la concurrencia de dolo eventual para su aplicación.

Se observa, no obstante, que la pretensión del legislador con la incorporación de este nuevo tipo, de reforzar la protección de los inversores particulares que pueden verse lesionados en sus concretos patrimonios, por la vulneración de la regla primordial de transparencia de los mercados financieros, no resulta del todo conseguida al no exigirse en el tipo una cuantía de defraudación. La falta de cuantía da lugar a que en los casos en que el perjuicio sufrido no supere los 400 euros resulte de aplicación el tipo frente a la falta de estafa del art. 623.4 en virtud del principio de especialidad, sin embargo, en los casos en que la cuantía de lo defraudado sea de extraordinaria gravedad o importancia, lo que por otra parte puede ser lo usual en estos casos, la sanción de la conducta se verá atenuada o privilegiada respecto de la que se impone en los casos de estafa agravada por la cuantía conforme al nuevo art. 250.

Se propugna por tanto, que se establezca un nuevo tipo de estafa de inversiones referida a las sociedades que operan en mercados financieros como delito de resultado, y se incorpore al mismo el elemento cuantitativo del perjuicio sufrido, (más de 400 euros) estableciendo una modalidad agravada para los supuestos de notoria gravedad del perjuicio

Quizás debería también valorarse la opción de estructurar el nuevo tipo como delito de riesgo y no hacerlo depender de un resultado material lesivo, en tal caso sería conveniente incorporar el elemento subjetivo del propósito del responsable de captar inversiones o conseguir financiación mediante la concesión de créditos o préstamos. En tal supuesto podrá establecerse una

modalidad agravada en el caso de producirse materialmente el perjuicio por realizarse la inversión u obtener el préstamo.

Por último señalar que se observa en la descripción de la conducta típica una ligera variación respecto de la redacción que se contemplaba en el Anteproyecto del año 2006 pues en este último se describía la conducta de falsear, no sólo referida a las informaciones que la sociedad que cotice en el mercado de valores debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores, sino también el falsear los “balances”.

La referencia a los balances que hacía el anterior Anteproyecto en este precepto y curiosamente, también la Exposición de Motivos del Anteproyecto que ahora se comenta, si bien quizás no es tampoco del todo acertada, puesto que supone una referencia solo a uno de los elementos que integran las cuentas anuales de una sociedad, puede ser considerada como manifestación de la voluntad de sancionar la alteración de la realidad económica de la sociedad no solo respecto a los supuestos en que se realicen operaciones en los mercados de valores, que se rigen por su legislación específica en cuanto a la información que debe ser aportada, sino también las operaciones de crédito realizadas al margen de los mercados y para las que la información que la sociedad deberá aportar puede ser distinta a la requerida para operaciones en el mercado de valores.

Resulta, por tanto, necesario no constreñir la conducta típica de falseamiento de la realidad económica de la sociedad a la información requerida por la legislación del mercado de valores, resultando conveniente que el tipo sancione también expresamente la conducta de los administradores de hecho o de derecho de una sociedad que cotice en el mercado de valores que falseare *sus cuentas anuales*.

Conforme a estas propuestas la redacción del art. 282 bis sería la siguiente:

Los que como administradores de hecho o de derecho de una sociedad que cotice en el mercado de valores, falsearen sus cuentas anuales o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos , actividades y negocios presentes y futuros de modo apto para producir engaño y con el propósito de captar inversores u obtener prestamos o créditos serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código.

En el supuesto en que se llegue a obtener la inversión o el préstamo con perjuicio para el inversor o acreedor se impondrá la pena en la mitad superior. Si el perjuicio causado fuera de notoria gravedad la pena a imponer será de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses.

Cuadragésimo primero

Artículo 284

Se modifica el art. 284 referido a los delitos de alteración de precios que queda redactado como sigue:

Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a los que:

1º Empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieran de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sea objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos.

2º Difundieren noticias o rumores por sí o a través de un medio de comunicación, sobre personas o empresas en que a sabiendas se ofrecieren datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un instrumento financiero, obteniendo para sí o para tercero un beneficio económico superior a los 300.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad.

3º Utilizando información privilegiada, realizaren transacciones o dieran ordenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros, o se asegurasen utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales.

En todo caso se impondrá la pena de inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador

Parece que el propósito del legislador al modificar la redacción del art. 284 ha sido la de ampliar el ámbito de las conductas que suponen una manipulación del mercado en orden a fijar los precios, vulnerando los que resultarían de la libre concurrencia o competencia conforme a lo establecido por la Directiva 2003/6 del Parlamento y del Consejo sobre las operaciones con información privilegiada y manipulación del mercado.

El legislador ha ejercitado su derecho de sancionar penalmente las conductas que considera modalidades más graves de manipulación del mercado mediante la alteración de precios tal y como se contempla en el art. 14 de la Directiva 2003/6

En la vigente redacción del art. 284 se sanciona de un modo unitario las distintas modalidades de conductas encaminadas a alterar los precios que resultan de la libre concurrencia en el mercado de productos, mercancías, títulos valores o cualquier bien mueble o inmueble susceptible de contratación, mediante la utilización de violencia, amenaza, engaño, difusión de noticias falsas o uso de información privilegiada.

El actual delito de alteración de precios se configura como un delito de simple actividad o de riesgo que se consuma por la mera realización de la conducta descrita con el propósito de alterar los precios

En el Anteproyecto se hace una tipificación separada según la modalidad comisiva y además se convierte la modalidad de difusión de noticias o rumores falsos en delito de resultado, mientras que en las demás modalidades se mantiene la configuración como delito de actividad o riesgo que se consuma sin necesidad de que se produzca el resultado.

La conducta prevista en el nº 2 del art. 284, de alteración de precios en virtud de la difusión de noticias o rumores conteniendo datos total o parcialmente falsos está limitada a los instrumentos financieros que cotizan en los mercados e incorpora una condición objetiva de punibilidad que es la de la obtención de un beneficio o producción de un perjuicio económico superior a 300.000 euros; en este sentido, el legislador parece que ha querido atenuar la sanción de las conductas consistentes en la difusión de noticias o rumores falsos frente a la redacción actual en la que la modalidad de alteración de precios mediante la difusión de noticia falsas es sancionada sin exigir que se obtenga un beneficio o se cause un perjuicio elevado.

No parece ser muy consecuente la atenuación de estas conductas, que afectan a la transparencia de los mercados financieros, con los objetivos que se pretenden en el Anteproyecto de reforzar la protección de los mercados financieros, máxime si se tiene en cuenta que en la nueva redacción del nº 1 del art. 284 se sanciona más severamente la conducta de alteración de precios de cualquier clase de muebles o inmuebles que puedan ser objeto de contratación mediante el empleo de engaño (del que la difusión de noticias falsas puede considerarse una modalidad), al no condicionar la sanción de la conducta a la obtención de un beneficio económico de elevada cuantía

La mención expresa a que las noticias se refieran a *personas o empresas*, no parece muy acertada puesto que si se trata de alterar o preservar el precio de cotización de instrumentos financieros que cotizan en el mercado lo lógico es que la información se refiera siempre a sociedades

La modalidad de alteración de precios mediante la utilización de información privilegiada se vincula a una conducta de realizar transacciones o

dar ordenes de operaciones que reproduce literalmente la definición de manipulación del mercado que contempla el artículo 1.2 a) de la Directiva 2003/6. La descripción típica de esta conducta resulta bastante confusa, por lo que se propone una redacción más clara de esta modalidad de alteración de precios mediante la utilización de información privilegiada, en la que aparezcan diferenciadas las distintas conductas que se sancionan.

Cuadragésimo segundo y tercero

Sección Cuarta. “Delitos de corrupción entre particulares”

Artículo 286 bis

El Anteproyecto introduce en la Sección Cuarta del capítulo XI del Título XIII, bajo el epígrafe “De la corrupción entre particulares”, el artículo 286 bis mediante el cual da cumplimiento a la Decisión Marco 2003/568 JAI del Consejo, de 22 de julio, y la anterior sección cuarta pasa a ser la sección quinta.

El citado art. 286 bis establece:

1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta reciba, solicite, o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y Tribunales en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la multa a su prudente arbitrio.

Para la Decisión Marco la corrupción, tanto en el sector público como en el sector privado, distorsiona las reglas de la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido. Es por ello que el objetivo perseguido por la Decisión Marco es que tanto la corrupción activa como pasiva en el sector privado, sean una infracción penal en todos los Estados Miembros y que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de tales infracciones.

En el Anteproyecto se ha sancionado la corrupción en el sector privado incorporando casi literalmente al nuevo art. 286 bis del Código Penal las conductas que el artículo 2 de la Decisión Marco considera deben ser contempladas como delito en los Estados Miembros .

La amplitud de los términos utilizados en el art. 286 bis para la tipificación de las conductas de corrupción privada, permiten considerar incluidas conductas que no afectan propiamente a las reglas de competencia y

que no son propiamente actos de competencia desleal (ejemplo: promesa de algún tipo de beneficio por parte de clientes de una empresa al encargado o responsable para conseguir servicios como una mejor mesa en un restaurante o la reserva de habitaciones en establecimientos o localidades de espectáculos).

Por otra parte la incorporación del art. 2 de la Decisión Marco (en adelante DM) no es del todo literal y puede en algunos casos plantear alguna duda interpretativa; así por ejemplo, en el art. 286 bis se utiliza el término “beneficio o ventaja no justificado” en vez del más preciso de “ventaja indebida” que utiliza la DM, por lo que quizás sería más conveniente haber transcrito la disposición de la DM en sus mismos términos

Dados los objetivos de la Decisión Marco, se considera apropiado el excluir de la sanción penal las conductas que resultan ajenas a una competencia desleal. De otra parte, la propia DM en el art. 2.3 establece que los Estados Miembros podrán declarar que limitarán el ámbito de aplicación del art. 2.1 (conductas que deben sancionarse como infracciones penales), a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o servicios comerciales.

Si bien las conductas activas y pasivas de corrupción en el sector privado se han configurado en el Anteproyecto de modo similar a la corrupción en el sector público, (delito de cohecho), no se hace ninguna distinción en el art. 286 bis sobre el hecho de que los actos realizados a cambio del ofrecimiento o entrega de una ventaja, supongan simplemente el incumplimiento de las obligaciones profesionales del directivo, empleado o colaborador o puedan suponer además la comisión de algún ilícito penal. Se propugna la adición en el art. 286 bis de la salvedad de que la pena impuesta por la corrupción se entenderá sin perjuicio de la que corresponda por los

delitos que se cometan en función de la ventaja o beneficio ofrecido o entregado de manera similar a la prevista en el artículo 419.

Cuadragésimo cuarto

Artículo 288

Se modifica la redacción del art. 288 que ahora pasa a estar integrado en la Sección Quinta del Capítulo XI dedicada a las disposiciones comunes a las secciones anteriores de dicho Capítulo y que queda redactado como sigue:

«En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado.

Si los hechos se hubieren realizado en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de multa del tanto al triplo del volumen de la operación. Además, podrá imponer la pena de prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito por un tiempo de cinco a diez años.

No obstante lo anterior, en los supuestos contemplados en los artículos 271 y 276, los Jueces o Tribunales impondrán a la organización, bien como penas si procediera la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con

el artículo 31 bis de este Código, bien como medidas en los casos previstos en el artículo 129, alguna o algunas de las siguientes:

a) Multa del tanto al décuplo del valor de la operación

b) Suspensión de las actividades de la persona jurídica por un tiempo de dos a cinco años

c) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un plazo de dos a cinco años.

d) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores durante el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

En estos casos se acordará el comiso de los instrumentos y efectos del delito. Igualmente se acordará el comiso de los productos y beneficios obtenidos, directa o indirectamente del mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 127 de este Código, si los hechos se hubieren cometido a través de una organización de las contempladas en los artículos 271 c) ó 276 c).»

La nueva redacción dada a este precepto prevé la exigencia de responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos previstos en las secciones anteriores del Capítulo XI, de conformidad con los requisitos del art 31 bis. Dicha previsión es, sin duda, acertada dada la especial naturaleza de estos delitos que, previsiblemente serán cometidos en el marco de sociedades por cuenta y en beneficio de las mismas.

El actual Anteproyecto a diferencia del anterior del año 2006 ha añadido un párrafo tercero al art. 288, previendo que en los casos de los tipos agravados de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial de los arts. 271 c) y 276 c) sean aplicadas obligatoriamente algunas de las medidas del art. 33.7 bien con el carácter de penas, si procede la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica conforme al art. 31 bis, bien como medidas del art. 129 si no concurren tales requisitos.

Llama la atención esta previsión específica que se hace en el art. 288 respecto de los delitos de propiedad intelectual e industrial cometidos por una organización (Sección Primera y Segunda del capítulo XI), y sin embargo, no se hace en este artículo que está en la sección sobre disposiciones comunes a las Secciones del Capítulo XI, ninguna previsión respecto de la posibilidad de aplicar tales medidas como obligatorias en los delitos de la sección tercera sobre el mercado y los consumidores, o en los delitos de corrupción privada de la sección cuarta.

Debe ponerse de manifiesto que en el párrafo tercero del art. 288 se viene a sancionar más gravemente la responsabilidad de las personas jurídicas u organizaciones en el caso de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial que en los demás delitos del Capítulo XI, lo que no parece responder a un criterio proporcional a la antijuricidad de las conductas, puesto que es evidente que en los casos de delitos contra el mercado y los consumidores o de corrupción entre particulares de las secciones tercera y cuarta se puede lesionar un bien jurídico de igual o mayor entidad.

Cuadragésimo quinto

Título XIII, Capítulo XIV. Delitos de receptación y blanqueo de capitales

Se modifica la rúbrica del Capítulo XIV que pasa a ser “De la receptación y el blanqueo de capitales” La incorporación del *nomen iuris* “blanqueo de capitales”, supera la anterior denominación de “conducta afín a la receptación”, introduciendo en el Código Penal la utilizada en la normativa internacional e incluso en las normas nacionales de carácter administrativo sobre la materia, por lo que tal innovación ha de tener una valoración positiva, en cuanto tal denominación de *blanqueo de capitales* es la habitual para referirse al delito que se describe en los artículos siguientes junto con el de receptación, respecto del que tiene una entidad propia y diferenciada.

Cuadragésimo sexto

Artículo 301.1

El Anteproyecto modifica la redacción del párrafo primero del apartado 1 del art. 301, que queda redactado de la siguiente forma:

«1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, cometido por él o por terceras personas, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de

clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.»

La modificación que hace el Anteproyecto, incorporando el inciso *cometido por él o por terceras personas*, supone tipificar expresamente el blanqueo de capitales cometido por el responsable del delito precedente poniendo así término a las diferentes opiniones doctrinales y jurisprudenciales al respecto y acogiendo la doctrina puesta ya de manifiesto por algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo sobre la posibilidad de que el autor del delito antecedente pueda responder también por blanqueo (SSTS 1293/2001, de 28 de julio, 449/2006, de 17 abril).

Cabe, sin embargo, señalar que debería también aprovecharse la reforma para sustituir la referencia a “delito” como antecedente del blanqueo por la de “actividad delictiva”, que se corresponde mejor con la autonomía del delito de blanqueo y con la no exigencia de una resolución judicial que se pronuncie sobre un delito antecedente concreto conforme a lo establecido también por la doctrina de la Sala Segunda del TS (ST TS 115/2007 de 22 enero 2007).

Cuadragésimo séptimo

Artículo 302.2

Se modifica el apartado 2 del artículo 302, que queda redactado como sigue:

«En tales casos, los jueces y tribunales impondrán, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años e impondrán, asimismo, a

la organización, bien como penas si procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 bis de este Código, bien como medidas en los casos previstos en el artículo 129, además de la prohibición de contratar con el sector público durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuestas, una de las siguientes:

a) Disolución de la organización y clausura definitiva de sus locales o establecimientos abiertos al público.

b) Suspensión de las actividades de la organización y clausura de sus locales o establecimientos abiertos al público por tiempo de dos a cinco años.

c) Prohibición a la organización de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo de dos a cinco años.

d) Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuestas.»

Esta modificación responde a la incorporación a nuestro sistema penal de la responsabilidad de las persona jurídicas y a la necesidad de adecuar este precepto a las exigencias de la nueva regulación de los artículos 31 bis y 129 que efectúa el Anteproyecto, suponiendo la previsión expresa en el delito de blanqueo de la sanción de las organizaciones que sean declaradas responsables penalmente de estos delitos, lo que ha de ser valorado positivamente, toda vez que tal situación previsiblemente se producirá con cierta frecuencia.

Debemos destacar que el nuevo Anteproyecto ha prescindido de la regulación autónoma de las sociedades instrumentales que se contemplaba en

el anteproyecto de 2006 en el art. 297 bis, y que de conformidad con la propia Exposición de Motivos de dicho anteproyecto se justificaba por la mayor facilidad que estas proporcionan para conseguir la opacidad: *“Los riesgos que supone el uso de esas sociedades falsas, ficticias, instrumentales o tapaderas, para contratar o para actuar son múltiples y van desde la burla de las obligaciones y responsabilidades de carácter laboral , hasta las de carácter mercantil o tributario, pasando por las propias que se derivan del posible encubrimiento de delitos o de blanqueo de capitales”*.

Estimamos, por tanto, que se ha acogido por el presente anteproyecto la consideración que se hizo en el informe del Consejo Fiscal al anteproyecto de 2006 respecto de la previsión de un tipo autónomo de sociedades instrumentales, pues la tipificación expresa de la utilización de estructuras societarias o de carácter análogo para encubrir u ocultar la verdadera titularidad de bienes o de actividades económicas que hacía el art 297 bis, podía plantear, sin embargo, problemas de concurso con otros tipos delictivos que incorporan la utilización de sociedades, entidades u organizaciones instrumentales o ficticias para su comisión.

Cuadragésimo octavo.

Artículo 305.5

Se añade en el art. 305 un quinto apartado con la siguiente redacción:

«5. En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la administración tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley General Tributaria, incluidos sus intereses de demora, se exigirán por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada ley.»

El Anteproyecto mediante la inclusión de este apartado ha venido a incorporar expresamente al Código Penal lo dispuesto en la Disposición Adicional Décima de la Ley 58/2003, de 17 diciembre General Tributaria que establece:

En los procedimientos por delito contra la Hacienda Pública, la responsabilidad civil comprenderá la totalidad de la deuda tributaria no ingresada, incluidos sus intereses de demora, y se exigirá por el procedimiento administrativo de apremio.

Esta disposición adicional que se incorpora expresamente al Código Penal, al fijar el alcance de la deuda tributaria incluyendo sus intereses de demora y atribuir a la administración tributaria la competencia para su exacción por vía de apremio, sin perjuicio de las facultades jurisdiccionales de ejecución que corresponden al juez penal que dicta la sentencia (apartado 4 de la disposición adicional décima de la Ley 58/2003), se considera por algún sector doctrinal como una circunstancia que viene a reforzar la tesis de que no existe una plena autonomía del derecho penal en la configuración del delito fiscal respecto de la relación jurídico-tributaria precedente.

La falta de autonomía plena del derecho penal en este ámbito del fraude fiscal se vería corroborada aún más si se hubiera incorporado al texto legal la previsión que se contiene en la Exposición de Motivos del Anteproyecto y que no sabemos, si por olvido involuntario, no tiene luego reflejo en el art. 305 y es la de que *“la denuncia por delito fiscal no paralice el procedimiento de liquidación y recaudación por la Administración tributaria cuando disponga de suficientes elementos para ello, tal y como parece ser la tendencia general en derecho comparado.”* La Exposición de Motivos se refiere a la necesidad en este caso de adaptar el art 180 de la Ley General Tributaria que en su redacción vigente obliga a la Administración tributaria a suspender el procedimiento administrativo una vez pasado el tanto de culpa al Ministerio

Fiscal o a la autoridad judicial, debiendo indicarse que esa adaptación podría hacerse por la propia reforma mediante una disposición adicional.

Si finalmente se estima que debe establecerse que la iniciación del procedimiento por delito no paralizará el procedimiento administrativo de liquidación y recaudación, si la administración tributaria dispone de elementos suficientes para ello, esto vendrá a suponer el reconocimiento de la estrecha vinculación del delito con la obligación tributaria subyacente que ha sido defraudada.

Debemos, sin embargo, advertir en relación con esta posibilidad de que la reforma contemple que la Administración Tributaria pueda continuar, en paralelo al proceso penal, el procedimiento administrativo de liquidación y recaudación, acerca de los riesgos evidentes de resultados contradictorios entre ambos procedimientos que se rigen por principios distintos y con diferentes mecanismos de investigación. Podría ser frecuente en estos casos que la cuota tributaria determinada en el procedimiento penal no se correspondiera con la deuda tributaria liquidada en el procedimiento administrativo.

No obstante, el nuevo apartado 5 del art. 305 ha reafirmado la autonomía del delito fiscal en lo concerniente a la prescripción, puesto que en materia de la responsabilidad civil derivada del delito sostiene la transformación del título del que nace, que es *ex delicto* y no *ex lege*, dado que establece que en los procedimientos por delito la deuda tributaria comprenderá la que la administración tributaria no haya podido liquidar por prescripción. Obviamente, esta posibilidad de exigir en el proceso penal la deuda no exigible por la prescripción en el ámbito tributario es contraria a lo dispuesto en la Ley General Tributaria respecto a la devolución al infractor, con el carácter de ingresos indebidos, las cantidades por él ingresadas después de transcurrir el plazo de

prescripción que extingue la deuda tributaria (arts 32, 69.3 y 221 de la Ley General Tributaria).

Queremos aprovechar la reforma que el Anteproyecto ha hecho en el art. 305 para poner de relieve la conveniencia de que en el contexto que refleja la exposición de motivos sobre adaptación de la regulación del delito fiscal al marco de la legislación tributaria se opte por establecer una definición propia de la regularización fiscal que el art. 305.4 contempla como excusa absolutoria o bien expresamente se limite a integrar este elemento normativo con la remisión expresa a la regulación específica de la legislación tributaria. Ello ayudaría a solventar la disparidad de criterios existentes en la práctica de la aplicación de esta excusa absolutoria sobre si la regularización con relevancia penal es o no autónoma de la contemplada en la legislación tributaria.

Cuadragésimo noveno

Artículo 310 bis

El Anteproyecto ha añadido un artículo 310 bis que establece:

Cuando los delitos comprendidos en este título se cometieren en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis de este Código se le impondrá la pena de inhabilitación para contratar obras, servicios y suministros con las Administraciones públicas por un tiempo de dos a cinco años, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por el mismo tiempo.

En este caso el Anteproyecto de conformidad con la exigencia de previsión específica que establece el art. 31 bis, establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando el delito se cometa en el marco de sus actividades y concurrieran los demás requisitos de dicho artículo .Obviamente esta previsión de responsabilidad de las personas jurídicas resultaba totalmente necesaria dada la propia naturaleza de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, que supone que en numerosos casos se cometan en el marco de la actividad de las personas jurídicas.

Quincuagésimo

Artículo 313. Emigración bajo engaño

Aparentemente el Anteproyecto da nueva redacción al artículo 313, según el cual *“el que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, usando de otro engaño semejante será castigado con la pena prevista en el artículo anterior”*.

En realidad, no hay tal: simplemente se opera un reajuste en la estructura del tipo, cuyo contenido exclusivo pasa a ser, sin modificación alguna, el que hasta ahora ocupaba su número 2, como consecuencia de la supresión del apartado 1, que tipificaba la conducta *simétrica* (inmigración ilegal), que queda definitivamente subsumida –tras cierta confusión en el debate doctrinal acerca de la delimitación entre ambas normas- en el también retocado artículo 318 bis, que es objeto de comentario a continuación.

Quincuagésimo primero

Artículo 318 bis

El Anteproyecto de Reforma de Código Penal no se plantea una reforma completa del delito de *tráfico ilegal o inmigración ilegal de personas* tal y como está regulado en el artículo 318 bis CP. Se limita a proponer la derogación, antes comentada del N° 1 del artículo 313 CP (*favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores*), la supresión del subtipo agravado del N° 2 del artículo 318 Bis CP (*inmigración clandestina con fines de explotación sexual*) y la adecuación al nuevo sistema que propone en la parte general cuando las conductas descritas se hubieren cometido en el *marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica*.

Con la supresión del artículo 313 n° 1 del Código Penal se solventan todas las dificultades exegéticas con las que se encuentra tanto la doctrina científica como la jurisprudencia a la hora de delimitar las conductas castigadas por este precepto y por el tipo básico del artículo 318 bis del Código, por cuanto en ambos casos se persigue una misma acción típica como es el favorecimiento de la *inmigración clandestina* no estando justificado establecer un distinto régimen penal según la condición o no de trabajador del migrante.

El concepto de inmigración clandestina, esto es, la que se verifica al margen de la normativa administrativa que regula la entrada de extranjeros en España (significadamente, el artículo 25 de la Ley de Extranjería), constituye un elemento normativo común a los vigentes delitos del artículo 313.1 CP y 318 bis del Código Penal, por lo que determinará que la doctrina sobre sus dos modalidades (*subrepticia y fraudulenta*) sea aplicable en ambos casos de forma idéntica (*el concepto de emigración clandestina... es perfectamente trasladable al caso que nos ocupa, ya que los términos gramaticales (inmigración clandestina) son exactos en el art. 313 y 318 bis e idéntica debe ser también su significación jurídica [STS 10/5/2007 (RN° 10828/2006)]*).

Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007 (RNº 380/2007) cuando afirma que *en la práctica la doctrina más caracterizada entiende que con la nueva redacción del art. 318 bis por Ley Orgánica Nº 11 de 29 de septiembre de 2003 se ha producido una derogación tácita del art. 313.1º CP y ello por cuanto a pesar de la aparente diferencia, aunque en este último precepto no se hable de trabajador extranjero, sí se precisa que sea un inmigrante y este término solo puede predicarse de un extranjero; los nacionales no inmigran a su propio país* [STS 10/5/2007 Nº 10828/2006)].

La supresión del subtipo agravado del Nº 2 del artículo 318 bis del Anteproyecto de Código Penal se justifica por sí sola, al haberse trasladado al artículo 177 bis del Anteproyecto las acciones que sancionaba.

Consecuentemente, los redactores del Anteproyecto pretenden el mantenimiento de la regulación de la inmigración clandestina sin modificaciones del artículo 318 bis CP lo que está justificado por la idea de que el tráfico ilícito de migrantes siempre es pluriofensivo por cuanto, aunque lo preferente es la protección de los intereses estatales de control de los flujos migratorios y la indemnidad de sus fronteras, es lo cierto que: con carácter general la inmigración clandestina coloca en *situación de vulnerabilidad o riesgo a la persona que se traslada y establece en país que no es el suyo, por lo que las conductas que la promueven están poniendo en peligro los bienes jurídicos más relevantes de estas personas y perjudicando los derechos de los que el ciudadano extranjero podría llegar a disfrutar en caso de que su entrada en el Estado Español se hubiese realizado en condiciones de legalidad* [STS 30/1/2003 (Nº 2.205/2002)]; y además, con carácter especial, puede ocurrir que por el modo de llevarse a cabo se ponga en peligro la vida y seguridad de migrante, se desconozca la mayor vulnerabilidad del afectado (minoría de edad), se realice la conducta por razones abyectas (ánimo de lucro), o, aún siendo necesariamente voluntario el desplazamiento migratorio se hayan usado

determinados medios dirigidos a viciar el consentimiento del inmigrante [circunstancias previstas en el nº 3 del Artículo 318 bis CP] .

Ello no vulnera ni las exigencias derivadas del Protocolo de Palermo *contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, ni tampoco la Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002, *destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares*.

En efecto, conviene recordar que la Directiva –que nace con la vocación de proteger el *espacio de libertad, seguridad y justicia* en que se pretende convertir la Unión Europea y como consecuencia necesaria de la supresión de las fronteras interiores de los Estados ubicados en el territorio Schengen- no impone la persecución penal de las conductas típicas que define, esto es el favorecimiento del tráfico ilícito de migrantes (*vulneración de la legislación del Estado* sobre entrada y tránsito ilegal) o el favorecimiento lucrativo de la estancia ilegal (*vulneración de la legislación del Estado* sobre estancia ilegal de extranjero), sino la imposición de sanciones adecuadas que podrían ser de naturaleza administrativa [*los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que las infracciones contempladas en los artículos 1 y 2 estén sometidas a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias* (artículo 3)]. La exigencia de trasladar al Derecho Penal las conductas favorecedoras de la inmigración clandestina en detrimento del Derecho Sancionador Administrativo, procede de la Decisión Marco, del Consejo de 28 de noviembre de 2002, *destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares* (2002/946/JAI) cuando ordena en su artículo 1 que *los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que las infracciones definidas en los artículos 1 y 2 de la Directiva 2002/90/CE sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias que puedan dar lugar a extradición*.

Sin embargo tanto la Directiva como Decisión, carecen de carácter vinculante toda vez que se han visto afectadas por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2005 (Asunto C 176/03) que, aunque se refiere a la política medioambiental comunitaria, le es directamente aplicable pues sus razonamientos se extienden a todas las políticas comunes y a las cuatro libertades básicas comunitarias (libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales)

Por ello la opción seguida por el Anteproyecto puede ser considerada correcta en términos generales, incluso manteniendo su actual ubicación sistemática, pero entendemos que debería sustituirse al menos la rúbrica del Título VX Bis (*Delitos contra los ciudadanos extranjeros*) por el de *Delitos de inmigración clandestina y contra los ciudadanos extranjeros no comunitarios*, resaltando la naturaleza pluriofensiva de los bienes jurídicos que ampara y el ámbito subjetivo de aplicación que no puede comprender a los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea.

Quincuagésimo segundo y tercero

Titulo XVI De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente.

Capitulo I Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo

Tanto la rúbrica del Título como del Capítulo añaden la expresa mención al urbanismo junto a la tradicional mención a la ordenación del territorio. Resulta claramente más expresiva la alusión concreta al urbanismo que permite desde el principio conocer mejor su concreto contenido.

Quincuagésimo cuarto

Artículo 319

El Anteproyecto contiene en este título un general agravamiento de las penas que se corresponde con la prevención general y especial que se pretende en relación a un tipo de infracciones sobre las que concurre en la actualidad una creciente concienciación social y que es plenamente acorde con la relevancia del bien jurídico protegido.

El artículo 319 se modifica para añadir algunas de las consecuencias de las acciones típicas incluyendo expresamente en la relación enumerativa de los párrafos primero y segundo como resultado de la actuación también a las obras de urbanización o edificación no autorizadas. Sin duda se complementa el texto anterior evitando posibles impunidades derivadas de una interpretación restrictiva de los conceptos contenidos en la mencionada enumeración.

Por otro lado se añade el párrafo 4 para recoger la responsabilidad de las personas jurídicas.

En los supuestos previstos en este artículo, cuando el delito se hubiere cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa del tanto al duplo del perjuicio causado. Además podrá imponerse la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito por un período de uno a tres años.

Nos remitimos a lo ya expuesto referente a la nueva redacción del Art. 31 bis en relación a las consecuencias penales por los delitos cometidos en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica.

Quincuagésimo quinto

Artículo 320

Se modifica el Art. 320 en el mismo sentido que el artículo anterior, a cuyo comentario nos remitimos, ampliando la descripción del objeto a los proyectos informados favorablemente respecto de urbanizaciones y construcciones.

Además se incluye una nueva conducta como punible en los casos en que la autoridad o funcionario público con motivo de las inspecciones hubiere silenciado la infracción de estas normas, contemplando junto a la conducta activa un caso de comisión por omisión. Quien responsable de las inspecciones correspondientes dejara de cumplir con su obligación permite que con su falta de denuncia se conduzca al mismo lesivo resultado del bien jurídico protegido.

La redacción propuesta por el Anteproyecto es la siguiente:

La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de urbanización, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes o que con motivo de inspecciones hubiere silenciado la infracción de dichas normas será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de uno a tres años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

Quincuagésimo sexto

Artículo 325. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.

El Anteproyecto endurece las penas para el delito de contaminación. Las conductas contra el medio ambiente comprendidas en este tipo, que son tradicionalmente consideradas delictivas en nuestro Código Penal, son objeto también de la actuación armonizadora de la Unión Europea. Precisamente en esta materia el Parlamento Europeo y el Consejo acaban de aprobar el 19 de Noviembre de 2008 la Directiva relativa a la protección de medio ambiente mediante el derecho penal, -pendiente de publicación- que viene a sustituir a la Decisión Marco 2003/80JAI del Consejo de Enero de 2003 relativa a la protección del medio ambiente a través del derecho penal. Esta Decisión Marco, como es bien sabido, fue anulada por sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 13 de Septiembre de 2005, precisamente por considerar que la forma de actuación de la Unión para la protección penal de estas conductas debía ser un objeto de tratamiento dentro del Primer Pilar.

Las modificaciones propuestas en este Anteproyecto responden ya al texto de esta Directiva. Lo primero que se observa es una importante agravación de las penas que responden a la obligación prevista en el artículo 5 de la Directiva cuando establece que los Estados miembros adoptaran las medidas necesarias para garantizar que los delitos se castiguen con sanciones penales eficaces proporcionadas y disuasorias. Ello lleva a la modificación del apartado primero del precepto examinado en el sentido de elevar las penas a la de prisión de dos a cinco años, multa de 24 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años.

Por otro lado, se da nueva redacción al nº 2 del Art. 325 que actualmente se refiere a las emisiones ionizantes y que, había sido introducido precisamente en la reforma llevada a cabo por LO 15/2003 de 25 de Noviembre para dar respuesta al artículo 2 b) de la Decisión Marco de 27 de Enero de 2003. La conducta que describía este artículo sigue siendo típica pero pasa a constituir un artículo individual, el Art. 343, cuyo comentario se realizará más adelante.

El Art. 325. 2 dice en el anteproyecto: *El que contraviniendo la normativa nacional, comunitaria o internacional protectora del medio ambiente traslade una cantidad importante de residuos, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a 24 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años.*

Esta nueva redacción responde a la previsión del artículo 3 c) de la Directiva mencionada. En este apartado la Directiva se refiere a aquellos traslados de residuos incluidos en el ámbito de aplicación del Art. 2, punto 35 del Reglamento nº 1013/06 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de Junio de 2006 relativo al traslado de residuos. El anteproyecto no delimita ámbito ni concreta el concepto de residuos por lo que su contenido resulta más amplio e incluye cualquier tipo de traslado importante de residuos que contravenga normativa nacional, comunitaria o internacional.

Finalmente, la Directiva contiene una previsión esclarecedora que estimamos podría ser objeto de incorporación a la definición del nuevo Art. 325.2 para evitar posibles incumplimientos a la normativa europea. Efectivamente la Directiva considera igualmente delictivo el traslado de residuos que se realiza en varios viajes siempre que aparezcan vinculados. Ciertamente la peligrosidad no deriva sólo de la importancia de la carga en cada viaje sino que la conducta puede resultar igualmente peligrosa cuando estos traslados se realizan en varios viajes precisamente con el objeto de obtener la impunidad mediante el reparto de la carga evitando que con la división ese traslado pueda considerarse “importante”.

Quincuagésimo séptimo

Artículo 327

El texto del Anteproyecto propone la siguiente redacción de este precepto:

“En todos los casos previstos en los dos artículos anteriores, si los hechos se hubieren cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el Art. 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de multa de tanto al duplo del perjuicio causado así como la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito por un período de dos a cinco años.

En estos supuestos la reparación del daño comprenderá también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa de la persona jurídica condenada por tales delitos, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal consideren más adecuado a tal fin”

En lo referente a la responsabilidad de las personas jurídicas se da por reproducido el comentario realizado en la parte general, considerándose acertada la previsión de prohibición de realizar en el futuro las actividades con ocasión de las cuales se haya cometido el delito de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33.7 e)

Se contienen además una previsión punitiva novedosa como es la publicación o divulgación a costa de la persona jurídica de la sentencia condenatoria correspondiente, sanción esta que se considera plenamente adecuada con las finalidades de prevención general y especial que pretende la tipificación y castigo de este tipo de conductas.

Este tipo de medida o sanción tiene sus antecedentes en el sistema legal anglosajón y en el sistema norteamericano donde esta experiencia ha funcionado eficazmente ya que afecta al prestigio comercial y a las futuras

perspectivas de éxito financiero de la persona jurídica, y permite al consumidor y al público conocer las consecuencias de la contratación con una empresa que no respete las condiciones medioambientales establecidas. Por ello su incorporación se considera especialmente positiva.

Quincuagésimo octavo

Artículo 328

Se modifica el artículo 328 cuyo texto resulta como sigue:

“1. Serán castigados con la pena de prisión de cinco a siete meses, multa de 10 a 14 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años, quienes estableciesen depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos, o bien lleven a cabo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa, pudiendo con ello perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas.

2. El que mediante la recogida, el transporte, el reciclado o la eliminación de residuos, incluida la vigilancia de estas actividades, ponga en peligro la vida, la integridad, o la salud de una o varias personas, será sancionado con la pena de prisión de uno a dos años. La misma pena se impondrá cuando mediante esta conducta se ponga en peligro la calidad del aire, del suelo o de las aguas o a animales o plantas.

3. Cuando con ocasión de la conducta descrita en los apartados anteriores se produjere, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales

apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior.”

Una vez más, la modificación introducida pretende dar respuesta nuevamente a las orientaciones marcadas por el Art. 3.b) y d) de la Directiva europea, de forma que efectivamente el apartado 2 copia prácticamente el apartado b), mientras que el apartado 1 añade a la anterior definición del Código una conducta más a la que se refiere el apartado d) del Art. 3 de la directiva cual es la explotación de instalaciones en que se realicen actividades peligrosas. Respecto a la descripción de esta conducta el Anteproyecto concreta el peligro en el riesgo grave al equilibrio de los sistemas naturales o la salud. La Directiva recoge, sin embargo, la misma descripción que el anteproyecto adopta en el número 2, es decir, que la explotación de las instalaciones en que se realicen actividades peligrosas pueda causar muerte o lesiones graves a las personas o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o animales o plantas.

Sin dudar que el riesgo para el aire, el suelo, agua o plantas pueda ser interpretado como un riesgo para el equilibrio de los sistemas naturales, la redacción ofrecería menos dudas y dejaría menor margen a interpretaciones restrictivas si se recogiera en el párrafo primero exactamente la misma definición del párrafo segundo, y por tanto la misma que la Directiva.

Quincuagésimo noveno

Artículo 334

Según el proyectado artículo 334.1 *El que cace o pesque especies amenazadas, realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o*

migración, o destruya o altere gravemente su hábitat, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre, comercie o trafique con ellas o con sus restos será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses y, en todo caso, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cuatro años.

La mínima modificación que se introduce en la vigente redacción del artículo 334.1, *o destruya o altere gravemente su hábitat*, responde igualmente al adelanto de cumplimiento de la obligación establecida en la Directiva de la UE que, en su Art. 3. h), determina que los Estados deben considerar como actividades delictivas las conductas que causen el deterioro significativo de un hábitat dentro de un área protegida. La mención expresa al hábitat en el art. 334 completa la protección que otorga el art 332 y permite responder de forma completa a las exigencias de la UE.

Sexagésimo

Artículo 343

El artículo 343 del anteproyecto dispone:

“1. El que mediante el vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes, ponga en peligro la vida, integridad, salud o bienes de una o varias personas, será sancionado con la pena de prisión de seis a doce años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a diez años. La misma pena se impondrá cuando mediante esta conducta se ponga en peligro la calidad del aire, del suelo o de las aguas o a animales o plantas.

2. Cuando con ocasión de la conducta descrita en el apartado anterior se produjere, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior.”

La nueva ubicación de la tipificación delictiva relativa a la emisión de radiaciones ionizantes permite en primer lugar evitar la discutida sistemática que suponía mantener una parte de estas conductas en la regulación de los delitos de riesgo catastrófico además de en el vigente nº 2 del Art. 325 dentro de los recursos naturales y el medio ambiente. La supresión de su mención dentro de los delitos contra el medioambiente se debe a la decisión de incorporar todas las conductas relacionadas con la exposición a este tipo de radiaciones dentro de los delitos contra la seguridad colectiva.

La redacción propuesta para el artículo 343 transcribe prácticamente la misma descripción del apartado a) del Art. 3 de la Directiva europea.

Sexagésimo primero

Artículo 348

El nuevo art. 348 1, dispone que *Los que en la fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes, o cualesquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos, contravinieran las normas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses*

e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a doce años. Las mismas penas se impondrán a quien, de forma ilegal, produzca, importe, exporte, comercialice o utilice sustancias destructoras del ozono.

(...)

3. Las penas establecidas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando se trate de los directores, administradores o encargados de la sociedad, empresa, organización o explotación.

Este artículo cuyo texto había sido introducido por LO 4/2005 de 10 de Octubre tiene por objeto reforzar la actividad sancionadora en el ámbito de la utilización de sustancias explosivas.

La modificación que introduce el anteproyecto es la de incorporar el párrafo final del apartado 1 del Art. 348 que responde a lo dispuesto en el apartado i) del artículo 3 de la Directiva europea relativa a la protección del medioambiente mediante el derecho penal que encomienda a los Estados-la tipificación como delictivas de las conductas de producción, la exportación, la comercialización o la utilización de sustancias destructoras del ozono.

Por otro lado, se advierte que la Directiva antes mencionada en el apartado e) se refiere específicamente a la necesidad de tipificar la producción, transporte, importación, exportación y eliminación de materiales nucleares. Se advierte que en el precepto no se recoge la expresa mención de este tipo de material. Aunque sin duda, nadie dudaría que el material nuclear pudiera ser incluido en el concepto de “sustancia que pudiera causar estragos”, sería más conveniente aprovechar la modificación para incluir una expresa mención a los materiales nucleares junto a los explosivos.

Sexagésimo segundo

Supresión de circunstancias artículo 369

Se suprimen las circunstancias 2ª y 10ª del apartado 1, pasando las restantes 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª a ser las 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 6ª, 7ª y 8ª.../...

Por lo que se refiere a la circunstancia 2ª, en realidad no se trata de una supresión, sino de un traslado de ubicación por razones sistemáticas, toda vez que se introduce el nuevo art 369 bis dedicado específicamente a dicha agravante de pertenencia a una organización delictiva.

La circunstancia 10ª fue introducida en la reforma operada por LO 15/2003 de 25 de noviembre, pese a no estar contemplada en el art. 5 del Convenio de Viena, en el que se inspiran las conductas que en las actualidad se configuran como supuestos de agravación del tipo básico del art 368. El objeto de su incorporación respondía a la doctrina iniciada con la STS de 1-12-97, acorde con la tesis fijada en el Pleno de la Sala Segunda de 24-11-97, que superando el anterior tratamiento del concurso ideal entre el delito contra la salud pública y el delito de contrabando, estimó la existencia de un concurso de normas a resolver conforme al art 8.3º CP, entendiendo que el delito tipificado en los art 368 y 369 absorbía todo el desvalor de la conducta, es decir, tanto la puesta en peligro de la salud pública como la lesión al interés fiscal defraudado, desde el planteamiento de que en ningún caso se hubiera satisfecho pago alguno al Estado dada la naturaleza de la sustancia objeto de introducción y que el plus de antijuridicidad que supone la introducción de la droga desde el exterior del territorio nacional ya había sido incluido por el legislador en la sanción prevista en el art 368 CP.

Aunque la Exposición de Motivos del Anteproyecto no explica las razones de la supresión de esta circunstancia que consiste en sancionar más gravemente las conductas típicas cuando las sustancias objeto del delito se hayan introducido o sacado ilegalmente del territorio español, su eliminación parecer responder al razonamiento antes expresado de quedar incluido el plus de antijuridicidad en la norma básica.

Lo cierto es que la agravación era poco efectiva al plantearse importantes problemas penológicos en relación con las aprehensiones en los recintos aduaneros, a los que se les consideraba supuestos de tentativa, y, por ende, resultando en abstracto más grave la pena correspondiente al tipo básico en grado de consumación que la que pudiera imponerse por el subtipo intentado (con posibilidad de rebaja de la pena en uno o dos grados), aplicándose, conforme se razonaba en la Circular F.G.E. nº 2/2005, el subtipo sólo en los supuestos de superación de dichos controles aduaneros.

Por tanto, se valora positivamente tal supresión, por cuanto, al menos, no es perturbadora.

.../... en este mismo apartado Sexagésimo segundo del Anteproyecto también se *modifica el apartado 2 del artículo 369, que queda redactado como sigue:*

2. En los supuestos previstos en las circunstancias 2ª y 3ª del apartado anterior, se impondrá a la organización o persona titular del establecimiento una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo y, además, la autoridad judicial podrán imponer a dicha organización o persona la clausura de sus locales y establecimientos durante el tiempo que dure la más grave de las penas privativas de libertad impuestas y, en su caso, la pérdida durante el mismo

tiempo de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas, y del derecho a gozar de beneficios fiscales o de la Seguridad Social.

Aunque el presente Anteproyecto incide de una forma decisiva en la responsabilidad de las personas jurídicas con la introducción del novedoso art 31 bis, lo cierto es que el legislador mediante LO 15/2003 de 25 de noviembre, ya efectuó una aproximación a tal posibilidad al introducir el apartado 2 del artículo 369, que el presente Anteproyecto únicamente modifica para adaptarle a la nueva redacción de las circunstancias a las que se refiere, toda vez que la penalidad de las organizaciones se regula en el nuevo art. 369 bis.

Efectivamente la LO 15/2003 de 25 de noviembre introdujo nítidamente con este precepto un supuesto de responsabilidad penal de personas jurídicas concretadas en las organizaciones o asociaciones que tuvieran como objeto de su actividad el tráfico de drogas en cualquiera de sus formas. Para estas personas jurídicas el legislador en 2003 ya previó la imposición preceptiva de una pena de multa de tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, es decir, una sanción penal específica y autónoma respecto de la que se imponga a la persona o personas físicas responsables de la actividad criminal.

Sexagésimo tercero

Adición del artículo 369 bis

Se añade en el Anteproyecto el artículo el artículo 369 bis con el siguiente contenido:

Cuando los hechos descritos en el art. 368 se hayan realizado por quienes pertenecieran a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a catorce años y multa de tanto al cuádruplo del valor de la

droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cinco a diez años y la misma multa en los demás casos.

A estos efectos, se entenderá por organización delictiva una asociación estructurada de más de dos personas, establecidas durante un cierto periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer los delitos a que se refiere el párrafo anterior.

A los jefes, encargados o administradores de la organización se le impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero.

A la organización se le impondrán como persona jurídica penalmente responsable, una pena de multa igual que la de las personas físicas, la de disolución y clausura definitiva de sus locales y establecimientos, así como el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos, directa o indirectamente, del mismo.

En texto legal incorpora una definición de lo que ha de entenderse por organización delictiva, según la cual existirá allí donde se de una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer esta clase de delitos.

De tal definición se extraen las siguientes novedosas consecuencias:

1ª. Que se modifican los requisitos que hasta ahora venía exigiendo la doctrina del Tribunal Supremo, así la reforma exige la concurrencia mínima de tres personas *-más de dos personas-* mientras que la doctrina del Tribunal Supremo se refería al concierto de más de dos *-concurrencia de dos o más personas-*. Un segundo requisito jurisprudencial configuraba la organización con la

exigencia de que las personas integradas en la misma tuvieran el objeto de difundir las drogas a gran escala, sin embargo el Anteproyecto aplica la agravación a todas las conductas del tipo básico. En tercer lugar, la nueva definición se aparta de la jurisprudencia mayoritaria y del texto legal de la agravante de pertenencia a organización vigente en la actualidad, en cuanto incluye en la misma los supuestos de organizaciones transitorias y ocasionales, exigiéndose en el texto de Anteproyecto la *asociación estructurada..., establecida durante un cierto periodo de tiempo.*

Se valora negativamente esta exclusión de la posibilidad de agravación por pertenencia a una organización con carácter transitorio en materia de tráfico de drogas, por cuanto se aprecia diferente técnica legislativa de la aplicada en el resto del Anteproyecto, toda vez que en el mismo se establecen diversas agravaciones específicas en los delitos tipificados en los artículos 177 bis -trata de seres humanos-, 183 -delitos contra la indemnidad sexual de menores de 13 años- y 188 -delitos relativos a la prostitución-, cuando se cometen por organizaciones, con la mención expresa de aquellas que tengan carácter transitorio.

La consecuencia, de mantenerse la regulación del Anteproyecto, será que en los casos en los que no se acredite tal estructura temporal en una organización en materia de tráfico de drogas, habrá que acudir al tipo de pertenencia a agrupación criminal del artículo 385 bis, cuya pena es muy inferior a la que resultaría de la agravación por vía del artículo 369 bis.

2ª.- El concepto de delincuencia organizada expresado en el art 369 bis CP se refiere exclusivamente a los delitos de tráfico de drogas, ese es el tenor literal del inciso final de la definición: *con el fin de cometer los delitos a que se refiere el párrafo anterior.*

Se opta en el Anteproyecto, entendemos que acertadamente, por establecer el concepto de organización, sólo para las que se dedican al tráfico de drogas, posiblemente por las dificultades que genera una definición comprensiva del amplio y dinámico fenómeno conocido como delincuencia organizada. Posiblemente, por esta circunstancia, en el nuevo art. 385 bis CP se tipifica la pertenencia a *agrupación criminal* sin establecer una definición expresa como la que se efectúa en este artículo.

Es de significar en este art 369 bis del Anteproyecto la omisión de los supuestos, que serán los más frecuentes en virtud de la expresada definición, en los que la organización carezca de personalidad jurídica y no puedan imponerse las penas previstas en el último párrafo del mismo. Por ello, debiera expresarse en este artículo, al igual que se hace en otros preceptos del Anteproyecto, la referencia al art 129 CP como recordatorio de que, con los demás requisitos prevenidos en el mismo, puedan ser de aplicación las privaciones y restricciones de derecho que se contienen en el art. 33.7 como medidas orientadas a prevenir la continuidad delictiva o sus efectos.

También se observa que la nueva regulación no prevé consecuencia penal alguna cuando concurren varias circunstancias del artículo 369, entre ellas o con la de pertenencia a una organización. La mayor parte de dichas circunstancias pueden ser compatibles, es decir, la apreciación de una no absorbe el desvalor de la conducta de otra. Igual sucede cuando concorra la circunstancia del artículo 369 bis con alguna de las del artículo 370.

Sexagésimo cuarto

Modificación artículo 370

El Anteproyecto modifica el ordinal 2º del artículo 370, que queda redactado como sigue:

2º Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2ª del apartado 1 del artículo 369.

La modificación de este apartado 2º es lógica consecuencia de la introducción del nuevo art 369 bis, en el cuyo párrafo tercero se establece que los jefes, encargados o administradores de las organizaciones son castigados de manera preceptiva con la imposición de la pena superior en grado a la ya agravada (prisión de nueve a catorce años y multa) en el párrafo primero respecto del art. 368, en tanto que en el caso de los expresados jefes, administradores o encargados comprendidos en el artículo 370 (a los que afecta la nueva circunstancia 2ª del art. 369), dicho incremento queda en este caso al arbitrio del Tribunal en cuanto a la elección de uno o dos grados.

El problema que se viene planteando y que el Anteproyecto no resuelve, se refiere a la interpretación de dicha circunstancia agravante segunda del art. 369 CP (en el Anteproyecto), en la actualidad circunstancia tercera, es decir, cuando *el culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito*, la cual ya fue objeto de atención en la Circular F.G.E. nº 2/2005, entendiéndose que sólo se podrá aplicar cuando el culpable participe en otras actividades delictivas organizadas o en otras actividades ilícitas, cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito de tráfico de drogas [se estima en dicha Circular que la interpretación literal del subtipo resulta desproporcionada, y hasta absurda (...) ya que implicaría apreciar esta circunstancia de agravación específica en supuestos que no revisten una mayor gravedad ni denotan una especial peligrosidad, siendo suficiente para ello con que el imputado participe en actividades organizadas del tipo que sean, que bien pueden ser de carácter lícito]. Por ello,

se entiende conveniente, que el texto de Anteproyecto supere la imprecisión del actualmente vigente y se vincule la agravación a la participación del culpable en otras actividades organizadas de carácter delictivo, cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

Sexagésimo quinto y sexagésimo sexto

Título XVII bis Libro II Las agrupaciones criminales

Artículo 385 bis

Los apartados sexagésimo quinto y sexagésimo sexto incorporan en el Libro II del Código Penal un nuevo Título, el XVII bis dedicado a las agrupaciones criminales y con un único precepto el artículo 385 bis con la siguiente redacción:

- 1. Los que se agruparen de forma transitoria con el objeto de cometer delitos, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años. Se impondrá la pena en su mitad superior si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, el patrimonio o la Hacienda Pública y la Seguridad Social.*
- 2. Lo dispuesto en el número anterior será de aplicación salvo que correspondiera mayor pena con arreglo a otro precepto del Código. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos.*
- 3. Los jueces o Tribunales razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados, siempre que el sujeto haya*

abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las agrupaciones a las que haya pertenecido.

Según la Exposición de Motivos del Anteproyecto la incorporación al Código Penal del título XVII bis y del único precepto que lo integra encuentra su razón de ser en la *incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder a todos los supuestos de asociaciones de carácter criminal*. Efectivamente la tradicional interpretación jurisprudencial del artículo 515 del C. Penal venía exigiendo como requisitos de este tipo penal, incluido dentro del capítulo de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, la existencia de una cierta apariencia formal así como un principio de organización y jerarquía entre sus componentes. En esa misma línea el artículo 282 bis de la L.E. Criminal define la delincuencia organizada como aquella asociación de tres o más personas para realizar de forma permanente o reiterada conductas que tengan por objeto la comisión de determinados delitos que el propio precepto relaciona.

Es claro por tanto que la regulación actual del delito de asociación ilícita exige un elemento de permanencia y/o estabilidad que ha dado lugar a que la participación en agrupaciones de carácter transitorio para cometer actividades delictivas, a excepción de algunas agravaciones expresamente previstas, como es el caso del vigente artículo 369.1 2º del Código Penal en relación con el tráfico de drogas o el del artículo 187 respecto de los delitos relativos a la prostitución, o los de los artículos 271 y 276 relativos respectivamente a los

delitos contra la propiedad intelectual e industrial, necesite ser objeto de tipificación específica para evitar que en muchas ocasiones estas conductas no reciban adecuada respuesta penal.

Hay que celebrar, en consecuencia, la tipificación expresa de las agrupaciones criminales temporales con la finalidad de cometer delitos en cuanto que esta nueva regulación hará posible una adecuada persecución de comportamientos cada vez más frecuentes que inciden de forma importante en la seguridad ciudadana. Igualmente debe valorarse de forma positiva que la nueva tipificación se realice de forma abierta incluyendo cualquier clase de agrupación criminal con independencia de la naturaleza de los delitos que constituyan su objeto, pues la técnica de actuación en grupo es útil y de hecho sirve igualmente para la comisión de cualquier modalidad delictiva, desde pequeños hurtos o estafas hasta grandes operaciones de tráfico ilícito de seres humanos o de armas, todo ello sin perjuicio de establecer, como así se hace, una penalidad más grave en determinados casos a los que se refiere el inciso segundo del párrafo primero del artículo examinado.

A propósito de estos supuestos más gravemente sancionados debe indicarse que la mención en el inciso segundo del párrafo 1º del artículo 385 bis a los delitos contra el patrimonio resulta incompleta ya que debieran mencionarse como delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

En coherencia con la incorporación de este precepto, el Anteproyecto en el articulado de la parte especial, al establecer en algunos supuestos una agravación específica de la pena cuando los hechos típicos se cometan en el marco de organizaciones delictivas, incorpora expresamente la mención de

aquellas que tengan carácter transitorio equiparando los efectos en ambos casos. Buena muestra de ello son: el artículo 177 bis que tipifica la trata de seres humanos; el artículo 183 respecto de los delitos contra la indemnidad sexual de menores de 13 años y el artículo 188 a propósito de los delitos relativos a la prostitución. Paradójicamente, como hemos comentado en el apartado correspondiente al proyectado artículo 369 bis en relación con los delitos de tráfico de drogas, al definir el concepto de organización exige que se trate de *una asociación estructurada de mas de dos personas, establecidas durante un cierto periodo de tiempo*, lo que parece excluir los supuestos de transitoriedad, en contradicción, con la regulación actualmente vigente en esta materia y con la pretendida tipificación autónoma de las agrupaciones criminales.

Merece también una valoración favorable el párrafo tercero del presente precepto que con una formula similar a la del vigente artículo 376 del C. Penal, con la finalidad de favorecer la lucha contra estas formas de delincuencia, permite a la autoridad judicial atemperar la sanción prevista legalmente en los supuestos en que la persona enjuiciada además de haber abandonado la actividad criminal preste su colaboración para evitar la comisión del delito o facilite pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las agrupaciones a las que ha pertenecido.

En cualquier caso la cuestión principal que suscita el precepto examinado es la de su ubicación sistemática en el Código Penal. La incorporación de este tipo penal en un Título independiente entre los delitos contra la seguridad colectiva y las falsedades no es objeto de justificación alguna en la Exposición de Motivos del Anteproyecto aun cuando, en principio, hubiera resultado más acertada su ubicación junto al delito de asociación ilícita del artículo 515 del Código Penal, dentro del Título correspondiente a los delitos contra la Constitución, en el Capítulo correspondiente a los delitos

cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y no solamente porque el bien jurídico protegido sea el mismo sino también porque es similar la dinámica delictiva en ambos casos por mas que en el nuevo tipo la agrupación tenga un carácter transitorio. Tal vez resultara más acertada la inclusión típica de esta conducta como un segundo apartado en el mencionado artículo 515, precepto en el que se sancionan las asociaciones ilícitas.

Al respecto no resulta ocioso señalar que la definición del delito de integración, pertenencia y/o participación en una organización criminal, tal y como se encuentra recogido en el actual artículo 515 del Código Penal, sigue sin adaptarse a los parámetros que exigen el Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada aprobado por el Consejo Europeo celebrado en Ámsterdam en Junio de 1997 y sus posteriores revisiones, la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre relativa a este mismo tema, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 y el propio artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La tipificación del delito de pertenencia a una organización criminal debiera, por tanto, incorporar circunstancias tales como la distinta finalidad delictiva perseguida (v.g. la naturaleza y clase de delitos), la existencia de diferentes responsabilidades (v.g. tareas directivas, organizativas, financieras, responsabilidades intermedias o simples miembros), el número mínimo de integrantes (cuestión esta que sigue suscitando discrepancias jurídicas), su concreta estructura, los medios o instrumentos que utilice o de los que disponga, la aplicación del principio de universalidad en su persecución ó la solución de los problemas concursales con otros tipos delictivos.

En consecuencia, al hilo de la tipificación de las agrupaciones criminales de carácter transitorio podría abordarse, una redefinición del actual artículo 515, en la que además de adicionar un segundo apartado relativo a las agrupaciones temporales se definieran en términos generales, en su apartado primero, las asociaciones ilícitas como *aquellas formadas por tres o más personas que tuvieran por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión*, incorporándose además un nuevo artículo 516 bis que pudiera tener la siguiente redacción:

En los casos previstos en el número 1º del artículo 515, quienes promovieren, constituyeren, dirigieren, organizaren o financiaren la asociación serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los restantes casos; y quienes participaren activamente en la asociación, formaren parte de ella o cooperaren con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los restantes casos.

Cuando la asociación esté formada por un elevado número de personas o dispusiere de armas, instrumentos peligrosos o de las sustancias mencionadas en el artículo 568, se impondrán las penas previstas en el párrafo anterior en su mitad superior. Si concurrieran ambas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.

Se impondrán en su mitad superior las penas previstas en los dos párrafos anteriores si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales, o la trata de seres humanos.

Si el hecho asociativo estuviere específicamente previsto en los delitos que hubieren cometido, será de aplicación el artículo 77 del Código. En otro caso, se aplicará el artículo 73 del mismo cuerpo legal.

Los culpables de esta infracción serán castigados aunque la asociación a la que pertenecieren haya sido constituida, esté asentada o desarrolle sus actividades ilícitas en el extranjero".

Sexagésimo séptimo

Modificación del artículo 419

El Anteproyecto modifica el artículo 419, que tendrá la siguiente redacción:

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado en razón de la retribución o promesa si fuera constitutivo de delito.

La modificación producida en este artículo y siguientes viene determinada por la publicación en el B.O.E. de 28 de marzo de 2006 del CONVENIO establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 26 de mayo de 1997, cuyos art. 2 y 3 establecen el concepto de corrupción

referida al hecho intencionado de que un funcionario, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar la promesa de tales ventajas, por cumplir o abstenerse de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función (corrupción pasiva) o al hecho intencionado de que cualquier persona prometa o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja de cualquier naturaleza a un funcionario, para éste o para un tercero, para que cumpla o se abstenga de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función (corrupción activa).

El Anteproyecto cumpliendo el mandato expresado en dicho Convenio de que cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que las expresadas conductas se tipifiquen como infracciones penales, da una nueva regulación al precepto en relación con la anterior referencia a la dádiva, presente, aceptación de ofrecimiento o promesa, estableciendo una concepción más amplia, comprensiva de cualquier ventaja, sea esta de contenido patrimonial o personal que satisfaga el interés del funcionario (tal como ya lo venía entendiendo la jurisprudencia).

El Anteproyecto refunde en el art. 419 CP las dos modalidades delictivas previstas en los actuales art. 419 (cohecho para realizar un acto constitutivo de delito) y 420 (cohecho para realizar un acto injusto no constitutivo de delito), de forma que con la nueva redacción para la comisión del delito basta con que el funcionario realice un acto en el ejercicio de su cargo que sea contrario a los deberes inherentes al mismo, sea o no constitutivo de delito, pero en el primer supuesto (acto constitutivo de delito), el funcionario responderá por dos delitos en concurso real, al establecerse en el último inciso que la pena correspondiente por el cohecho se impondrá sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado en razón de la retribución o promesa si fuera constitutivo de delito.

Por lo que se refiere a la penalidad, se incrementa el límite mínimo de la pena de prisión en relación con el artículo 419 en su actual redacción, manteniéndose igual el máximo, modificación que obedece a la exigencia del expresado Convenio, que exige sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias, que incluyan, al menos en los casos graves, penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición.

El incremento de la penalidad supone una ampliación del plazo de prescripción, lo cual se valora positivamente al permitir un margen temporal más amplio en la frecuentemente compleja investigación de estos delitos, que en numerosas ocasiones descubiertos muy posteriormente a su comisión.

La pena de multa que en la actualidad es proporcional, se establece en el Anteproyecto conforme al sistema día-multa, modificación que también se valora positivamente.

Sexagésimo octavo

Modificación del artículo 420

Se modifica el artículo 420, que tendrá la siguiente redacción:

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que

podiera corresponder, en su caso, si la abstención del acto o su retraso fuera constitutivo de delito.

En este artículo se refunden las conductas en la actualidad sancionadas en los artículos 421 (conducta omisiva consistente en abstenerse de realizar un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo) y 425.1 (recibir o solicitar por realizar un acto propio del cargo), al que el Anteproyecto añade el retraso injustificado del acto que se debiera practicar.

La primera conducta que se describe en el art. 420 del Anteproyecto no plantea problemas, es decir, cuando la dádiva, retribución o promesa tenga por finalidad la realización de un acto propio del ejercicio del cargo y justo, pues si no concurriera esta última cualidad, la conducta se correspondería con la tipificada en el artículo precedente. Sin embargo, con respecto a los otros dos comportamientos contemplados en este art. 420 CP, es decir, la abstención para realizar un acto que debería practicar y el retraso injustificado en su realización, plantean la cuestión de si tales conductas abarcan cualquier omisión/retraso, o solamente aquellas omisiones/retrasos que sean injustas, con exclusión de las que sean constitutivas de delito.

En el marco actualmente vigente, se ha suscitado este problema, al estudiar la relación entre los arts. 419 y 421. Este último sanciona al funcionario público que solicitare o recibiere una dádiva para abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo; pero cuando el soborno es para realizar una omisión constitutiva de delito, el criterio unánime es que debe penarse conforme al art. 419 CP.

En cambio, el art. 420 del Anteproyecto abarca toda conducta omisiva o retraso injustificado, sea o no constitutivo de delito. A esta conclusión se llega, porque este artículo establece en el inciso último que, además de las penas que expresamente prevé, se impondrá la pena que pudiera corresponder, en su caso, si la abstención del acto o su retraso fuera constitutivo de delito.

De lo anterior deriva que en la valoración de este artículo en su relación con el art. 419 (en el no cabe la conducta omisiva) resulta más grave que la autoridad o funcionario infrinja el deber por acción que por omisión, aunque la omisión sea constitutiva de delito.

Sexagésimo noveno

Modificación del artículo 421

Se modifica el artículo 421, que tendrá la siguiente redacción:

Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare por la autoridad o funcionario público, en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos.

En este artículo se castiga la conducta de recibir o solicitar recompensa “a posteriori” por la conducta ya realizada por la autoridad o funcionario. En la actualidad tal conducta se castiga en el art. 425, que agrava la pena cuando el acto recompensado es constitutivo de delito. Esta agravación no se realiza en el Anteproyecto toda vez que en el inciso inicial de este artículo se contiene una remisión a los artículos anteriores que regulan en sus últimos incisos el concurso real entre el cohecho y el acto realizado en razón de la retribución o promesa (art. 419) o si la abstención del acto o su retraso fuera constitutivo de delito (art. 420).

Por tanto, en la valoración de este artículo hay que significar que sería conveniente la regulación expresa, como en los artículos anteriores, del

concurso real entre el cohecho y el acto realizado constitutivo de delito que se recompensa.

Septuagésimo

Modificación del artículo 422

Se modifica el artículo 422, que tendrá la siguiente redacción:

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses de suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años.

Este artículo viene a coincidir con el contenido del actual art. 426, pero con la supresión de que la dádiva o regalo lo fueran para la consecución de un acto no prohibido legalmente, conducta que queda abarcada en la descripción prevista en el art. 422, por tanto, se tipifica la simple admisión por la autoridad o funcionario público de dádiva o regalo en consideración de su cargo, sin necesidad de realizar acto alguno.

Septuagésimo primero

Modificación del artículo. 423

Se modifica el artículo 423, que tendrá la siguiente redacción:

Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados

judicialmente, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.

Este artículo en realidad no supone una modificación, pues viene a coincidir con el actual artículo 422, que extiende la responsabilidad penal por corrupción a las personas que se citan, asimilándolos a estos efectos a funcionario público. En definitiva, se trata de un reubicación como consecuencia de las modificaciones propuestas en otros preceptos del mismo Capítulo.

Septuagésimo segundo

Modificación del artículo 424

Se modifica el artículo 424, que tendrá la siguiente redacción:

1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo, o un acto propio de su cargo o para que no realice o retrase el que debiera practicar, será castigado, en sus respectivos casos, con las mismas pena de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida, sin perjuicio de la pena que, en su caso, le pudiera corresponder como inductor al delito eventualmente cometido por estos.

2. Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública se le impondrá a este la pena inferior en grado a la correspondiente en sus respectivos casos.

3. Si la actuación conseguida o pretendida por la autoridad o funcionario tuviere relación con un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años.

En este artículo se tipifica el denominado cohecho activo, con mejor técnica que la actualmente vigente (v. art. 423 que equipara la conducta de los que corrompieren y los que intentaren corromper), toda vez que en el apartado primero se tipifica la acción del particular que corrompiere al funcionario, castigándole con las mismas penas que al funcionario corrompido, estableciendo una norma concursal -que ya venía aplicándose por la jurisprudencia- respecto de la responsabilidad del particular como inductor en el delito eventualmente cometido por el funcionario corrompido.

En el apartado segundo se castiga con inferior pena al particular cuando entregare al funcionario la dádiva o retribución atendiendo a la solicitud de este, o cuando partiendo la iniciativa de corrupción del particular el funcionario no la aceptara.

El apartado tercero supone una agravación -incluyendo, en su caso, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en concordancia con lo dispuesto en el art. 31 bis- para los supuestos de que la conducta de corrupción tuviere relación con un concurso o subasta convocados por entes, organismos o entidades que formen parte del sector público, la cual tiene por objeto otorgar una mayor respuesta penal a la vulneración de las normas de transparencia y objetividad en la adjudicación de contratos públicos.

Por todo ello, la modificación de este artículo ha de ser valorada positivamente.

Septuagésimo tercero

Modificación del artículo 425

El Anteproyecto modifica el artículo 425, que tendrá la siguiente redacción:

Quando el soborno mediere en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de multa de seis a un año.

Este artículo se corresponde con el actual art. 424, con la salvedad de la agravación de las penas, que se incrementan en el doble tanto en su límite mínimo como en el máximo.

Septuagésimo cuarto

Modificación del artículo 426

Se modifica el artículo 426, que tendrá la siguiente redacción:

Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, ante de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos.

Este artículo se corresponde con el actual 427, con correcciones de carácter sintáctico y cambiando el término “presente” por “otra retribución”.

Septuagésimo quinto

Modificación del artículo 427

Se modifica el artículo 427, que tendrá la siguiente redacción:

Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios comunitarios o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión.

A estos efectos se entenderá por funcionario comunitario:

1º Toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de la Comunidades Europeas.

2º Toda persona puesta a disposición de las Comunidades Europeas por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado, que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de las Comunidades Europeas.

3º Los miembros de organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de la Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas no les sea aplicable.

Asimismo, se entenderá por funcionario nacional de otro Estado miembro de la Unión el que tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro.

La introducción de este artículo, según se expresa en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, responde a la adaptación del Código Penal a lo requerido en el CONVENIO establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 26 de mayo de 1997 (BOE de 28 de marzo de 2006), en cuyo artículo 1 se extiende el concepto de funcionario, tanto a los nacionales como a los comunitarios, así como a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro.

Septuagésimo sexto

Modificación artículo 430

El Anteproyecto modifica el párrafo segundo del artículo 430, que queda redactado como sigue:

En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo y los anteriores, si los hechos se hubieren realizado en el marco o con ocasión de

las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de suspensión de las actividades sociales por un plazo de dos a cinco años y clausura de sus locales y establecimientos durante el mismo período de tiempo.

La modificación de este párrafo es lógica consecuencia de la incorporación al texto punitivo de la responsabilidad de las personas jurídicas, regulando las penas a imponer en los supuestos referidos en este Capítulo.

Septuagésimo séptimo

Modificación artículo 445

La redacción del precepto en el Anteproyecto es la siguiente:

1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa, o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario, o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por si o por persona interpuesta, a los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, en beneficio de estos o de un tercero o atendiera a sus solicitudes al respecto, con el fin de actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales serán castigados con las penas de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso se impondrá multa del tanto al duplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas se impondrá al responsable la prohibición de contratar con las administraciones públicas e intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública de siete a doce años.

Las penas previstas en los párrafos anteriores se impondrán en su mitad superior si el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

2. Cuando el delito fuere cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediese la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis de este Código se le impondrán las penas de prohibición de contratar con las administraciones públicas e intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública de diez a quince años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso se impondrá multa del duplo al décuplo del montante del beneficio.

3. A los efectos de este artículo se entiende por funcionario público extranjero:

a) Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento por elección.

b) Cualquier persona que ejerce una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública.

c) Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública.

La ratificación por España del Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) de lucha contra la corrupción de

agentes extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, firmado el 17 de diciembre de 1997 y ratificado por Instrumento de 3 de enero de 2000, determinó la necesidad de tipificar penalmente las conductas contempladas en el Convenio, lo que fue llevado a efecto mediante la LO 3/2000, de 11 de enero, añadiendo un Título XIX bis “De los delitos de corrupción en tras transacciones comerciales internacionales” al Libro II del Código Penal, con un artículo 445 bis, cuyos términos coinciden con el vigente art. 445.1, que fue introducido mediante LO 15/2003, de 25 de noviembre, sin derogación expresa del anterior, lo que viene produciendo confusiones, llegando a publicarse como vigentes ambos artículos en algunas colecciones legales.

La nueva redacción completa y mejora la descripción del tipo acercándolo a la redacción del cohecho relativo a los funcionarios nacionales lo que facilita el entendimiento y la aplicación del precepto.

Por otro lado, se aprecia muy positivamente la definición de funcionario público extranjero -literalmente coincidente con la del convenio, y más amplia que al del art. 24.2-, cuya descripción no figuraba en el texto anterior y parece suficientemente completa para comprender todas las personas que puedan ser objeto de corrupción en relación con la actividad que ejercen en otro Estado o en una organización internacional.

En este artículo no se tipifica la conducta del funcionario extranjero corrupto, lo cual parece corresponder a que el Convenio OCDE no lo exige y que, además, supondría una excepción al principio de territorialidad. Se entiende que se opta por que sean las autoridades del país del funcionario corrupto las que le enjuicien, y en el caso de que la conducta se produjera en territorio español, habría que proceder a denunciar los hechos ante las autoridades del país de funcionario.

El convenio OCDE obliga a tipificar la tentativa, lo cual se realiza en el Anteproyecto, al castigar a los que "*corrompieren o intentaren corromper*", pero realmente no hacía falta, ya que en nuestro Derecho la tentativa de delito es siempre punible. Sin embargo, aún exigiéndolo el Convenio OCDE no se ha tipificado expresamente, la "confabulación", que es lo mismo que la "conspiración para delinquir", y aquí si hace falta previsión expresa.

Se sustituye el anterior sistema de determinación de la pena por remisión a los tipos de cohecho, complejo y confuso, por una pena única con un límite superior lo suficientemente elevado para que el plazo de prescripción se también lo suficientemente largo (diez años), ya que este tipo de delitos suelen descubrirse tarde y requieren diligencias complejas para su investigación.

Septuagésimo octavo

Del encubrimiento (artículo 451)

Este apartado del Anteproyecto modifica la letra a) del ordinal 3º del artículo 451, añadiendo la piratería y la trata de seres humanos al catálogo de delitos en los que el encubrimiento cometido mediante la prestación de ayuda a los presuntos responsables del delito, para que eludan la investigación de la autoridad o sus agentes, o para sustraerse a su busca y captura, genera responsabilidad criminal.

Conforme a ello, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución (...)

3º) Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo, homicidio, piratería o trata de seres humanos.

El Código Penal aprobado por LO 10/1995 de 10 de noviembre, introdujo un significativo cambio en la figura del encubrimiento que, de ser considerado una forma de participación criminal, pasó a configurarse como un delito autónomo, regulado en el Título XX entre los Delitos contra la Administración de Justicia, referido a conductas claramente dirigidas a burlar la acción de la justicia, bien a través del favorecimiento real, ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito para impedir su descubrimiento (451.2º), bien mediante el favorecimiento personal proporcionando auxilio a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito (451.1º) o ayudando a los presuntos responsables a eludir la investigación de la autoridad o sus agentes, o a sustraerse de su busca o captura, siempre que se trate de los delitos recogidos en el apartado a) o que se haya obrado con abuso de funciones públicas (apartado b) del ordinal 3 del artículo 451).

La innovación no solo implicó un cambio de ubicación del delito de encubrimiento, sino que también llevó a la consideración de que la intervención típica tras la comisión de delitos quedaba reducida a determinados supuestos de especial gravedad que, por su propia naturaleza, exigían una protección cualificada.

En este sentido es de tener en cuenta que la regulación de los delitos de piratería y trata de seres humanos constituyen dos de las principales reformas que acomete el Anteproyecto objeto de informe, en atención a la gran trascendencia de las conductas criminales que los integran.

Así, en el Título dedicado a los delitos contra la Comunidad Internacional, en el artículo 616 quater, se regula el nuevo delito de piratería que pretende dar respuesta a la problemática generada por los eventuales actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y aérea acogiendo para ello los postulados que, sobre esta materia, se recogen en el Convenio de Montego Bay de 10 de diciembre de 1982 sobre el Derecho del mar y en la Convención sobre la Navegación Marítima firmado en Roma el 10 de marzo de 1988 , ambos refrendados por España.

También se crea un nuevo título, el VII bis, integrado por un solo artículo, el 177 bis, que igualmente responde a las exigencias que dimanar de los Convenios Internacionales suscritos por España, especialmente del Convenio del Consejo de Europa sobre La Lucha Contra la Trata de Seres Humanos, hecho Varsovia, el 16 de mayo de 2005, recogiendo todas las conductas que, conforme al mismo, integran el delito de trata de personas.

La especial gravedad de los delitos de piratería y trata de seres humanos no es cuestión debatida. Las conductas que se sancionan en ambos delitos causan una grave preocupación en la Comunidad Internacional y su persecución, para la salvaguarda de los bienes jurídicos que en ambas figuras delictivas se protegen, interesa a la generalidad de los Estados. En los últimos años se ha evidenciado un fuerte incremento de las conductas criminales que integran la piratería y la trata de seres humanos, generándose por ello una importante actividad internacional dirigida a fomentar la cooperación entre los

Estados en aras a la elaboración y adopción de medidas eficaces y prácticas para la prevención de estos actos ilícitos su enjuiciamiento y castigo.

Por estas razones, la inclusión de los delitos de piratería y trata de seres humanos en el catálogo de delitos especificados en el apartado a) del ordinal 3 del artículo 451 merece una valoración muy positiva por cuanto se incrementan los márgenes de la tipicidad de ambas conductas otorgándoles una protección que supera la exigida en las normas internacionales que se transponen.

Septuagésimo noveno.

Artículo 468

El artículo septuagésimo noveno del Anteproyecto contempla la modificación del apartado segundo del artículo 468, para sujetar al régimen agravado del quebrantamiento de condena aquellos supuestos en que la pena quebrantada sea la de libertad vigilada. A dicho fin, incorpora como inciso último en el número segundo de este artículo la expresión “*así como a aquellos que quebrantaren la pena de libertad vigilada*”.

Puede inicialmente llamar la atención el hecho de que se reserve esta punición agravada para un supuesto en el que lo que se está quebrantando es precisamente una pena no privativa de libertad, conforme a la nueva redacción del artículo 39, pero esta aparente contradicción tiene su fundamento –al igual que ya sucedía con los supuestos del artículo 48- en el especial interés del legislador en proteger de manera especial el adecuado cumplimiento de esta novedosa pena, lo que difícilmente podría lograrse de aplicar el régimen previsto en el apartado primero del mentado artículo 468. Nada, pues, que objetar a la modificación que se introduce. Sería, sin embargo, deseable, que se introdujesen algunos criterios que pudiesen guiar la actuación del juez de vigilancia a la hora de decidir cuándo deducir testimonio por posible quebrantamiento de condena, toda vez que el artículo 49 bis.6 contiene una

redacción excesivamente amplia, de la que no cabe determinar con la deseable precisión cuándo un incumplimiento merecerá esta deducción de testimonio y cuándo, por el contrario, bastará una mera modificación de medidas.

Igualmente considera conveniente el Consejo Fiscal, reiterando lo ya manifestado en el anterior informe de 27 de noviembre de 2006, y aun siendo conscientes que no es objeto de la reforma proyectada, hacer llegar al Legislador la necesidad de reflexionar sobre el mantenimiento de la pena de prisión como pena única en el delito de quebrantamiento del artículo 468.2 Código Penal, pues ello puede conllevar la exasperación de la respuesta penal, máxime si se tiene en cuenta la imposición preceptiva de la pena de alejamiento en los supuestos de violencia doméstica, lo que lleva en la práctica a consecuencias no deseadas como un incremento en las decisiones de archivo o, en su caso, de sentencias absolutorias, en causas seguidas por hechos de esta naturaleza.

Octogésimo y Octogésimo primero.

Artículos 566 y 567

Los siguientes artículos del Anteproyecto responden a la necesidad de mejor adecuar el tenor del Código Penal a las diversas obligaciones internacionalmente contraídas por España en diversos tratados y Convenciones, por lo que en general, se centran en añadir determinadas conductas o elementos típicos a los delitos que ya figuraban con anterioridad en el Código.

Así, los artículos octogésimo y octogésimo primero del Anteproyecto, introducen modificaciones en la literalidad de los artículos 566 y 567, si bien la trascendencia de éstas se limita a hacer mención expresa de las *minas*

antipersonas en la enumeración de armas que se efectúa en los mismos, como consecuencia de las obligaciones internacionales suscritas por España –en particular, de la *Convención de 18 de septiembre de 1997 sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonas y sobre su destrucción-*, así como a incluir como conducta típica en el artículo 566.2 la no destrucción de este tipo de armas –químicas o biológicas o minas antipersonas- cuando exista tal obligación en virtud de los tratados o convenios en los que España sea parte. Nada hay que objetar, por tanto, a estas modificaciones, si bien se observa que falta la mención correspondiente a las minas antipersonas en el último inciso del artículo 567.2, que debería rezar “(...) *encaminada a la creación de una nueva arma química o biológica o mina antipersona o la modificación de una preexistente*”.

Octogésimo segundo.

Artículo 576 bis

El Anteproyecto incluye un nuevo precepto, el artículo 576 bis, del siguiente tenor: *El que por cualquier medio, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos de terrorismo tipificados en este Código, o para la financiación del terrorismo, de los actos terroristas o de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, será castigado con penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses.*

El nuevo precepto contempla una serie de conductas típicas relacionadas con la recolección de fondos y la financiación del terrorismo, de los actos terroristas o de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, optándose por una tipificación autónoma que, por otra parte, sigue

en su literalidad la definición que de este delito se recoge en el artículo 2 del *Convenio de Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 9 de diciembre de 1999*. Esto ha de ser saludado muy positivamente, habida cuenta las numerosas razones que justifican la penalización autónoma de la financiación del terrorismo entre las que podemos destacar la facilitación de la cooperación judicial internacional en esta materia al clarificar el marco legal aplicable, la garantía de una respuesta penal más rigurosa y adecuada a la gravedad de la conducta, o la potenciación de las investigaciones sobre esta actividad criminal.

Ello no obstante, el precepto podría ser mejorado con alguna adición, como las que se proponen a continuación.

En primer lugar, añadiendo un segundo párrafo para contemplar los casos de financiación efectiva de un acto terrorista, habida cuenta que el tipo contemplado en el Anteproyecto se configura como de mera actividad y peligro abstracto, sin que se requiera la concreción del riesgo o la producción de un resultado lesivo. El tipo rezaría como sigue: *Si los fondos llegaran a ser empleados para la ejecución de actos terroristas concretos, el hecho se castigará como coautoría o complicidad, según los casos, siempre que le correspondiera una mayor pena.*

En segundo lugar, sería deseable incorporar un tercer párrafo al artículo 576 bis que contemplase la comisión imprudente, del siguiente tenor: *Cuando los hechos se realicen por imprudencia grave se impondrá la pena inferior en uno o dos grados en atención a las circunstancias del hecho y del autor.* La razón para esta respuesta punitiva tiene su fundamento legal en las exigencias derivadas de la *Directiva 2005/60/CE de 26 de octubre del Parlamento Europeo y del Consejo sobre prevención de la utilización del sistema financiero en el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo*, de modo que se pueda reaccionar en el plano penal, al menos en los casos más graves en los que el

incumplimiento de las medidas preventivas por parte de los sujetos a ellas obligados facilite o favorezca, aunque sea de modo no intencional, actos de financiación de actividades terroristas de modo similar a como viene sucediendo en relación con el delito de blanqueo de capitales.

Octogésimo tercero.

Artículo 611

Como consecuencia de la ratificación por España del *Estatuto de Roma* que crea la Corte Penal Internacional, se incluyen *ex novo* los ordinales 8º y 9º del artículo 611, como complemento del elenco hasta ahora existente de acciones típicas en el marco de los delitos contra personas y bienes en caso de conflicto armado, incluyendo ahora la supresión de los derechos o acciones de los nacionales de la parte adversa, así como atentados contra la libertad sexual de una persona protegida.

El tenor literal de estos preceptos es como sigue, castigando al que, con ocasión de un conflicto armado:

(...)

8º. Declare abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un juez o Tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa.

9º. Atente contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual.

Octogésimo cuarto.

Artículo 612

El artículo 612 se ve modificado en diversas partes para una mejor adaptación a las obligaciones internacionales contraídas por España. Así, en el 612.3º se añade como último inciso la conducta de reclutar o alistar a menores de 18 años, así como la utilización de estos para participar directamente en las hostilidades. Esta modificación deriva, de un lado, de las obligaciones contraídas con la ratificación del ya mencionado *Estatuto de Roma* y, de otro, del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 25 de mayo de 2000*.

De igual modo, el 612.4º se ve ampliado al citar expresamente el uso indebido o pérfido del signo distintivo contemplado en el *Protocolo III de 8 de diciembre de 2005, Adicional a los Convenios de Ginebra* –marco rojo cuadrado sobre fondo blanco, colocado sobre uno de sus vértices, conocido como “*emblema del Tercer Protocolo*” o “*Cristal Rojo*”-.

Además, se incorporan los ordinales 8 a 10º al artículo 612 para incluir acciones tales como hacer padecer hambre a la población civil como método de guerra (apartado 8º, con base en el Estatuto de Roma), violación de suspensión de armas, armisticio o capitulación (apartado 9º, derivado de los Reglamentos sobre las Leyes y Costumbres de Guerra Terrestre, anexos al II Convenio de La Haya de 1899 y al IV Convenio de 1907), o atacar o amenazar con atacar al personal de Naciones Unidas, personal asociado o participante en misión de paz o asistencia, cuando haya derecho a la protección en virtud del derecho internacional de los conflictos armados (apartado 10º, redactado de conformidad con las disposiciones de la *Convención sobre seguridad del*

personal de las naciones Unidas y el personal asociado de 9 de diciembre de 1994).

El tenor literal de los preceptos más arriba referidos es como sigue, castigando a quien, con ocasión de un conflicto armado:

(...)

3.º Injurie gravemente, prive o no procure el alimento indispensable o la asistencia médica necesaria a cualquier persona protegida o la haga objeto de tratos humillantes o degradantes, omita informarle, sin demora justificada y de modo comprensible, de su situación, imponga castigos colectivos por actos individuales o viole las prescripciones sobre el alojamiento de mujeres y familias o sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en los tratados internacionales en los que España fuera parte y, en particular, reclute o aliste a menores de 18 años o los utilice para participar directamente en las hostilidades.

4.º Use indebidamente o de modo pérfido los signos protectores o distintivos, emblemas o señales establecidos y reconocidos en los Tratados internacionales en los que España fuere parte, especialmente los signos distintivos de la Cruz Roja, de la Media Luna Roja y del Protocolo III de 8 de diciembre de 2005, Adicional a los Convenios de Ginebra.

(...)

8.º Haga padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de guerra, privándola de los bienes indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar arbitrariamente los suministros de socorro, realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales.

9. ° *Viola suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la Parte adversa.*

10.° *Dirija intencionadamente ataques contra cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas, personal asociado o participante en una misión de paz o de asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a personas o bienes civiles, con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados, o les amenace con tal ataque para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.*

Octogésimo quinto.

Artículo 613

Consecuentemente con las disposiciones del *Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999 de la Convención de La Haya de 1954 sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*, se mejora y amplía la redacción de las conductas típicas contenidas en el artículo 613 del Código Penal. En particular, se ven afectadas las conductas referidas en los apartados b), c), h) e i), así como el párrafo segundo del mentado artículo.

El tenor literal del nuevo precepto, queda como sigue:

1. *Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar alguna de las siguientes acciones:*

a) *Ataque o haga objeto de represalias o actos de hostilidad contra bienes culturales o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, siempre que tales bienes o lugares no estén situados*

en la inmediata proximidad de un objetivo militar o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario y estén debidamente señalizados;

b) Use indebidamente los bienes culturales o lugares de culto referidos en el apartado a) en apoyo de una acción militar;

c) Se apropie a gran escala, robe, saquee o realice actos de vandalismo contra los bienes culturales o lugares de culto referidos en el apartado a);

d) Ataque o haga objeto de represalias o de actos de hostilidad a bienes de carácter civil de la parte adversa, causando su destrucción, siempre que ello no ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida o que tales bienes no contribuyan eficazmente a la acción militar del adversario;

e) Ataque, destruya, sustraiga o inutilice los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, salvo que la parte adversa utilice tales bienes en apoyo directo de una acción militar o exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus fuerzas armadas;

f) Ataque o haga objeto de represalias a las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil, salvo que tales obras o instalaciones se utilicen en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares y que tales ataques sean el único medio factible de poner fin a tal apoyo;

g) Destruya, dañe o se apodere, sin necesidad militar, de cosas que no le pertenezcan, obligue a otro a entregarlas o realice cualesquiera otros actos de pillaje;

h) Requite, indebida o innecesariamente, bienes muebles o inmuebles en territorio ocupado o destruya buque o aeronave no militares, y su carga, de

una parte adversa o neutral o los capture, con infracción de las normas internacionales aplicables a los conflictos armados en la mar;

i) Ataque o realice actos de hostilidad contra las instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos de cualquier miembro del personal referido en el párrafo 10º del artículo 612 o amenace con tales ataques o actos de hostilidad para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto;

2. Cuando el ataque, la represalia, el acto de hostilidad o la utilización indebida tengan por objeto bienes culturales o lugares de culto bajo protección especial o a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales o bienes culturales inmuebles o lugares de culto bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos, se podrá imponer la pena superior en grado.

En los demás supuestos previstos en el número anterior de este artículo, se podrá imponer la pena superior en grado cuando se causen destrucciones extensas e importantes en los bienes, obras o instalaciones sobre los que recaigan o en los supuestos de extrema gravedad.

Octogésimo sexto.

Artículo 614

El artículo 614 ve levemente modificada su redacción mediante la inclusión como acción típica de los actos contrarios a las prescripciones de los Tratados relativos a la “*regulación de los medios y métodos de combate*”, manteniéndose el resto del tenor literal del precepto. La base para esta adición puede encontrarse en diversos instrumentos convencionales, tales como la Convención de 10 de abril de 1972 sobre la prohibición de armas

bacteriológicas y sobre su destrucción, la Convención de 3 de enero de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, o la ya citada de 1997 sobre minas antipersonas, así como en la Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales.

El artículo, por tanto, reza ahora del siguiente modo:

El que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, regulación de los medios y métodos de combate, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato debido a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Octogésimo séptimo.

Artículo 616

El artículo 616, que contempla la imposición de las penas de inhabilitación absoluta o especial a los autores de los delitos comprendidos en los Títulos XXIII (De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado, y relativos a la defensa nacional) y XXIV (Delitos contra la Comunidad Internacional) se modifica levemente para excluir de su ámbito de aplicación los *delitos previstos en el artículo 614 y en los números 2 y 6 del artículo 615 bis*. Si bien en este último precepto la exclusión es perfectamente entendible, por cuanto el número 2 del artículo 615 bis se refiere a conductas imprudentes y el número 6 ya contempla expresamente la pena de

inhabilitación especial; no lo es tanto por lo que se refiere al caso del artículo 614, sin que por parte del pre-legislador se aporten datos que permitan inferir las causas de esta exclusión, como no sea por la configuración del artículo 614 como un tipo residual que acoge “*cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en que España sea parte*”, habiéndose entendido por el pre-legislador que este carácter residual aconseja la exclusión de la específica punición que el artículo 616 ofrece.

Octogésimo octavo.

Artículo 616 ter.

Añade el Anteproyecto un artículo 616 ter que no es sino la expresión concreta de las condiciones en las que jugará una posible exención de responsabilidad penal por cumplir órdenes emitidas por una autoridad o un superior –militar o civil- que supongan acciones u omisiones encuadrables en los artículos 608 a 614 bis (delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado), y tiene su origen en el artículo 33 del Estatuto de Roma.

El nuevo artículo 616 ter dispone que:

El que hubiere ejecutado una acción u omisión constitutiva de un delito previsto en el capítulo III de este título, en cumplimiento de una orden emitida por una autoridad o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal, a menos que concurran las tres condiciones siguientes:

1. Que estuviere obligado por ley a obedecer las órdenes emitidas por la autoridad o superior de que se trate,

2. Que no supiere que la orden era ilícita, y

3. *Que la orden no fuera manifiestamente ilícita.*

En realidad, el nuevo precepto establece para este concreto ámbito delictivo las condiciones bajo las que sería posible una exención de responsabilidad, desvinculando estos supuestos de la construcción general que sería preciso hacer en base al juego de la eximente por actuación en cumplimiento de un deber (artículo 20.7 primer inciso del Código Penal) y de las reglas sobre el error de prohibición (artículo 14.3 del Código Penal), exigiendo para esta exención obligación legal de obedecer las órdenes, desconocimiento de la ilicitud de la orden, y que la orden no sea manifiestamente ilícita. Las especiales características de los delitos a que se refiere pueden justificar que se especifiquen estas condiciones en este precepto de la parte especial, en lugar de hacerlo con carácter general en el artículo 20.

Octogésimo noveno.

El anteproyecto añade el Capítulo V al título XXIV del libro segundo, con el siguiente enunciado:

«CAPÍTULO V: Delito de piratería»

Conforme se expresa en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, se procede a la creación de un nuevo delito de piratería dentro del Título dedicado a los delitos contra la Comunidad Internacional. La razón de ser de esta reforma radica en la necesidad de dar respuesta a la problemática de los eventuales actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y aérea, y se conforma recogiendo los postulados del Convenio de Montego Bay de 10

de diciembre de 1982 sobre el Derecho del mar y de la Convención sobre la navegación marítima firmado en Roma el 10 de marzo de 1988.

El delito de piratería, se encontraba tipificado en el Código Penal de 1973, artículos 138 a 141, si bien se consideraba por la doctrina, en la práctica, vacío de contenido ante la preferencia de la legislación especial (art. 7 del CPP. de 1973) regulándose en lo referente a la navegación marítima en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 1955, y en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, en lo referente a los actos dirigidos contra aeronaves. No obstante, a raíz de la entrada en vigor de la Ley 27/1992 de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, quedó derogada la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, sin que la nueva ley contenga normas sancionadoras penales, sino tan sólo de carácter administrativo.

El Código Penal de 1995 no contempla este tipo delictivo, por lo que únicamente se regulan, en la legislación especial citada, los delitos de apoderamiento ilícito de aeronaves, estando vedada su extensión a las conductas realizadas contra buques o embarcaciones, es por ello que se estima justificada la necesidad de la introducción de este tipo penal en el Código Penal en el presente Anteproyecto. Recientes sucesos de actos criminales dirigidos contra naves, tanto españolas como extranjeras, en los mares de África han creado una alarma social por el daño que suponen a la seguridad de la navegación. La respuesta penal en España, según hemos visto, estaba limitada a la sanción de las singulares conductas delictivas que se cometieran con ocasión de los actos de apoderamiento ilícito de naves.

Por otra parte, con la inclusión en el Anteproyecto de la regulación de estas figuras delictivas se da cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por España.

En primer lugar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1984, cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el Boletín Oficial del Estado del 14 de febrero de 1997, conforme al cual el Estado español asume el compromiso recogido en el artículo 100: *Todos los Estados cooperarán en toda la medida de lo posible en la represión de la piratería en la alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado.*

Por otra parte el Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, y el Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hechos en Roma el 10 de marzo de 1988, cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 24 de junio de 1992, en su artículo 5 determina que *Cada Estado se obliga a establecer para los delitos enunciados en el artículo 3 penas adecuadas en las que se tenga en cuenta la naturaleza grave de dichos delitos.* El Protocolo de Roma, por su parte, establece la aplicación del citado artículo 5 para los delitos enumerados en el artículo 2, contra las plataformas fijas.

Su ubicación sistemática dentro del Título de los Delitos contra la Comunidad Internacional, se estima positiva ya que responde a la consideración, también expresada en el preámbulo del Convenio de Roma de 1988, de que la represión de este tipo de conductas, que, en algunos supuestos, pueden considerarse como manifestaciones de actos de terrorismo o de la criminalidad organizada, compromete a toda la comunidad internacional por afectar a las libertades fundamentales y atentar gravemente contra la dignidad del ser humano. Ello es coherente con la atribución de competencia a los tribunales españoles en aplicación del principio de justicia universal en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, *será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros*

fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse según la ley española como...c) piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.

Nonagésimo.

Artículo 616 quarter.

Los artículos que se incorporan dentro del nuevo capítulo dedicado a la regulación de los delitos de piratería son dos.

En primer lugar se introduce el artículo 616 quarter, con la siguiente redacción:

El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de la misma, será castigado como reo de del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años.

En todo caso, la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos.

En la descripción del tipo se recogen sustancialmente las definiciones que se contienen en los Convenios Internacionales ratificados por España. Además de los actos de piratería cometidos contra los buques, se extiende su ámbito de aplicación tanto a las aeronaves, siguiendo el texto de la Convención de Naciones Unidas, como a las plataformas en el mar, éstas últimas conforme al Protocolo de Roma más arriba mencionado. En el Código Penal de 1973 ya se comprendía como delito de piratería los actos cometidos contra los buques y

las aeronaves, por lo que la novedad radica en la introducción de las plataformas fijas, otorgándose el mismo tratamiento penal para todas ellas.

La primera observación que surge, tras el contraste con los textos de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en su artículo 101, en el Convenio de Roma en el artículo 3, y en el artículo 2 del Protocolo, es que se ha optado por un tipo básico que sanciona como delito de piratería las conductas de “apoderamiento”, “daño” o “destrucción” cometidos mediante “violencia, intimidación o engaño”, al que se le apareja una pena grave de diez a quince años de prisión. No contempla figuras cualificadas como se hacía en el anterior Código Penal. El incremento punitivo, que sin duda merecen las formas comisivas de mayor gravedad, se lleva a cabo con la sanción de las otras conductas constitutivas de infracción criminal que concurren, tal y como se establece en el párrafo segundo.

En la redacción del artículo se observan dos errores materiales: *como reo de del delito y las pena prevista*. En cuanto al primero se trata de un mero error de reiteración que no tiene consecuencias en la interpretación del texto. El segundo de ellos puede ocasionar dudas sobre si el término está en singular o en plural. Entendemos que se trata de *la pena prevista*, por cuanto que, conforme se ha dicho anteriormente, el delito de piratería tiene aparejada la pena de 10 a 15 años de prisión.

En la redacción del segundo párrafo, que trata la cuestión del concurso de delitos, se establece que la pena por el delito de piratería es compatible con la imposición de las que correspondan *por los delitos efectivamente cometidos*. Entendemos que el empleo del término *efectivamente* podría ser perturbador, ya que puede dar lugar a problemas de interpretación. Existe la posibilidad de que surjan dudas sobre si la sanción se limita a los delitos consumados o incluye también los actos preparatorios y las formas imperfectas de ejecución. En cualquier caso, deberá efectuarse una interpretación armónica con las

reglas que sancionan otros delitos que frecuentemente se llevarán a cabo en el curso de los actos constitutivos del delito de piratería, tales como: asesinatos, lesiones, detenciones ilegales, delitos contra el patrimonio, etc.

Nonagésimo primero.

Artículo 616 quinquis.

Se añade el artículo 616 quinquis (se propone la denominación de *quinquies*), que queda redactado como sigue:

1. El que con ocasión de la prevención o persecución de los hechos previstos en el artículo anterior, se resistiere o desobedeciere a un buque de guerra, o aeronave militar u otro buque o aeronave que lleve signos claros y sea identificable como buque o aeronave al servicio del estado y esté autorizado a tal fin, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.

2. Si en la conducta anterior se empleare fuerza o violencia se impondrá la pena de diez a quince años de prisión.

El artículo comentado, en armonía con las disposiciones de los Convenios Internacionales a que se ha hecho referencia, regula los delitos de resistencia y desobediencia que puedan cometerse contra los buques y aeronaves que actúen en el ejercicio de su competencia para la prevención o represión de estas conductas, lo que en el derecho internacional se regula como “apresamiento de buques o aeronaves piratas”. Se considera positivamente su inclusión junto con la del delito de piratería de modo que no queden impunes estas conductas, otorgando protección penal a las actividades destinadas a evitar tanto su comisión, como su agotamiento.

En concreto, el artículo 105 de la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar establece el derecho de todo Estado para apresar, *en alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata...y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo. Los tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.* El artículo 107 determina cuales son los buques o aeronaves autorizados para ello: *Solo los buques de guerra o las aeronaves militares, u otros buques o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno y estén autorizados a tal fin, podrán llevar a cabo apresamientos por causa de piratería.*

En este artículo se regula un tipo básico, al que se apareja una pena de prisión menos grave (1 a 3 años de prisión), y un tipo cualificado, cuando se comete con el empleo de fuerza o violencia, supuesto en el que se equipara a la pena prevista para el delito de piratería. Normalmente el empleo de fuerza o de violencia implicará la comisión de otros tipos delictivos. En este caso, sin embargo, no se regula el concurso de delitos. Se considera conveniente hacer una mención expresa en el sentido manifestado en el informe sobre el artículo anterior, o bien hacer una disposición común aplicable a ambos artículos.

En cuanto a la determinación de los buques o aeronaves autorizados para efectuar los apresamientos, no existe ningún problema en el caso de las que tienen el carácter de militares. En el caso de las naves o aeronaves al servicio del estado se exige que lleve signos claros, que sea identificable como tal y que tenga una autorización a tal fin. El texto se corresponde con las disposiciones de la Convención del Derecho del Mar que habla de las que estén *al servicio de un gobierno*. El Anteproyecto al referirse al *servicio del estado*, entendemos que lo hace al Estado español, que es lo que justificaría la

aplicación del Código Penal español, conforme a lo dispuesto en el último inciso del artículo 105 del Convenio. Se estima que sería conveniente hacerlo constar así.

Disposiciones transitorias y Disposición final.

El Anteproyecto concluye con tres Disposiciones Transitorias y una Disposición final.

El régimen transitorio se dedica a regular las siguientes cuestiones:

1º) Disposición Transitoria Primera: determinación de la legislación aplicable tras la entrada en vigor de la reforma.

En virtud del principio de irretroactividad de las normas penales, artículo 2 del Código Penal, se establece que los delitos y las faltas se enjuiciarán conforme a la legislación vigente en el momento de su comisión. En el supuesto de los delitos y faltas cometidos antes la entrada en vigor de la reforma del Código Penal que estén pendientes de enjuiciamiento, únicamente se aplicarán las disposiciones de ésta cuando sean más favorables al reo. La determinación de la ley más favorable se llevará a cabo tomando en consideración la pena aplicable en atención a las normas completas el Código actual y las de la reforma. En todo caso se oirá al reo.

2º) Disposición Transitoria Segunda: revisión de sentencias.

Se prevé la posibilidad de que el Consejo General del Poder Judicial asigne a determinados órganos judiciales que estén dedicados en exclusividad a la ejecución de las sentencias la revisión de las sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de esta ley.

Se fijan las reglas para la comparación de las penas. Se establece la necesidad de revisar la sentencia cuando la nueva ley prevea una pena no privativa de libertad como alternativa a la de prisión impuesta, aun cuando ésta fuera también aplicable con arreglo a las reglas del nuevo Código.

Se establecen los casos en los que no deberá revisarse la sentencia: penas suspendidas condicionalmente y cuando el penado se encuentra en periodo de libertad condicional, salvo que sean revocadas, cuando corresponda exclusivamente pena de multa y aquellas en que la pena está totalmente ejecutada o suspendida, salvo lo que proceda acordar a los efectos de reincidencia para el caso de que el hecho hubiera dejado de ser delito o correspondiera pena menor. También se contempla la regla que debe ser aplicada en caso de indulto parcial, en la que el término de comparación será la pena resultante.

Las normas previstas para la revisión de las sentencias, solo serán de aplicación en los casos de hechos definitivamente enjuiciados antes de la entrada en vigor de la ley, cuando no estén totalmente ejecutados los aspectos penales de la sentencia y siempre que las normas aplicables sean más favorables al reo. Conforme se desprende del informe sobre los artículos del anteproyecto, la mayoría de las disposiciones, no constituyen normas más favorables al reo, por cuanto que se han introducido nuevos tipos penales o ampliado alguno de los vigentes, se contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se han agravado algunas penas y se han creado otras nuevas. Por ello, previsiblemente no será precisa la asignación de esta tarea a órganos judiciales específicos por el volumen de trabajo que pueda generar, sin perjuicio de los casos puntuales que se pudieran presentar.

3º) Disposición Transitoria Tercera: reglas para la invocación de la normativa aplicable en materia de recursos.

Se establecen las reglas que serán de aplicación para los casos de recursos contra sentencias que estén en trámite en el momento de entrada en vigor de la reforma.

En el caso de estar pendiente un recurso de apelación las partes pueden invocar y el Juez debe aplicar de oficio la normativa más favorable al reo conforme a la nueva ley.

En el caso de un recurso de casación sin formalizar, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en la nueva ley.

En el caso de que el recurso de casación se esté sustanciando, de oficio o a instancia de parte, se dará un trámite al recurrente por un plazo de ocho días para que proceda a adaptar su recurso si así lo estima procedente. En caso de que se modifique se dará igual traslado para instrucción al resto de las partes, Ministerio Fiscal y Magistrado Ponente.

4º) Disposición Final: entrada en vigor.

Se concede un plazo de seis meses de *vacatio legis* que se cuenta desde su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Madrid, 11 de diciembre de 2008
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO
PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL

***ANEXO A LA REFORMA DEL TÍTULO VIII DEL LIBRO II DEL CODIGO PENAL**

Breve panorama de la situación en el derecho comparado.

Portugal: El código tiene un capítulo titulado delitos contra la libertad y la autodeterminación sexual, con una sección dedicada a la libertad y otra a la autodeterminación. La primera tiene un tipo básico de coacción sexual consistente en por medio de violencia, amenaza grave, haber vuelto inconsciente a otro o haberlo puesto en imposibilidad de resistir, constreñir a otra persona a sufrir o practicar, consigo o con otro, un acto sexual significativo (la pena es de 1 a 8 años de prisión) que en caso de consistir en cópula, coito anal o bucal, introducción vaginal o anal de partes del cuerpo o de objetos, la pena es de 3 a 10 años de prisión. La pena se eleva en su mitad tanto inferior como superior si la víctima es menor de 14 años (arts. 163, 164 y 177). La segunda sección regula, entre otros, el abuso sexual de menores de 14 años, con penas de 1 a 8 años de prisión en el tipo básico y de 3 a 10 años si el mismo consistió en cópula, coito anal o bucal, introducción vaginal o anal de partes de cuerpo o de objetos (art. 171 CP). Otros tipos penales protegen específicamente a menores entre 14 y 18 años.

En materia de prostitución, se castiga al cliente que tiene relaciones con un menor entre 14 y 18 años prostituidos, siendo sancionado con prisión de hasta 2 años o multa. La pena se eleva a tres años o multa cuando las relaciones sexuales consistan en cópula, coito anal o bucal, introducción vaginal o anal de partes de cuerpo o de objetos (art. 174 CP). Favorecer la prostitución de un menor lleva aparejadas penas de hasta 5 años de prisión, que llegan hasta 10 años si ha habido violencia, engaño, abuso de superioridad, ánimo de lucro o vulnerabilidad de la víctima (art. 175 CP). La pornografía infantil y su distribución se castiga con penas de hasta 5 años de prisión, que se elevan hasta 8 años en caso de ánimo de lucro o ejercicio profesional (art. 176 CP).

Francia: agresión sexual es todo ataque sexual con violencia, coacción, amenaza o realizado de modo sorpresivo (art. 222-22). Todo acto de penetración sexual, del tipo que sea, ejecutado con los medios anteriores, es violación y la pena es entonces de 15 años de prisión (art. 222-23). La pena se eleva a 20 años en algunos casos, uno de ellos, que la víctima sea menor de 15 años, o que tenga especial vulnerabilidad por edad o enfermedad, por deficiencia física o psíquica o embarazo, y esto sea visible o conocido por el autor (art. 222-24). Y se eleva a 30 años si se ha producido la muerte de la víctima (art. 222-25) y a cadena perpetua si el ataque ha sido precedido, acompañado o seguido de torturas o actos de barbarie (art. 222-26). Las agresiones que no son constitutivas de violación se castigan con 5 años de prisión y multa (art. 222-27). La pena se eleva a 7 años de prisión y multa cuando se comete la agresión básica sobre menor de 15 años, o persona que tenga especial vulnerabilidad por edad o enfermedad, por deficiencia física o psíquica o embarazo, y esto sea visible o conocido por el autor (art. 222-29). Entre las medidas accesorias se encuentra la posibilidad de ser privado de actividades profesionales que impliquen contacto habitual con menores (art. 222-45). Los ataques sexuales sin violencia, coacción amenaza o no sorpresivos a un menor de 15 años se castigan con 5 años de prisión y multa

(art. 227-25). Las penas se elevan a 10 años y multa en ciertos casos (hechos cometidos por ascendiente, persona que tenga autoridad sobre el menor, abuso de autoridad, cometidos por varias personas, con oferta de remuneración o utilizando red de telecomunicaciones) (art. 227-26). También se puede establecer la prohibición de actividades profesiones o a título de benevolencia que impliquen contacto habitual con los menores (art. 227-29 CP).

El proxenetismo es castigado con 10 años de prisión y multa siempre que recaiga sobre menores de edad o sobre persona que tenga especial vulnerabilidad por edad o enfermedad, por deficiencia física o psíquica o embarazo, y esto sea visible o conocido por el autor (art. 225-7). Se eleva la pena a 20 años cuando se realiza la acción dentro de una organización criminal (art. 225-8). Y con cadena perpetua en el caso de que se realicen torturas o actos de barbarie (art. 225-9). La toma de imágenes de pornografía de menores de edad con vistas a su difusión y su efectiva difusión se castigan con penas de 3 años de prisión y multa. La pena de prisión se eleva a 5 años cuando se utiliza una red de telecomunicaciones. Las penas señaladas se aplican también cuando se utilizan imágenes pornográficas de una persona con aspecto físico de un menor, salvo que se determine que esta persona tenía 18 años en el momento de la fijación de la imagen (art. 227-23).

Bélgica: los abusos sexuales a menores de 16 años se castigan con pena de 5 a 10 años de prisión (art. 372 CP). La agresión sexual a un menor de 16 años (por medio de violencia o intimidación) lleva aparejada una pena de 10 a 15 años de prisión (el tipo básico es de 6 meses a 5 años, y de 5 a 10 años para menores entre 16 y 18 años) (art. 373 CP). La violación (misma definición que en Francia, pero añadiendo que no hay consentimiento cuando se emplea violencia, coacción o engaño, o ha sido posible gracias a una enfermedad o a una deficiencia física o psíquica de la víctima), tiene una pena base de 5 a 10 años, de 10 a 15 en caso de menores entre 16 y 18 años y 15 a 20 años para

menores entre 14 y 16 años). Pero se considera violación todo acto de penetración sexual a un menor de 14 años cualquiera que sea el método empleado, y la pena es de prisión de 15 a 20 años. Si la víctima es menor de 10 años, la pena es de 20 a 30 años (art. 375 CP). La legislación entró en vigor en marzo de 2001. Si la violación o el atentado al pudor se han realizado sobre persona particularmente vulnerable por embarazo, enfermedad, deficiencia física o mental, la pena es de 10 a 15 años (art. 376 CP).

Favorecer la prostitución de un menor, tiene una pena de 5 a 10 años y multa. La pena de prisión se eleva de 10 a 15 años cuando el menor no ha cumplido los 16 años. Y de 15 a 20 años de prisión si no ha cumplido los 14 años de edad (art. 379 CP). El art. 382 bis prevé también la imposibilidad de actividades, enseñanza o participación en sociedades que se ocupan de menores. El 383 bis penaliza la difusión de pornografía infantil con penas de 5 a 10 años de prisión y multa, y la posesión de la misma a sabiendas con prisión de un mes a un año y multa.

Italia: cuando con violencia, amenaza o abuso de autoridad se constriñe a alguien a realizar o padecer actos sexuales, el autor es castigado con pena de 5 a 10 años de prisión. La misma pena se impone, entre otros casos, cuando se abusa de las condiciones de inferioridad física o psíquica de la víctima en el momento del hecho. En casos de menos gravedad, la pena se puede reducir sin que pueda exceder la reducción en dos tercios (art. 609 bis CP). Las penas se agravan, siendo entonces de 6 a 12 años, entre otros casos, cuando la víctima es menor de 14 años y, finalmente, son de 7 a 14 años de prisión, cuando la víctima es menor de 10 años (art. 609 ter). Las penas del 609 bis se imponen al que realiza actos sexuales, fuera de las hipótesis previstas en ese artículo, sobre menor que no ha cumplido los 14 años. La pena también puede disminuirse en dos tercios en casos de menor gravedad. Y no es punible el menor que comete actos sexuales con otro menor que haya cumplido los trece años, si la diferencia de edad entre ambos no es superior a

3 años. Asimismo, se aplica el 609 ter, si el menor no ha cumplido 10 años (art. 609 quater). Se prevé que cuando el menor no ha cumplido 14 años, el autor no puede alegar como defensa ignorancia de la edad de la víctima (art. 609 sexies). En principio es necesaria querrela del perjudicado, pero cuando la víctima es menor de 18 años se procede de oficio (art. 609 septies). Como pena accesoria se prevé la prohibición perpetua de empleo en cualquier tipo de escuelas y en instituciones públicas o privadas frecuentadas principalmente por menores (art. 609 nonies).

La inducción, favorecimiento o disfrute de la prostitución de menores de 18 años se castiga con penas de 6 a 12 años de prisión y multa. El cliente es castigado con pena de 6 meses a tres años de prisión y multa. Si la víctima no ha cumplido 16 años la pena es de 2 a 5 años de prisión. Si el autor es menor de 18 años, las penas se reducen entre uno y dos tercios (art. 600 bis). La producción o el comercio de pornografía infantil se castigan con penas de 6 a 12 años de prisión y multa. La difusión por cualquier vía, incluso telemática, está penada con 1 a 5 años de prisión y multa, y la cesión, incluso a título gratuito, con penas de hasta 3 años de prisión y multa. En estos casos, cuando el material sea de ingente cantidad, la pena se puede incrementar hasta en dos tercios (art. 600 ter). También se castiga la pornografía virtual realizada con técnicas de elaboración gráfica no asociadas en todo o en parte a situaciones reales, pero donde aparecen como verdaderas situaciones no reales. En este supuesto, la pena se disminuye en un tercio (art. 609 quater bis). La organización o propaganda de viajes de turismo sexual de menores se castiga con penas de 6 a 12 años de prisión y multa (art. 600 quinquies). Existen agravantes en caso de menores de 14 años, o cuando los hechos se cometen por familiares o educadores.

Dinamarca: quien consigue por la fuerza el acto carnal utilizando violencia o amenaza es castigado, por violación, con pena de hasta 8 años de cárcel. Se equiparan a estos supuestos los casos en que la víctima no está en condiciones de oponerse a la acción. La pena puede elevarse a 12 años

cuando la violación ha tenido un carácter especialmente peligroso o hubo otras circunstancias agravantes especiales (art. 216 CP). El que obtiene el acto sexual mediante otra coacción ilegal es castigado con pena de hasta 4 años de prisión (art. 217). El que se aprovecha de la enajenación o retraso mental para realizar el acto carnal fuera del matrimonio se castiga con prisión de hasta 4 años. El que obtiene acceso carnal fuera del matrimonio con una persona que no se encuentra en un estado de oponer resistencia a la acción, es castigado con la misma pena (art. 218). El art. 222 castiga al que tiene acceso carnal con un menor de 15 años a una pena de prisión de hasta 8 años. Pero si es menor de 12 años o el autor se ha procurado el acceso con coacción o con amenazas, la pena puede llegar a 12 años de prisión.

El que como cliente paga o promete pagar y tiene acceso carnal con una persona menor de 18 años es castigado con multa o prisión de hasta 2 años (art. 223 a CP). El art. 224 afirma que los párrafos anteriores tienen aplicación también a relaciones sexuales diferentes del acceso carnal.

El que incite o ayude a una persona menor de 21 años a buscar ocupación en el libertinaje sexual puede ser castigado con prisión hasta 4 años (art. 228 CP).

La toma de imágenes o fotografías de pornografía infantil se castiga con multa o prisión de hasta 2 años, y con pena de hasta 6 años si concurren especiales circunstancias agravantes (art. 230 CP). Como tales se consideran especialmente los supuestos en que la vida del niño se pone en peligro, se emplea grave violencia, se le causa una lesión grave, o cuando se puede hablar de grabaciones más sistemáticas o de carácter organizado (art. 230 CP). Las mismas penas se imponen a la difusión y con las mismas circunstancias agravantes (art. 235 CP). El que posee este material impúdico es castigado con pena de multa o un año de prisión (art. 235 CP). Pero no es delito la mera posesión siempre que las imágenes obscenas sean de un menor

que ha cumplido 15 años y haya dado el consentimiento para la posesión (art. 235 CP). Al condenado se le puede imponer la orden de no acercarse a parques públicos, a colegios, a parques infantiles, a reformatorios de menores, a manicomios, a instituciones para personas con grandes daños psíquicos, a bosques determinados, piscinas o playas (art. 236 CP). También se le puede prohibir que menores de 18 años residan en su domicilio (art. 236 CP).

Alemania: el que ejecuta acciones sexuales sobre un menor de 14 años o deja que el menor las ejecute sobre él, es castigado con prisión de 6 meses a 10 años. La misma pena se le puede imponer si determina al menor a ejecutarlas sobre un tercero o a dejar que el tercero las ejecute sobre él (parágrafo 176 StGB). La pena no puede ser inferior a 2 años cuando un mayor de 18 años tiene acceso carnal o penetración corporal con el menor, o cuando el hecho es cometido por varias personas, o durante el mismo se produce peligro de un grave daño a la salud o de un daño considerable en el desarrollo corporal o psicológico del menor. La pena no puede ser inferior a 5 años si durante la acción el menor sufrió grave maltrato corporal o se puso en peligro su vida (parágrafo 176 a). Si se causa, de modo al menos temerario, la muerte del menor durante el abuso, la pena mínima será de 10 años de prisión o de cadena perpetua (parágrafo 176 b). El código también regula el abuso sexual a persona incapaz de oponer resistencia, castigando al que abusa de otro, a causa de una enfermedad o minusvalía mental o psicológica, o una enfermedad adictiva, o a causa una grave perturbación de la conciencia, con penas de 6 meses a 10 años de prisión (parágrafo 179).

El favorecimiento de la prostitución de un menor de 18 años se castiga con penas de hasta 3 años de prisión o con multa (parágrafo 180 a). La inducción con hasta 5 años de prisión (parágrafo 180). La creación o difusión de pornografía infantil (menores de hasta 14 años) se castiga con pena de 3 meses a 5 años. Las penas se elevan de 6 meses a 10 años cuando se realiza como actividad profesional o por grupos organizados. Y con hasta dos años de

prisión se castiga la posesión, o el procurarse la posesión, de material que reproduce documentos pornográficos con sucesos reales o realistas (parágrafo 184 b). El parágrafo 184 c protege a los menores entre 14 y 18 años de estos ataques.

Austria: el que se aprovecha del estado de otra persona que es incapaz de defenderse, o de una persona que, a causa de una enfermedad mental, demencia, profundo trastorno de la conciencia, o grave perturbación mental equiparable a las situaciones anteriores, es incapaz de comprender el significado de la acción o de actuar de acuerdo con esa comprensión, y abusa sexualmente de ella por este motivo, es castigado con penas de hasta 5 años de prisión. Existen varias agravaciones del hecho (parágrafo 205 ÖStGB). El que realiza el acto sexual con un menor de 14 años, o una acción sexual equiparable, es castigado con prisión de hasta 10 años. Si tiene como consecuencia el embarazo o lesiones graves en la persona de la víctima, la pena es de 5 a 15 años, y si se produce la muerte, de 10 a 20 años o cadena perpetua. Si la edad del autor no supera la del menor en más de 3 años, y si la acción sexual no consiste en la penetración con un objeto, y el hecho no ha tenido como consecuencia lesiones graves o la muerte del menor, el autor no es castigado, salvo que el menor no haya cumplido 13 años (parágrafo 206). Las acciones sexuales con un menor no incluidas en el parágrafo anterior se castigan con pena de 6 meses a 5 años. Hay agravaciones en caso de lesiones graves o muerte. Si la edad del autor no supera la de la víctima en más de 4 años, no se ha producido lesiones graves ni la muerte del menor, no se impone pena, salvo que el menor no haya cumplido los 12 años (parágrafo 207).

La creación o difusión de imágenes pornográficas de menores de 18 años se castiga con penas de hasta 3 años. Hay agravaciones cuando se actúa profesionalmente (hasta 5 años de prisión) y hasta 10 si se actúa dentro de un grupo criminal o se emplea grave violencia o se pone en peligro dolosamente o con grave imprudencia la vida del menor. La posesión se castiga con hasta un

año de prisión, si el menor está entre los 14 y los 18 años, y con 2 años si es menor de 14 años. Basta para ello con que las imágenes parezcan reales. No se impone pena si el mayor de 14 años prestó su consentimiento, y además las imágenes son para el uso exclusivo del autor, y no existe riesgo de difusión (parágrafo 207 a). El proporcionar contactos sexuales remunerados con menores se castiga con prisión de hasta 5 años (parágrafo 214). El reclutamiento de menores, aunque ya se dediquen a la prostitución, para el ejercicio de la misma, o para participar en representaciones pornográficas, se castiga con hasta tres años de prisión. Hay agravaciones si se actúa dentro de una organización criminal, se emplea grave violencia, se pone en peligro la vida del menor de modo doloso o gravemente imprudente, o la acción tiene como consecuencia un grave perjuicio para el menor. Si la víctima tiene menos de 14 años la pena se eleva hasta 10 años de prisión (parágrafo 215 a).

Suiza: las acciones sexuales con menores de 16 años se castigan con prisión hasta 5 años o multa. Pero es impune el hecho cuando la diferencia de edad entre los participantes no es mayor de 3 años. Si el autor no tiene 20 años, y además concurren circunstancias especiales o el menor ha aceptado contraer con él matrimonio o una comunidad vital susceptible de inscripción, se puede prescindir de la persecución penal. Si el autor actuó bajo la errónea representación de que el menor había cumplido 16 años, pero hubiera podido evitar el error con una diligencia conforme a deber, la pena es de hasta 3 años de prisión o multa (art. 187). El que abusa con acceso carnal, con una acción similar, o con otra acción de tipo sexual, de una persona incapaz de juicio o incapaz de resistencia, a sabiendas de esta incapacidad, es castigado con prisión de hasta 10 años o multa (artículo 191).

El fomento o aprovechamiento de la prostitución de un menor de edad se castiga con prisión de hasta 10 años o multa (artículo 195). En el caso de la pornografía infantil (menores de hasta 16 años), la acción se castiga con penas de hasta 3 años de prisión, y al que adquiera, consiga por medios electrónicos

o de otro modo, o posea este material, con pena de hasta 1 año de prisión (artículo 197).

Inglaterra: la materia está regulada en la Sexual Offences Act de 2003. La sección 5^a comprende la violación (penetración del pene en la vagina, ano o boca) de un menor de 13 años, siendo irrelevante el consentimiento del menor. La pena máxima imponible es cadena perpetua. Se recomienda por las autoridades una pena mínima de 10 años. La sección 6^a se refiere a la penetración en la vagina o ano de un menor de 13 años con una parte del cuerpo del agresor (asalto con penetración). También es irrelevante el consentimiento. La pena máxima es cadena perpetua. La sección 7^a regula el asalto sexual a un menor de 13 años, cuyo consentimiento es irrelevante, y que consiste en tocarlo sexualmente. La pena máxima es 14 años de prisión. La sección 8^a se refiere a incitar o dar lugar a que un menor de 13 años participe en una actividad sexual. En este caso no es preciso que la actividad sexual llegue a tener lugar. La pena máxima es de cadena perpetua, si la acción tiene como fin la penetración, y 14 años en caso contrario. Las secciones 9^a a 11^a se refieren a víctimas entre 13 y 16 años. La sección 15^a penaliza al adulto que establece contacto con un menor, por ejemplo a través de internet, se gana su confianza, y trata de cometer una ofensa sexual contra él, quedando con el menor o viajando para verlo tras una cita. La pena máxima es de 10 años. Las secciones 30^a a 41^a contienen preceptos para proteger a personas con enfermedades mentales que les impiden realizar elecciones. El consentimiento es irrelevante. Las penas pueden llegar también a la cadena perpetua. Como penas accesorias, se incluye al condenado en un registro de agresores sexuales (el condenado debe dar ciertos datos a la policía, como los cambios de domicilio), y se pueden dictar contra él órdenes de no trabajar con menores y órdenes de alejamiento (SOPOs) que pueden durar desde 5 años o tener carácter indefinido.

La Sección 45ª de la Sexual Offences Act se refiere al material pornográfico de menores de 18 años y a su posesión. Es defensa que el mayor de 16 años consintió y que el material no tenía como finalidad ser distribuido. También es defensa que la descarga de internet se hizo para prevenir, detectar o investigar un crimen. La pena máxima para la posesión es de 5 años; en otro caso, la pena máxima es de 10 años. La sección 47ª castiga el pago u ofrecimiento de pago a un menor de 18 años a cambio de tener contacto sexual con él. Si es menor de 13 años no caben defensas basadas en el error sobre la edad. La sección 48ª regula el reclutamiento o inducción a un menor de 18 años para la prostitución o la pornografía en cualquier parte del mundo. Las secciones 49ª y 50ª se refieren a las actividades de control de tales menores y a las dirigidas a facilitarles la actividad. Las 52ª y 53ª penalizan el que estas actividades se hagan con ánimo lucrativo. La pena máxima es cadena perpetua si la acción incluye penetración y la víctima es menor de 13 años, y 14 años en los demás casos. La pena es de 7 años si el menor tiene entre 16 y 17 años.

Noruega: quien tiene relaciones sexuales con una persona menor de 14 años es castigado con penas de hasta 10 años de prisión. Si el trato consiste en el coito, la pena mínima será de 2 años. La pena puede elevarse hasta los 21 años de prisión si el hecho se ha cometido por varios autores concertados, o de modo especialmente doloroso u ofensivo, o cuando el hecho se cometió sobre un menor de 10 años y éste sufrió varios ataques, así como en caso de reincidencia, o cuando como consecuencia del hecho se ha producido la muerte o considerable daño físico o a la salud del menor. El error sobre la edad no excluye la responsabilidad. Tiene repercusión el que el agresor fuera de edad o desarrollo parecido a la víctima, pudiendo entonces desaparecer la pena o ser reducida (art. 195). Según el art. 206 la expresión coito (*samleie*) incluye la penetración anal y vaginal. Al mismo se equiparan la introducción del pene en la boca y la introducción de objetos en la vagina y en el ano. A las acciones del 195 se equipara también la introducción del pene en y entre los labios mayores y menores de la víctima. El art. 196 regula el trato sexual con

persona menor de 16 años. La regulación es similar, con pena base de hasta 5 años de prisión y de hasta 15 para los tipos agravados. Los demás actos sexuales con menor de 16 años se penan con prisión de hasta 3 años. En circunstancias especialmente graves, la pena se puede elevar a 6 años. Para ello se atiende a cuánto ha durado el hecho, a si hubo abuso de relación, de situación de cuidado o de posición, de situación de dependencia o de confianza, o a si la situación fue especialmente dolorosa u ofensiva (art. 200). El art. 201 a) castiga al que ha acordado una cita con un menor de 16 años y acude al lugar de la cita con la finalidad de cometer un delito sexual de los anteriores, o puede divisar el lugar de la cita (pena de multa o de hasta un año de prisión). El que, a cambio de remuneración, tiene relaciones sexuales o contacto sexual con un menor de 18 años, es castigado con multa o con prisión de hasta dos años (art. 203). La producción, difusión o posesión de pornografía infantil (menores de 18 años) se castiga con penas de hasta 3 años de prisión. También se castiga el delito imprudente con pena de multa o prisión de hasta 6 meses. La posesión no es punible si el menor tiene entre 16 y 18 años, ha prestado su consentimiento y ambos, autor y víctima, son similares en edad y desarrollo (art. 204 a).

Suecia: la materia está regulada en el capítulo sexto del código penal. El que tiene relaciones sexuales con un menor de 15 años o ejecuta con él otro tipo de actividad sexual comparable con las relaciones sexuales, es castigado con pena de prisión entre 2 y 6 años. Si los hechos son graves, la pena va de 4 a 10 años. Para ello hay que considerar si se ha utilizado violencia o amenaza, si los hechos han sido más de uno, si el autor participó de otra manera en el ataque, o el agresor fue especialmente despiadado o cruel (sección 4). Si por las circunstancias el hecho fue menos grave, la pena máxima es de 4 años (sección 5). El que ejecute otros actos sexuales distintos de los anteriores sobre un menor de 15 años es castigado con pena de hasta 2 años (sección 6). Si el hecho es grave (valen los criterios anteriores) se puede llegar hasta los 6 años de prisión (sección 7).

El que utiliza a un menor de 15 años para que ejecute o tome parte en un posado sexual o promueve esta actividad, es castigado con multa o prisión de hasta 2 años. Si el hecho es grave, la pena se puede elevar hasta los 6 años. Para ello hay que tener en cuenta la extensión de la actividad, la importancia de la ganancia, y la crueldad en la explotación del menor (sección 8). El que induce a un menor de 18 años a que, con contraprestación, ejecute o soporte una acción sexual es castigado con prisión de hasta 2 años o multa (sección 9).

Países Bajos: el art. 240 b) del código penal penaliza la conducta del que difunde, exhibe, elabora o posee una imagen de una conducta sexual en la que conocidamente está implicado un menor de 18 años o aparentemente está implicado, con pena de hasta 4 años de prisión o multa. La pena se eleva a seis años cuando hay habitualidad o profesionalidad. El que realiza acciones sexuales que consisten total o parcialmente en la penetración del cuerpo, con alguien que sabe que está en estado de inconsciencia, conciencia disminuida o impotencia corporal, o bajo tal desarrollo defectuoso de un trastorno mental que hace que esté incapacitado o no completamente capacitado para decidir sobre ellas, o poder ser consciente de ellas, o para poder ofrecer resistencia a las mismas, será castigado con 8 años de prisión o multa (art. 243). El que realiza acciones sexuales con un menor de 12 años que consisten total o parcialmente en la penetración del cuerpo, es castigado con pena de hasta 12 años de prisión o multa (art. 244). Si el menor tiene entre 12 y 16 años, la pena es de hasta 8 años de prisión o multa (art. 245). Cuando se haya producido lesión corporal grave o hubiera peligro vital, las penas de los arts. 240b, 243 y 245 se pueden elevar hasta 12 años de prisión o multa. Y si se produce la muerte, hasta 15 años de prisión o multa (art. 248). Quien, con regalos o promesa de dinero o bienes, abuso de superioridad derivada de relaciones de hecho, o engaño, induce a una persona de la que sabe o razonablemente debería saber que no ha cumplido 18 años de edad, a realizar acciones deshonestas o a

sufrirlas de él, es castigado con pena de hasta 4 años de prisión o multa. El que comete actos deshonestos con alguien dispuesto a mantener relaciones sexuales con un tercero a cambio de dinero y que todavía no ha cumplido 16 años, es castigado con penas de hasta 4 años de prisión y multa (art. 248 b).