

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

I

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de julio de 2006 tuvo entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, junto con una Memoria Justificativa, a los efectos de la emisión del preceptivo informe de acuerdo con el artículo 108 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio.

La Comisión de Estudios e Informes en su sesión del día 21 de julio de 2006 solicitó prórroga del plazo para la evacuación del informe, en su sesión del día 14 de septiembre de 2006 designó Ponente al Excmo. Señor D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, y en su reunión de fecha , aprobó el presente informe, acordando su remisión al Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

II

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La norma que expresamente atribuye al Consejo General del Poder Judicial el ejercicio de la función consultiva es el 108.1.f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial; en concreto se refiere a la facultad de informar los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el resto del artículo 108.1 de esta Ley, a "*leyes penales y normas sobre régimen penitenciario*".

A la luz de esta disposición legal, en una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad de informe que en ella se reconoce al Consejo General del Poder Judicial, el parecer que le corresponde emitir al anteproyecto remitido deberá limitarse a las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

El Consejo General del Poder Judicial ha venido delimitando el ámbito de su potestad de informe partiendo de la distinción entre un ámbito estricto, que coincide en términos literales con el ámbito material definido en el citado artículo 108.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y un ámbito ampliado que se deriva de la posición del Consejo como órgano constitucional del gobierno del Poder Judicial. Por tanto, dentro del primer ámbito, el informe que debe emitirse habrá de referirse, de manera principal, a las materias previstas en el precepto citado, eludiendo, con carácter general al menos, la formulación de consideraciones relativas al contenido del Anteproyecto en todas las cuestiones no incluidas en citado artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En cuanto al ámbito ampliado, cabe decir que el Consejo General del Poder Judicial debe expresar su parecer también sobre los aspectos del Anteproyecto que afecten derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales. Además de lo anterior, de acuerdo con el principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas tanto a cuestiones de pura técnica legislativa, o terminológicas, con el ánimo de contribuir tanto a mejorar la corrección de los textos normativos, como a su efectiva aplicabilidad e incidencia sobre los procesos jurisdiccionales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes han de aplicar posteriormente en la práctica las normas correspondientes.

En consecuencia con lo anterior, en atención al objeto del Anteproyecto que se somete a informe, éste se ceñirá a lo que atañe a las materias que han de ser informadas por el Consejo General del Poder Judicial, desde la perspectiva del mencionado ámbito estricto, sin perjuicio de que, en su caso, puedan hacerse otras consideraciones en aras a la mejora técnica del texto.

III

ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO. CONSIDERACIONES GENERALES

El Anteproyecto sometido a informe, que se propone efectuar una reforma extensa y profunda del Código Penal en múltiples sedes tanto de su Parte General como Especial, consta de una exposición de motivos en la que se explicitan los objetivos de la reforma y los fines de política criminal que se tratan de articular mediante la misma, un texto articulado que se conforma de un solo precepto estructurado en ciento catorce apartados en los que se concretan las transformaciones y añadidos que experimenta el articulado del Código Penal, cinco disposiciones transitorias que regulan la sucesión temporal de normas que se producirá a la entrada en vigor del presente texto y dos disposiciones finales.

La Memoria Justificativa sitúa la génesis de la presente reforma en la Orden del Ministro de Justicia de 8 de abril de 2005, por la que se constituyó en el seno de la Comisión General de Codificación la Sección Especial para la revisión del Código Penal con motivo del cumplimiento de los diez años de su vigencia y con el encargo de que elaborara una propuesta de anteproyecto.

Como ejes de la reforma se citan la lucha eficaz contra el crimen organizado y la tutela de la seguridad pública, ámbito en el que es preciso incorporar varios instrumentos normativos comunitarios (Decisiones Marco y Convenios), la mejora de la atención a la víctima en la esfera de la responsabilidad civil, reforzando la eficacia de su exigibilidad mediante la introducción de instrumentos penales de lucha contra la ocultación patrimonial como son el levantamiento del velo frente a sociedades fantasmas, la incriminación de los testaferros y la excusión de bienes del penado, modernizar la respuesta penal frente a realidades nuevas como la manipulación genética y la biomedicina, las nuevas tecnologías, el acoso laboral o la clonación de tarjetas de crédito, y finalmente extender las alternativas a la pena de prisión ampliando las fórmulas de sustitutivos de la pena con el fin de aliviar la sobrecarga de población en nuestros centros penitenciarios.

Comoquiera que uno de los aspectos más relevantes a efectos dogmáticos de la presente reforma lo constituye la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se ha considerado oportuno dedicar un apartado autónomo y separado a dicha cuestión, dada su singular trascendencia y su especial incidencia tanto en la Parte General como Especial, procediéndose a tratar las restantes cuestiones siguiendo el orden sistemático del propio Código.

IV CONSIDERACIONES PARTICULARES QUE MERECE LA REFORMA

IV.1

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y EL NUEVO RÉGIMEN DE CONSECUENCIAS ACCESORIAS PARA LAS ENTIDADES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1.- Generalidades

Ante el incremento de la delincuencia organizada y la utilización de personas jurídicas en la comisión de hechos delictivos, a los que aportan su propia organización y patrimonio, es necesario adoptar medidas eficaces para prevenir y combatir este tipo de fenómenos, desarrollando programas de actuación que incluyan medidas de naturaleza preventivo-especial de carácter penal sobre las actividades o la estructura de las personas jurídicas, independientemente de las actuaciones que tienen por destinatarios a los delincuentes individuales.

Con carácter previo al análisis del contenido de la reforma en este punto, conviene hacer un repaso de las medidas legislativas adoptadas en el Derecho comunitario, el Derecho comparado y el Derecho penal español vigente.

1.1.- Derecho Comunitario

La reforma que se propone obedece, según la Exposición de Motivos (EM), a “*la satisfacción de las obligaciones dimanantes de un amplio abanico de Decisiones Marco, como son por ejemplo las DM 2005/667 (Decisión Marco 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), 2005/222 (Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información), 2004/757 (Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas), 2004/68 (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)», que junto con otros instrumentos jurídicos europeos «se han convertido en la primera fuente de decisiones político criminales en nuestro país», en palabras de la memoria justificativa.

En este mismo contexto han de incluirse las siguientes disposiciones:

- Decisión Marco 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro.
- Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre lucha contra el terrorismo.
- 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 de irregulares.
- Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.
- 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.
- Acción Común 98/733/JAI del Consejo, 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.

Como es sabido, tanto las Directivas como las Decisiones Marco son vinculantes para los Estados miembros en lo relativo a los resultados que deben alcanzarse, pero dejan a las instancias nacionales libertad de decisión sobre la forma y los medios para alcanzarlos. Consecuentemente, en materia penal cada Estado delinea su propia política criminal para llegar a la meta que le marcan las disposiciones comunitarias. Así pues, en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas deben precisarse con exactitud las exigencias del Derecho Comunitario según se desprende de las citadas disposiciones.

Las obligaciones impuestas a los Estados miembros en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas presentan los siguientes contornos:

A) Un régimen que puede calificarse de general, en el que se distinguen tres supuestos diferentes:

1º) Por un lado, aquel en que la responsabilidad de las personas jurídicas deriva de actos realizados por quien ocupa una posición de mando o cargo directivo en el seno de la persona jurídica.

En este primer supuesto, los Estados miembros habrán de adoptar las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables o exigírseles responsabilidades por determinadas infracciones de naturaleza penal (a delitos se refieren las DM 2000/383/JAI y 2004/757/JAI). En cuanto al régimen sancionador, se dispone que se adopten medidas para la imposición de “*sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias*”, que incluirán “*multas de carácter penal o administrativo*” y podrán incluir otras sanciones, como la inhabilitación para el ejercicio de actividades comerciales (cfr. arts. 8.1 y 9.1 DM 2000/383/JAI; 2.1 y 3.1 DM 2002/946/JAI ; 5.1 y 6.1 DM 2003/568/JAI; 6.1 y 7.1 DM 2004/68/JAI; 6.1 y 7.1 DM 2004/757/JAI; 8.1 y 9.1 DM 2005/222/JAI; 5.1 y 6.1 DM 2005/667/JAI).

Con la misma orientación, otros instrumentos internacionales, como el Convenio de la OCDE de 17 de diciembre de 1997, de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (ratificado por España el 3 de enero de 2000), en su art. 2 impone a las Partes la adopción de “*las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero*”, lo que viene matizado a continuación en el art. 3.2, que prevé el caso de que, según el Derecho de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, por lo que quedarán sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal.

2º) El segundo supuesto es aquel en el que la responsabilidad de la persona jurídica se debe a la acción de un sujeto sometido a su autoridad y es consecuencia de la falta de vigilancia o control por parte de las personas a las que se refiere el supuesto anterior, es decir, de quienes ocupan una posición de mando o dirección.

Aquí el Derecho Comunitario obliga a la adaptación de la legislación interna a través de medidas que garanticen que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables o exigírseles responsabilidades -no necesariamente penales, pues no se hace referencia, como en el supuesto anterior, a infracciones de naturaleza penal-, y se prevé, consecuentemente, la imposición de sanciones o medidas efectivas, proporcionales y disuasorias, sin especificar cuáles han de ser (cfr. arts. 8.2 y 9.2 DM 2000/383/JAI; 2.2 y 3.2 DM 2002/946/JAI; 5.1 y 6.1 DM 2003/568/JAI; 6.2 y 7.2 DM 2004/68/JAI; 6.2 y 7.2 DM 2004/757/JAI; 8.2 y 9.2 DM 2005/222/JAI; 5.2 y 6.5 DM 2005/667/JAI).

Mención aparte merece la Directiva 2005/60/CE que, en los dos supuestos relativos a directivos o empleados, obliga a que se pueda imputar responsabilidad a las personas jurídicas cuando infrinjan las disposiciones de derecho nacional adoptadas de conformidad con aquella Directiva (art. 39.1), así como que las sanciones -eficaces, proporcionadas y disuasorias- puedan ser de naturaleza penal (art. 39.2).

3º) El tercer supuesto no distingue en el régimen sancionador de personas jurídicas si la conducta ha sido realizada por un cargo directivo o por un subordinado sujeto a vigilancia o control, previendo en ambos supuestos para las personas jurídicas *penas* efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo y, en su caso, otro tipo de sanciones (arts. 7.1 y 2, y 8 DM 2002/475/JAI; 4.1 y 2, y 5 DM 2002/629/JAI).

B) Régimen específico de las organizaciones delictivas

El art. 3 de la AC 98/733/JAI obliga a los Estados a garantizar *“que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables penalmente o, en su defecto, responsables de otro modo de los delitos contemplados en el apartado 1 del artículo 2 (“delitos sancionables con una pena de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa”), cometidos por la persona jurídica, conforme a modalidades que deberán definirse en su legislación interna. (...) Los Estados miembros garantizarán especialmente que pueda sancionarse a dichas personas de manera efectiva, proporcional y disuasoria y que puedan sufrir sanciones de carácter patrimonial y económico”*. Establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas tratándose de criminalidad organizada constituye, por tanto, una opción del legislador estatal, que puede optar entre regímenes de responsabilidad penal y no penal en estos supuestos.

La conclusión que se extrae de todo anterior es que -con las excepciones por delitos de terrorismo (DM 2002/475/JAI) y de trata de seres humanos (DM 2002/629/JAI)- el Derecho Comunitario únicamente exige que en los supuestos de conductas criminales realizadas por personal directivo, las personas jurídicas puedan *ser consideradas responsables o exigírseles responsabilidades* por determinadas infracciones de naturaleza penal y que pueden serles impuestas por ello sanciones de naturaleza penal o administrativa. La imputación de responsabilidad de naturaleza penal a las personas jurídicas no lleva implícita necesariamente la imputación subjetiva de hechos delictivos, por lo que no debe considerarse que sea consecuencia de un imperativo de Derecho Comunitario que las personas jurídicas deban ser objeto de un régimen de responsabilidad penal como el de las personas físicas, como tampoco que las sanciones hayan de ser de naturaleza penal.

1.2.- Derecho comparado

El derecho extranjero trata de diferente forma este fenómeno, tomándose como muestras los regímenes jurídicos de países comunitarios como Alemania, Francia e Italia, así como el de los Estados Unidos de Norteamérica, al ser considerado pionero en esta materia.

1.2.1.- Alemania

En Alemania impera la idea de que las personas jurídicas son incapaces de realizar una acción penal en sentido estricto, previendo el § 14 del Código Penal (StGB) para los casos de delitos cometidos en el seno de sociedades, en los que la persona física que ejecuta la acción actúa en su nombre no tenga las cualidades requeridas por el tipo, la figura de la *actuación en nombre de otro*; además, el citado Código contempla el comiso sobre bienes de personas jurídicas y otras agrupaciones de personas.

Junto al Código Penal, la Ley de Contravenciones (OwiG) contempla en el § 30 la posibilidad de sanciones directas contra las personas jurídicas como la multa, cuando los sujetos que integran sus órganos o las representan realizan determinados comportamientos antijurídicos, discutiéndose doctrinalmente acerca de la naturaleza jurídica de esta multa y de la aplicación de los principios del Derecho Penal.

1.2.2.- Francia

El art. 121-2 del Código Penal, modificado en este punto en la reforma de 1992 y cuya redacción actual es consecuencia de la Ley nº 2000-647 de 10 de julio de 2000, contempla la responsabilidad penal de personas jurídicas, con excepción del Estado. Así, el círculo de *autores* comprende a todas las corporaciones de derecho privado, entes jurídicos con o sin finalidad de lucro, sociedades mercantiles, asociaciones, sindicatos, partidos políticos, fundaciones, etc., siempre que tengan personalidad jurídica. Junto al requisito de la personalidad, se precisa la comisión de un delito o infracción por quien pertenezca a un órgano de la persona jurídica o la represente, siempre y cuando la infracción haya sido perpetrada por cuenta de aquélla.

El CP sigue el criterio de establecer un *numerus clausus* de delitos en los que cabe esta clase de responsabilidad, siendo los ilícitos más perseguidos los relativos al trabajo clandestino, las lesiones culposas y las irregularidades fiscales.

En esta dirección a favor de la atribución de responsabilidad penal directa a personas jurídicas también se sitúan los ordenamientos de Holanda, Noruega y Suiza.

1.2.3.- Italia

En Italia se parte del párrafo 1º del art. 27 de la Constitución, en virtud del cual la responsabilidad penal es personal, lo que se ha traducido en la imposibilidad de sancionar penalmente a las entidades colectivas. Partiendo de esta premisa, el art. 197 del Código Penal contempla únicamente la responsabilidad subsidiaria de la persona jurídica por la pena pecuniaria impuesta al miembro del órgano o al representante que resulten insolventes. Se trata, pues, de una responsabilidad objetiva derivada del nexo existente entre el autor del hecho y la persona jurídica.

Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre la base de la restricción de la responsabilidad penal al ámbito de las personas físicas, admiten la posibilidad de un "*derecho penal administrativo*" en el que tenga cabida la responsabilidad de entes colectivos fundamentada en la "*culpa de organización*" o en la culpa *in vigilando*. Como producto de esta tendencia se promulgó el Decreto Legislativo 231, de 8 de junio de 2001, por el que se regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, estableciendo como requisito para la imposición de sanciones la comisión del delito por quienes sean representantes, directivos o administradores de hecho o de derecho, así como por personas que ejerzan labores de control, siempre que actúen en interés o beneficio de la persona jurídica.

1.2.4.- Estados Unidos de Norteamérica

Es opinión generalizada que la responsabilidad penal de personas jurídicas, aunque con precedentes en el Derecho inglés, cobra fuerza gracias al concepto de *delito corporativo* de Estados Unidos, donde incluso llega a prescindirse de la responsabilidad individual de la persona física para centrarse exclusivamente en la de la persona jurídica a la que pertenece.

No obstante, se ha producido una inflexión en esta tendencia a favor de recuperar la persecución del autor individual ante casos que han revestido gran notoriedad (casos de compañías como Enron, Sunbeam o Xerox, entre otras). Muestra de este movimiento es la Ley frente a los fraudes contables, de 30 de julio de 2002 (conocida como Ley Sarbanes-Oxley). Esta Ley regula las funciones financieras contables y de auditoría, y penaliza de forma más severa, con aumento de penas y de responsabilidades civiles, el delito corporativo y de *cuello blanco*, con un nuevo régimen de responsabilidad penal para los ejecutivos y auditores, creando o aumentando penas, según los casos, por fraudes por transferencias, alteración de documentos, obstaculización, influencia fraudulenta o destrucción de registros en relación con las auditorías.

1.3.- Derecho Penal español vigente

Nuestro Derecho Penal no ha sido ajeno al problema de la delincuencia con implicación de personas jurídicas, ni a las exigencias del Derecho Comunitario, como tampoco a las polémicas doctrinales y soluciones legales que se han dado en el Derecho Comparado. Con anterioridad al Código Penal de 1995 se propusieron en los diversos trabajos preparatorios medidas preventivas distintas de las penas para las personas jurídicas, al resultar insuficiente lo previsto hasta entonces, traducido en responsabilidades pecuniarias en concepto de responsabilidad civil y de costas. El art. 129 del nuevo Código Penal -precepto afectado por la reforma en curso- es considerado mayoritariamente, junto con el comiso de los arts. 127 y 128, como *tertium genus* (por imperativo legal: "*consecuencias accesorias*" las denomina el Código Penal, tomando la denominación del derecho alemán) de sanciones penales separadas sistemáticamente de las penas y las medidas de seguridad, diferenciándose de las penas accesorias en que pueden afectar la esfera jurídica de personas, físicas o jurídicas, distintas del autor. En virtud de este artículo se faculta a imponer a las personas jurídicas, como sociedades, asociaciones o fundaciones, medidas como la disolución o suspensión de actividades, entre otras, con exclusión de la multa. Estas medidas son de naturaleza penal sin ser penas, como lo son las medidas de seguridad: se imponen por parte de los Tribunales penales a través del proceso penal, están vinculadas a penas por la comisión de un hecho delictivo y obedecen a razones de prevención especial, en evitación de nuevos delitos ante el peligro que pueden constituir algunas personas jurídicas como instrumento de quienes las utilizan y pueden seguir las utilizando en la comisión de nuevos delitos. Este carácter preventivo-especial se ve claramente en el ap. 3 del art. 129, donde se dispone que "*Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma*".

Con posterioridad, el hito más relevante lo constituye la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre, de modificación del Código Penal. Además de reformar, en lo que ahora interesa, el comiso de los efectos e instrumentos del delito (art. 127) y las citadas consecuencias accesorias del art. 129, añadió un ap. 2 al art. 31 y otro ap. 2 al art. 369, en sede de delitos de tráfico de drogas. Por el primero -y sin perjuicio de las observaciones que luego se harán- en los supuestos del ap. 1 del mismo artículo (actuación en nombre de otro en delitos especiales) se hace a la persona jurídica responsable directa y solidaria del pago de la multa impuesta a la persona física condenada que actuó en nombre o por cuenta de aquélla. En cuanto al art. 369.2, se prevé la imposición preceptiva de multa a organizaciones o asociaciones -directamente y de forma autónoma respecto de las personas físicas, a diferencia del supuesto del art. 31.2-, así como del comiso, y, facultativamente, de otras medidas que suponen la pérdida de derechos (p. ej., a obtener subvenciones o incentivos fiscales).

Hasta la fecha, no se tiene constancia de que la Unión Europea haya dirigido al Estado español interpelación u otra actuación que ponga de manifiesto que la regulación que ha quedado reseñada no satisface las exigencias del Derecho Comunitario vigente.

2.- Fundamentación dogmática de la imputación subjetiva de personas jurídicas

El fundamento dogmático de la imputación subjetiva de las personas jurídicas no ha de verse como mero ejercicio de discusión académica, en la que vienen vertiendo ríos de tinta la literatura jurídica europea, incluida la española con importantes aportaciones. La conclusión que se obtenga resultará trascendental para la configuración del conjunto del sistema penal.

La propia exposición de motivos se refiere a esta importante cuestión en los siguientes términos: *“La responsabilidad de las personas jurídicas se concibe como propia aunque nacida de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que las gobiernen o por quienes, estando sometidos a la autoridad de esas personas físicas realicen los hechos por que así se les indique o por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, prescindiendo de la específica concreción y medida de la responsabilidad penal de los subordinados, que no atañe a la de la persona jurídica. La fuerza del factor humano en la configuración de la imputación del hecho a la persona jurídica permite, además, vencer adecuadamente la objeción referente a su llamada incapacidad de culpabilidad o de conducta dolosa o imprudente, pues esas dimensiones personales y subjetivas continúan residenciadas en la persona física”.*

Más adelante, la exposición de motivos continúa aseverando que *“Una objeción central a la posibilidad de acoger la responsabilidad penal de las personas jurídicas se apoyaba ciertamente en la incapacidad de éstas para soportar unas reacciones jurídicas, como son las penas, que se concibieron para personas físicas. Esa imposibilidad estaría fuera de duda si se pretendiera extender sin matiz alguno un sistema punitivo así caracterizado; mas eso no sucede cuando, como se ha expuesto, el eventual delito es obra de sujetos concretos que arrastran consigo la responsabilidad de la persona jurídica bajo cuya forma y en cuyo interés y provecho actúan. Las sanciones penales que entonces se contemplan para esas personas jurídicas, parten de esa realidad y obedecen a comprensibles criterios de prevención frente al abuso de la personalidad separada, que no puede servir de cortafuegos de la responsabilidad patrimonial, ni tampoco puede dejar a la persona jurídica en la ajenidad respecto de los actos delictivos ejecutados en su interés -por decisión o por tolerancia de los que tengan poder para controlar las decisiones- de modo que no hayan de afectar en nada a su propia capacidad de continuar en el mercado indemne y con plenitud de derechos. Es desde esa óptica como*

han de comprenderse las diferentes sanciones que con el nombre de penas se contemplan.”

Es decir, se maneja un concepto de culpabilidad que no se basa en un reproche ético, sino en un reproche social sustentado en categorías sociales y jurídicas, que fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica en la *culpabilidad* de la organización por la conducta de los sujetos que la componen. La referencia que en la exposición de motivos se hace a los *"criterios de prevención"* da pie a afirmar que este concepto de culpabilidad se fundamenta en una concepción de la prevención general positiva en la que la culpabilidad individual y la culpabilidad empresarial aparecen como funcionalmente equivalentes: así, lo mismo que sucede con las personas físicas, las personas jurídicas disfrutan de una libertad de organización con el correlativo deber de no generar riesgos superiores a los permitidos.

Ahora bien, se ha objetado algo obvio a este *"modelo simple de imputación"*, como es que la imputación de una acción ajena no es una acción propia de la persona colectiva y la imputación de la culpabilidad ajena tampoco es culpabilidad propia de la persona colectiva; con otras palabras, la culpabilidad de la persona jurídica, al igual que sucede ya con su acción, sigue siendo también una ficción, ya que la organización defectuosa que fundamentaría su imputación no es creación de la propia persona colectiva, sino de quienes la dirigen o gestionan. El defecto o la omisión de organización, de vigilancia o de control por parte de la persona jurídica, no es en realidad más que el defecto u omisión imputables a las personas físicas que han actuado como órganos de decisión, representación o administración de la persona jurídica y que por ello son las únicas que pueden ser culpables. Sin el hecho individual y propio no puede hablarse de *acción* personal, que es la base del hecho culpable, como tampoco de *culpabilidad*, que presupone siempre una decisión y una actuación propias.

En estas circunstancias, la imposición de genuinas penas a las personas jurídicas por *"actos propios"*, aunque, paradójicamente, de otros sujetos, supone la vulneración de los principios de culpabilidad y de responsabilidad personal, al desvincularse completamente de la acción antijurídica y culpable del propio sujeto. Los intentos de armonizar las categorías del delito, principalmente la acción, la tipicidad subjetiva y la culpabilidad, en aras a fundamentar la capacidad delictiva de las personas jurídicas y la legitimidad de imponerles penas, pueden acabar desnaturalizando el sentido y los fines de las penas al violentar el mismo concepto de delito y de la culpabilidad (cfr. art. 5 CP: *"No hay pena sin dolo o imprudencia"*).

La responsabilidad penal de las personas jurídicas -y de entidades sin personalidad- acaba convirtiéndose en responsabilidad objetiva en la medida en que viene impuesto por la propia naturaleza convencional de aquéllas, cuya responsabilidad siempre dependerá de la conducta de un ser humano. Se

produce en este punto una extensión de los criterios de imputación subjetiva del Derecho Administrativo sancionador al Derecho Penal, invirtiendo la tendencia que lleva paulatinamente a integrar en el derecho sancionador las garantías y los principios rectores del derecho penal. La admisión de la responsabilidad directa de personas jurídicas en el Derecho Administrativo sancionador, que parte, según la STC 246/1991, de 19 de diciembre, de una aplicación del principio subjetivo de culpa de forma distinta a como se hace respecto a la personas físicas, erigiendo una construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica que nace de la propia ficción jurídica a la que responden estos sujetos, no implica la extensión de ese artificio a un Código Penal construido sobre la realidad de la persona física.

Evidentemente, un Derecho Penal que dé cabida a la responsabilidad objetiva y colectiva, con preterición de los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas, que constituyen fundamento y límite de las penas, supone una modificación de tal envergadura del Derecho Penal español actual, pensado para conductas, situaciones o estados eminentemente humanos y fundado en categorías dogmáticas consolidadas acerca de la acción y la culpabilidad incompatibles con la persona jurídica, y con una determinada concepción de las funciones y esencia de la pena, que merecería, en primer lugar, una profunda reflexión sobre el modo de insertarlo correctamente dentro del conjunto del sistema jurídico (constitucional, civil, mercantil, sancionador - penal y administrativo- y procesal), para, en segundo lugar, articularlo de forma independiente con todas las particularidades derivadas de esta nueva clase de responsabilidad, pues la extensión de la Parte General del Código Penal a las personas jurídicas o no será posible, o precisará la introducción de importantes especialidades. Por otra parte, de mayor importancia es que estas particularidades, en principio pensadas para personas jurídicas, se insertan en un Código Penal con pretensión de armonía sistemática y de conceptos, basado históricamente en la responsabilidad penal individual (principio *societas delinquere non potest*), lo que puede dar lugar a confusión en cuanto a su alcance, dando pie a interpretaciones que acaben deformando y desnaturalizando los principios e instituciones jurídico-penales que son de aplicación al derecho penal de personas físicas.

En conclusión: el Consejo considera que el virtual efecto contaminante de estos cuerpos extraños, en cuanto puede desembocar en un retroceso de las garantías del Derecho Penal, hace aconsejable que toda esta materia, en gran parte novedosa, polémica doctrinalmente, no asentada en las legislaciones de nuestro entorno y necesitada de un tratamiento integral acerca de todas las materias a las que ha dedicado su atención la dogmática penal (p. ej., en materia de formas imperfectas de ejecución, autoría y participación, etc.), se plasme, de considerarse preciso, en una ley especial independiente del Código Penal, como sucede en Alemania e Italia, que recoja lo que se ha dado en llamar "Derecho Penal accesorio de personas jurídicas" -como sucede, *mutatis*

***mutandis*, con el Derecho Penal de menores-, sin que sea necesario revisar a fondo las categorías dogmáticas de acción y culpabilidad ni reformular la teoría de la pena; bastaría con que la relación de la persona jurídica con el hecho delictivo legitime la pena en virtud de categorías particulares aplicables a la persona jurídica.**

3.- Contenido de la reforma del Código Penal en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas

3.1.- Supresión del apartado 2 del art. 31

El vigente apdo. 2 del art. 31 es producto de la modificación operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. En este apartado se establece la responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica en el pago de la multa impuesta a la persona que haya actuado en nombre o por cuenta de aquélla. Como ya apuntó este Consejo en su Informe de 26 de marzo de 2003, relativo al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal, preparatorio de la LO 15/2003, *“de la manera en que se redacta el artículo 31 más parece privarse a la pena de multa de su carácter personal en cuanto a la persona que debe realizar el pago, que establecer propiamente la responsabilidad de la persona jurídica. Por ello, en realidad en el Anteproyecto no se establece la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues en ese caso la sanción debía serle impuesta de forma directa, sino sólo la consecuencia de que los bienes de la persona jurídica quedan afectados al pago de la multa”*.

Esta responsabilidad solidaria significa que la pena es única -la impuesta a la persona física-, si bien el Estado, en virtud de ese vínculo de solidaridad, puede dirigirse para el cobro de la multa tanto al condenado como a la persona jurídica -en ningún caso autora del delito-, lo que ha llevado a la doctrina dominante a afirmar que *“no es más que una modalidad de responsabilidad civil ex delicto o el aseguramiento de una deuda de Derecho público”*, que por tener distinto fundamento que la pena (responsabilidad por el hecho y culpabilidad) puede exigirse solidaria o subsidiariamente a una persona o entidad que no haya cometido el delito. Esta situación pugna con el principio de personalidad de las penas, pues la misma podría no ejecutarse en la persona del penado, recibiendo un tratamiento más semejante al de la responsabilidad civil que al de la pena.

Con independencia de los defectos apuntados que aconsejan la supresión de este apartado, la exposición de motivos la justifica por la introducción de un nuevo sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas *“cuya primera condición es no reducir la responsabilidad de la persona jurídica al papel de simple pagadora de la multa impuesta a los administradores, respuesta llena de dificultades procesales que venía dando el párrafo segundo del artículo 31, que por eso se suprime”*.

Finalmente, no ha de pasarse por alto que de espaldas al sistema del Código Penal, en la actualidad cabe la posibilidad de imposición directa de penas de multa a organizaciones y asociaciones en delitos de tráfico de drogas conforme al 369.2.

3.2.- Nuevo régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas

El análisis del Anteproyecto arranca de la separación entre Parte General y Parte Especial del Código Penal: en la primera, se abordan determinadas materias en lo que tienen de especial referido a personas jurídicas, como la nueva teoría de la acción, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, el régimen de penas, la extinción de la responsabilidad criminal y la responsabilidad civil *ex delicto*; mientras que en la Parte Especial se relacionan los distintos delitos para los que se prevé esta responsabilidad penal.

3.2.1.- Parte General

3.2.1.1. Acción

La reforma añade un nuevo art. 31 bis que prevé con carácter genérico la responsabilidad penal de las personas jurídicas, enmarcada en coordenadas propias de la teoría de la acción con los siguientes elementos:

a) Elementos subjetivos

Como precisión conceptual previa se señala que la referencia a lo *subjetivo*, responde en este contexto al elemento de determinación del sujeto en términos penales y no, por tanto, a los elementos subjetivos del tipo, referidos a lo interno (dolo y culpa), según es mayoritario en la doctrina penal.

a') La condición de persona jurídica de la entidad. El ap. 5 se refiere a "*asociaciones, fundaciones y sociedades*", lo que excluye, en principio, a las entidades colectivas sin personalidad jurídica (p. e., sociedades irregulares), con independencia de que se les pueda reconocer en determinadas circunstancias la facultad de actuar en el tráfico jurídico.

A pesar de que la parte expositiva del texto informado declara que se ha excluido del sistema de responsabilidad penal "*al Estado, a las administraciones públicas territoriales e institucionales, a los partidos políticos y a los sindicatos*", la enumeración de clases de personas jurídicas del citado ap. 5 no excluye de forma expresa a las personas jurídicas de derecho público que revistan la forma, p. ej., de fundación o sociedad, contrariamente a como se hace en las normas comunitarias respecto a los Estados u otros organismos públicos en el ejercicio de la autoridad estatal, de su potestad pública o de sus prerrogativas estatales o como poderes públicos -dependiendo de la Decisión

Marco-, y a las organizaciones internacionales públicas (cfr. arts. 1 DM 2000/383/JAI; 4.4 DM 2002/629/JAI; 1 DM 2003/568/JAI; 1.d) DM 2004/68/JAI; 1.3 DM 2004/757/JAI; 1.c) DM 2005/222/JAI).

b') La imputación subjetiva -entendida como determinación del sujeto de imputación- parte en todo caso de la actuación de una persona física por cuenta o provecho de la persona jurídica (heterorresponsabilidad), debiendo manifestarse esa actuación en alguno de los siguientes supuestos (ap. 1):

- Cuando la conducta delictiva se lleve a cabo por personas físicas que tengan en la persona jurídica *"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"* (ap. 1, párr. 1º).

- Cuando concurren, por una parte, un comportamiento ilícito activo, en el ejercicio de actividades sociales, por quienes están sometidos a la autoridad de las personas físicas con poder de dirección; y, por otro lado, la omisión del deber de control por parte de los responsables de la persona jurídica, que haya permitido la realización de los hechos (ap. 1, párr. 2º).

Como puede observarse, el fundamento de la imputación (*"hecho de conexión"*) es distinto en uno u otro supuesto. En el primero, la responsabilidad penal de la persona jurídica es objetiva y deriva directamente de la responsabilidad penal de las personas físicas que actúan en su nombre en puestos de dirección (*"actuación en lugar de otro"*).

En cambio, en el segundo supuesto, cuando la persona física no ostenta cargo directivo o de representación, la responsabilidad de la persona jurídica sigue siendo objetiva, pues no depende de una imposible conducta propia, y está conectada con la conducta de una persona física (el subordinado o mero empleado), pero se añade un elemento que no concurre en el supuesto anterior, como es la omisión -dolosa o culposa, culpa *in vigilando*- del deber de control que recae en la persona física que ocupa la posición de garante, por ser a quien corresponde el correlativo deber de cuidado. Siendo así, la imputación subjetiva no recae, en puridad, sobre la persona jurídica, sino sobre las personas físicas a las que corresponde el control de la actividad en cuyo marco se produjo el acto ilícito.

Ambos supuestos coinciden en que la responsabilidad penal de la persona jurídica viene determinada *ex lege*, ya directamente como consecuencia de la conducta del directivo, ya indirectamente pasando por la omisión del mismo. Enlazando con lo ya expuesto con anterioridad al tratar el fundamento de la imputación subjetiva de personas jurídicas, este régimen de responsabilidad penal objetiva es objetable desde el punto de vista constitucional en cuanto quiebra el principio penal de culpabilidad.

Por otra parte, la reforma prescinde de la actual correlación existente entre los dos apartados del art. 31 -correlación al menos formal, en cuanto el ap. 2 se refiere a los supuestos del apartado anterior-, lo que determina que el nuevo art. 31 (actual art. 31.1) no sea siempre de aplicación en los casos en que proceda el proyectado art. 31 bis.1. El ámbito del vigente art. 31.1 -“*El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro (...)*”- se extiende, en principio, a delitos especiales propios como consecuencia del problema de tipicidad que supone que no coincida el sujeto activo del delito (*intraneus*, la persona física o jurídica) y el sujeto activo de la acción (*extraneus*, la persona física), al no concurrir en éste “*las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre*” (art. 31.1; p. ej., el delito fiscal en el marco de una sociedad). Por el contrario, en la responsabilidad penal de personas jurídicas, además de excluirse la actuación en nombre de otro cuando el sujeto tenga la condición de persona física -lo que es posible según el art. 31.1-, no tiene porqué producirse esa disociación entre sujeto activo de la acción -siempre una persona física ante la ficción de la persona jurídica- y sujeto activo del delito, pues basta con que el primero actúe “*por cuenta o en provecho*” de la persona jurídica -colocada así en posición de garante-, desvinculándose del art. 31 y con independencia, por tanto, de que sea la persona jurídica quien cumpla o no los elementos del tipo -p. ej., estaría comprendida en el ámbito de aplicación del art. 31 bis y no en el del art. 31.1, aquel supuesto de delito de tenencia ilícita de armas en el que éstas sean detentadas por una persona física que actúe por cuenta de una asociación o sociedad-.

c') Se admite la compatibilidad de las responsabilidades penales de la persona jurídica y la persona física (art. 31 bis.3), en sintonía con las disposiciones del Derecho comunitario que entienden la responsabilidad de las personas jurídicas sin perjuicio de las acciones o actuaciones penales contra las personas físicas implicadas en los hechos (vid. arts. 9.3 DM 2000/383/JAI; 7.3 DM 2002/475/JAI; 4.3 DM 2002/629/JAI; 2.3 DM 2002/946/JAI; 5.3 DM 2003/568/JAI; 6.3 DM 2004/68/JAI; 6.3 DM 2004/757/JAI; 8.3 DM 2005/222/JAI; 5.3 DM 2005/667/JAI).

Ahora bien, podrán darse supuestos, en principio anómalos, en los que solamente sea exigible responsabilidad penal a una persona jurídica pero a ninguna persona física: partiendo de que el art. 31 sólo atribuye responsabilidad penal a quien “*actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro*”, si el hecho delictivo se cometiera por un mero empleado -sometido a la autoridad de las personas físicas con poder de dirección en la persona jurídica (art. 31 bis.1, párr. 2º)-, este sujeto no sería responsable en los delitos especiales propios por no hallarse comprendido en el art. 31, y tampoco lo serían los directivos a quienes correspondiera ejercer sobre aquéllos el debido control cuando la conducta ilícita se hubiera producido a pesar de su

comportamiento diligente. Por otra parte, situaciones semejantes podrán darse si concurren eximentes o causas exclusión de responsabilidad penal en las personas físicas.

b) Elemento objetivo

La responsabilidad penal de personas jurídicas ha de estar expresamente recogida en infracciones penales de la Parte Especial (art. 31 bis.1), de modo semejante a la técnica empleada con los tipos culposos, por lo que habrá que estar a las concretas figuras delictivas que prevean la extensión de esta responsabilidad penal a las personas jurídicas. Estas infracciones penales, además, habrán de revestir la forma de delito, no sólo por no contemplarse esta extensión de responsabilidad penal a faltas concretas, sino también por referirse expresamente el art. 31 bis a "delitos". La parte expositiva se refiere en este punto al *"sistema de incriminación específica"*, en el que la selección de delitos obedece al *"estricto cumplimiento a nuestros compromisos europeos en esta materia y que ha recaído sobre delitos de indudable trascendencia en los que es fácilmente imaginable la presencia de una persona jurídica en su dinámica comisiva"*. Esta afirmación no puede ser compartida, pues hay conductas delictivas previstas en las Decisiones Marco que no se contemplan en la reforma (p. ej., falsificación de moneda o corrupción en el sector privado, entre otros), mientras que se da el fenómeno inverso al establecerse esta responsabilidad en otros delitos ajenos a las disposiciones comunitarias (p. ej.: delitos relativos a la manipulación genética, delitos societarios, contra la ordenación del territorio o de tenencia ilícita de armas, entre otros), por lo que se desconoce el criterio adoptado para la selección.

3.2.1.2. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

Partiendo de la necesidad de que las penas que se impongan a las personas jurídicas han de ser proporcionadas, al menos, a la "culpabilidad" del autor, así como de la imposibilidad de una extensión en bloque de las circunstancias modificativas del CP, pensadas para situaciones humanas, el Anteproyecto selecciona una serie de circunstancias compatibles con la condición de las personas jurídicas y que a su vez no sean inherentes a la condición de ser humano. Las causas de atenuación, según la EM, *«giran en esencia sobre la valoración positiva de la reparación del daño y de la adopción de medidas eficaces para prevenir los que en el futuro pudieran causarse desde ellas»*, es decir, se contemplan circunstancias que aminoran la pena por un comportamiento posterior al hecho, sin influir en su antijuridicidad ni en la imputación personal.

Según el apdo. 4 del art. 31 bis *"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 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, normas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.*

No basta, pues, con establecer normas, sino que han de ser "eficaces". Puede encontrarse un precedente de esta circunstancia en los programas de cumplimiento corporativo del derecho norteamericano, que suavizan e incluso excluyen la responsabilidad penal de las empresas.

Como puede observarse, todas estas conductas premian, por un lado, la cooperación procesal en la averiguación del hecho delictivo [letras a) y b)], el resarcimiento de la víctima [letra c)] y, finalmente, la prevención de hechos futuros [letra d)].

Por lo que se refiere a las circunstancias de agravación, no hay referencia alguna en el articulado, a pesar de que en la exposición de motivos se afirma que *“la agravación, lógicamente, se produce cuando las conductas delictivas se repiten”*. Tal como están reguladas las causas de atenuación en el art. 31 bis.4, redactado con un tenor que transmite la idea de exclusividad (*“serán circunstancias atenuantes...”*) y que reproduce en parte las circunstancias del art. 21, debe entenderse que se crea un régimen específico para las personas jurídicas como excepción al régimen general. Y por la misma razón debe entenderse que, ante el silencio a este respecto, las agravantes no son de aplicación a las personas jurídicas. Es posible que la supresión de la reincidencia sea debida a la dificultad de aplicación, pues la identidad subjetiva que exige la aplicación de esta agravante puede verse burlada con la extinción o mutaciones sustanciales de la persona jurídica, debiendo acudir para evitar el fraude a complejas operaciones para el *levantamiento del velo* de nuevas personas jurídicas.

En otro orden de cosas, ha de resaltarse que la aplicación de las atenuantes sólo se produce cuando el comportamiento atenuador es realizado a través de sus representantes legales, lo que interpretado en su literalidad significa que tales circunstancias no tendrán efecto atenuador cuando procedan de sujetos que no ostenten la representación legal de la persona jurídica, pues

la atenuación de su responsabilidad requiere un nexo entre el hecho constitutivo de la atenuante y el órgano representativo de la persona jurídica.

El ap. 3 del art. 31 bis prevé un régimen de incomunicabilidad a la persona jurídica de las circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad penal que concurran en la persona física: *“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 que se dispone en el apartado siguiente”*, relativo a las circunstancias atenuantes aplicables a personas jurídicas.

En relación con las circunstancias eximentes, esta norma no tiene presente que la responsabilidad penal de las personas jurídicas está en íntima relación con la conducta ilícita de la persona física, por lo que trasladar, sin matices, la incomunicabilidad de circunstancias entre personas físicas, que ontológicamente actúan de modo independiente, a las personas jurídicas, lleva a resultados absurdos desde el punto de vista jurídico ante la hipótesis de que la conducta de la persona física esté amparada por una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad (como un error de prohibición invencible) y ello en cambio no afecte en nada a la responsabilidad penal de la persona jurídica, lo que acentúa el carácter objetivo de la imputación y, lo que es peor, pone en riesgo de quiebra a la unidad del orden jurídico, ya que si la persona física actuó en estado de necesidad, también la persona jurídica, sin ser razonable que no haya justificación que afecte todo el orden jurídico (esto es, al derecho civil, laboral, administrativo) y que, por tanto, se mantenga, por ejemplo, la responsabilidad civil. Además, debería preverse la posibilidad de introducir causas de exclusión de la responsabilidad específicas para las personas jurídicas; por ejemplo, reconociendo la virtualidad excluyente de la previa adopción de normas eficaces de prevención de delitos, ya que al contemplarse como mera atenuante, nada impide que dependiendo de su intensidad pueda tener efectos eximentes.

3. 2.1.3. Régimen de penas

a) Clases de penas

En la reforma del art. 33 se añade un nuevo apartado, el 7, relativo a las penas aplicables a las personas jurídicas, pasando del actual sistema de *consecuencias accesorias* del art. 129, al de imposición de auténticas penas. Lo primero que destaca es que todas las penas tienen la consideración de penas graves, en lo que insiste la letra j) del apdo. 3 del mismo artículo, relativo a la multa proporcional, que se considerará pena menos grave cualquiera que sea su cuantía *“salvo lo dispuesto en el apartado 7 de este artículo”*. Esta graduación uniforme de las penas a imponer a las personas jurídicas tendrá

trascendencia relevante a efectos de plazos de prescripción y de rehabilitación, en su caso. Así mismo, esta consideración de las penas como graves puede proyectarse en el ámbito de las medidas de investigación con injerencia en derechos fundamentales que por razones de proporcionalidad requieren delitos graves, con el peligro de que este requisito se entienda cumplido en cualquier caso en que aparezca la posibilidad de responsabilidad penal de una persona jurídica.

El catálogo de penas para las personas jurídicas es el siguiente:

- *Multa por cuotas o proporcional*

La exposición de motivos asigna a la pena multa una nueva función, “*como una de las más importantes sanciones previstas en los supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en los cuales las elevadas cuantías que pueden llegar a determinarse aconsejan acompañar los objetivos de la represión penal con los de preservación de la actividad empresarial y los correspondientes puestos de trabajo*”.

Ante la imposición de multas a personas jurídicas, se ha criticado que al ser la multa penal una sanción eminentemente personal, la extensión a la persona jurídica sólo se explica por la finalidad recaudatoria y por la comodidad que supone soslayar el procedimiento de realización forzosa de las participaciones empresariales de los autores personas físicas, asumiendo el riesgo de perjudicar a los socios no culpables.

- *Disolución de la persona jurídica* [actual consecuencia accesoria del art. 129.1 b)].

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.

Quizá el efecto consistente en la pérdida de capacidad de “*llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita*”, pueda ser tajante en exceso y propiciar la comisión del delito de quebrantamiento de condena en situaciones tales como la realización de operaciones de liquidación de la persona jurídica.

Al estar esta pena directamente vinculada a la personalidad jurídica, puede resultar inane y ver frustrada su finalidad dada la facilidad existente para la constitución de nuevas personas jurídicas con los mismos elementos, sin perjuicio de la pretensión de evitarlo a través del nuevo art. 130.2, sobre el que se volverá más adelante.

- *Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años* [actual consecuencia accesoria del art. 129.1 c)].

- *Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años [actual consecuencia accesoria del art. 129.1 a)].*

- *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 [actual consecuencia accesoria del art. 129.1 d)].

- *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.*

- *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 [actual consecuencia accesoria del art. 129.1 e)].*

En cuanto a la intervención judicial, su carácter dinámico, sensible a las mutaciones que sufra el estado de la persona jurídica a lo largo del tiempo, parece incompatible con la predeterminación del alcance concreto de la pena en el momento de la sentencia, donde simplemente se determinará su duración, que no podrá exceder de cinco años. Por otra parte, la naturaleza jurídica de la intervención judicial, más que de pena, es de medida cautelar o de medida ejecutiva instrumental para garantizar la continuidad de una explotación. Al incorporarse en el catálogo de penas, cumple una finalidad preventiva de evitación de riesgos futuros para los derechos de los trabajadores o de los acreedores de la persona jurídica; más aún, en la exposición de motivos se refiere que “*las elevadas cuantías (de las multas) que pueden llegar a determinarse aconsejan acompasar los objetivos de la represión penal con los de preservación de la actividad empresarial y los correspondientes puestos de trabajo*”, lo que significa que esta pena se entiende como complemento de la pena de multa, para el supuesto hipotético de que la ejecución de la multa en el caso concreto pueda colocar en una situación económica crítica a la persona jurídica condenada. Pero para hacer frente a este tipo de contingencias, en los procesos civiles y laborales pueden aplicarse medidas cautelares (intervención o la administración judiciales de bienes productivos, art. 727.2ª LEC) o ejecutivas (administración judicial, arts. 630 y ss. LEC), que se adaptan mejor que la pena a la situación económica de cada momento.

La intervención judicial también podrá imponerse como responsabilidad subsidiaria en caso de impago de la multa (art. 53.5).

Como puede verse, la reforma introduce la pena de multa y transforma en penas la totalidad de las consecuencias accesorias previstas en el vigente

art. 129, que en la actualidad pueden recaer tanto sobre personas físicas, en cuanto hayan actuado a través de empresas o empleando locales o establecimientos, como sobre personas jurídicas, bien actuando como empresas, bien con carácter general sin tener necesariamente carácter mercantil (en cuanto sociedades, asociaciones o fundaciones).

También ha de destacarse que este catálogo de sanciones coincide en términos generales con el de las disposiciones del Derecho Comunitario, en las que, además de la multa (penal o administrativa), a imponer con carácter preceptivo, se añaden otras sanciones que pueden ser incorporadas al derecho interno con carácter facultativo y cuya naturaleza, penal o no, no viene determinada por el Derecho Comunitario.

Estas posibles sanciones, algunas de las cuales sólo previstas en alguna Decisión Marco, son las siguientes: exclusión del disfrute de ventajas de carácter fiscal o de otro tipo, o de ayudas públicas; inhabilitación temporal o permanente para desempeñar actividades comerciales; vigilancia judicial; medidas judiciales de liquidación; medida judicial de disolución; cierre temporal o definitivo de los establecimientos utilizados en la comisión de la infracción; decomiso y, por último, obligación de adoptar medidas específicas para eliminar las consecuencias de la infracción que ha originado la responsabilidad.

Sin embargo, hay una diferencia fundamental con la reforma proyectada, que consiste en que las normas comunitarias distinguen entre la responsabilidad que es consecuencia de la actividad del quien ostenta un cargo de dirección en la persona jurídica, y la que deriva de la conducta de sus empleados: en el primer supuesto, los Estados miembros habrán de ajustar las sanciones al catálogo expuesto, mientras que en el segundo supuesto, aquéllos gozan de un margen mayor de maniobra ante la referencia genérica al castigo con "*sanciones o medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias*" (vid. arts. 9 DM 2000/383/JAI; 3 DM 2002/946/JAI; 6 DM 2003/568/JAI; 7 DM 2004/68/JAI; 7 DM 2004/757/JAI; 9 DM 2005/222/JAI; 6 DM 2005/667/JAI), excepción hecha de las disposiciones que prevén sanciones por igual a la persona jurídica, sin diferenciar si la conducta ha sido realizada por cargos directivos o personas subordinadas (art. 8 DM 2002/475/JAI y 5 DM 2002/629/JAI).

Por último, todas estas penas, salvo la de multa, podrán ser impuestas en virtud de la reforma a las entidades sin personalidad jurídica como consecuencias accesorias, por la remisión del nuevo art. 129 al art. 33.7.

b) Aplicación de penas

Sobre este punto se afirma en la exposición de motivos lo siguiente: "*Al introducirse la posibilidad de declarar en algunos casos la responsabilidad penal de las personas jurídicas forzoso era contemplar el régimen de las reglas*

sobre determinación y medición de las penas en lo que hayas (sic) pudiera afectar, desde la comprensible convicción de que las tradicionales circunstancias de atenuación o agravación no pueden desligarse de la actuación de personas físicas concretas. La técnica de medición de las personas jurídicas ha de aceptar la hipótesis de concurrencia de factores diversos en la toma de sus decisiones, que hayan de merecer la adecuada valoración por parte de los Tribunales, en orden a la graduación de la sanción. Pero el muy diferente sentido que para ellas tendrían esas posibles circunstancias modificativas de la responsabilidad, aconsejaba la conveniencia de conferir a los Tribunales el suficiente arbitrio para aplicar las penas, tomando las reglas generales solamente como orientación en lo que para ello puedan servir”.

Se opta, pues, por conceder un amplio arbitrio a los Tribunales a la hora de graduar la pena a imponer a la persona jurídica, teniendo en cuenta la necesidad de ponderar los factores complejos que pueden intervenir en su funcionamiento. Por este motivo, se añade un tercer apartado al art. 66, según el cual *“En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas, procederán los Jueces o Tribunales según su prudente arbitrio procurando observar, en la medida de lo posible, las reglas establecidas en este Capítulo”.* Esto significa que las circunstancias modificativas específicas para personas jurídicas del art. 31 bis.4, ven mermado su potencial atenuador al no producir necesariamente, sino *“en la medida de lo posible”*, el efecto que les es propio en el momento de concretar la pena, pasando a ser un elemento más a considerar por el Tribunal, de modo semejante al papel que otorga a *“la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias personales del delincuente y sus antecedentes penales”* la regla 6ª del art. 66.1 -también objeto de reforma-, cuando no concurren circunstancias atenuantes o agravantes, o concurren unas y otras.

Las reglas especiales para la aplicación de penas que contiene la reforma van referidas a la pena de multa:

1ª Proporcionalidad de la pena

Según el art. 31 bis.2, *“cuando por los mismos hechos se impusiere a la persona física y a la persona jurídica la pena de multa, los tribunales modularán las respectivas cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos”.*

Parece que con esto se pretende evitar, más que la desproporción entre la pena y la gravedad del hecho, la posibilidad de incurrir en el *bis in idem*. Siendo la pena individual y personal, su proporcionalidad no se pondera en función de las penas que se impongan a otros sujetos, como sucede en los supuestos de coautoría o de coparticipación, sino en sí misma considerada. Así, es evidente que a la hora de individualizar las penas de multa a imponer a cada uno de los acusados, no se tiene en cuenta si la suma de todas ellas da

un resultado desproporcionado. Por el contrario, cuando se corre el riesgo de castigar por dos -o más- veces una misma conducta, cobra sentido considerar si el conjunto de la pena es o no proporcionada a la gravedad de una acción que, en el caso de las personas jurídicas, se percibe de forma unitaria por la estrecha relación que hay entre los partícipes (persona jurídica y persona física que pertenezca a sus órganos de dirección). Realmente, lo que subyace en esta previsión legal es si la doble punición -de la persona física y de la persona jurídica- no infringe el principio *non bis in idem* cuando la persona física sea a la vez titular único o cotitular de la persona jurídica, pues al condenarse a ésta, se estaría condenando a la persona física, directa e indirectamente a través de la pena de la persona jurídica, dos veces por el mismo hecho.

2ª Multa proporcional

En relación a la multa proporcional, se añade un ap. 4 al art. 52 en referencia a las personas jurídicas: *“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 (el daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo) y también la capacidad económica de la entidad”*, siendo esto último reiterativo pues el apdo. 2 del mismo artículo ya ordena que para determinar la cuantía de la pena se considerarán no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes, *“sino principalmente la situación económica del culpable”*.

3ª Posibilidad de fraccionamiento del pago

El ap. 5 que se añade al art. 53 permite el fraccionamiento del pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, siempre y 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”*. La posibilidad de pago fraccionado de la multa está ya previsto en el art. 50.6, que no lo condiciona a que se produzca alguna de las situaciones que se han subrayado.

c) Efectos de las penas

a') Ejecución de las penas

- Intervención subsidiaria en caso de impago de multa

El ap. 5 del art. 53 prevé que para el caso de no ser satisfecha la multa en el plazo señalado, el Tribunal pueda acordar la intervención de la persona jurídica hasta el pago total de la multa. La intervención judicial -que es una pena según el art. 33.7, b)- puede imponerse en caso de impago al no ser

posible, por tratarse de personas jurídicas, la responsabilidad personal subsidiaria del mismo art. 53.

Este régimen plantea una serie incógnitas al ponerlo en relación con el art. 53.1: en primer lugar, si basta el impago para que se produzca la intervención, sin esperar a que la multa pueda ser satisfecha por vía de apremio; y en segundo término, cuáles serían las consecuencias derivadas del impago por vía de apremio, pues la insolvencia presumiblemente haría inútil una intervención "*hasta el pago total de la multa*". Es posible que estos problemas se entiendan resueltos al conceder al Tribunal la facultad de acordar la intervención judicial.

Finalmente, la efectividad de esta responsabilidad subsidiaria no debería condicionarse a la insatisfacción de la multa en el plazo prefijado, que puede alcanzar los cinco años, sino al impago de un número de cuotas significativo cuya determinación concreta se dejaría al arbitrio judicial.

- Quebrantamiento de condena

En relación directa con el cumplimiento de las penas se encuentra su eventual quebrantamiento y las consecuencias derivadas del mismo. La reforma no adapta el tipo de quebrantamiento de condena a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que de producirse quedaría impune debido a que no está expresamente tipificada tal posibilidad en la parte especial (arts. 468 y ss.) y no ser posible extender esta responsabilidad a la persona física debido a que no puede quebrantar una pena que no le ha sido impuesta, siendo evidente que tampoco se está ante la acción de favorecer la evasión de otro sujeto tipificada en el art. 470.

b') Inscripción de la condena en el Registro Central de Penados y Rebeldes

En principio, no ha de descartarse la inscripción de las penas en el Registro, con independencia de que no se haya incluido la reincidencia como agravante y los problemas apuntados en relación con el delito de quebrantamiento de condena. Por el contrario, la inscripción puede ser eficaz a otros efectos, p. e., para determinar si la persona jurídica ha sido disuelta por sentencia firme o si ha sido condenada a la pérdida de algún derecho.

La inscripción de las condenas requerirá la adaptación del Registro a fin de que contenga los datos específicos para la identificación de personas jurídicas, así como aquellos otros que sean precisos para evitar, en la medida de lo posible, actuaciones fraudulentas bajo la apariencia legal de otras personas jurídicas.

c') Extensión de los efectos de la pena a la persona jurídica aunque pueda ser la perjudicada, o a quienes la integran.

Ya en el debate parlamentario previo a la aprobación de la LO 15/2003, se puso de manifiesto, al paso de la discusión del que llegó a ser el nuevo apdo. 2 del art. 31, que se produciría una situación injusta en las grandes sociedades para los pequeños accionistas que deban soportar, además de la responsabilidad civil subsidiaria, las nuevas multas a las que se hace responsable solidaria a la persona jurídica, a pesar de no haber tenido control de las decisiones delictivas.

También la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (primera parte), tras reconocer que *“la traslación de la sanción penal a la persona jurídica no es en definitiva sino una ficción”*, advierte que *“Difuminar la sanción económica sobre una pluralidad de personas (que puedan no tener la más mínima relación con los hechos, sobre todo en supuestos de grandes sociedades) como socios, accionistas o integrantes de la persona jurídica puede en ocasiones no ser una consecuencia equitativa”*.

La reforma incide en este problema, pues la responsabilidad penal de la persona jurídica agrava su situación de víctima en aquellos casos en los que el administrador obra en contra de los intereses de la empresa. El ejemplo que se pone es el de la persona jurídica que no sólo se ve perjudicada por la apropiación indebida de activos de la empresa cometida por un administrador, sino que además será responsable criminalmente del delito fiscal cometido si el valor de aquellos activos fue deducido indebidamente como gasto.

d') Extensión a terceros de los efectos de las penas

Aunque no se trate de un efecto posible que sea exclusivo del régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas (pues también puede darse en relación con la imposición de consecuencias accesorias a personas físicas o a entes sin personalidad), puede producirse la extensión de los efectos de las penas a terceras personas ajenas a la actividad delictiva. P. ej., la clausura del establecimiento o local en el que se haya desarrollado la actividad ilícita por el arrendatario, puede pertenecer a un tercero ajeno a la misma y que debido al cierre puede verse injustamente perjudicado; es la denominada *sanción del local* que la doctrina científica considera inaceptable.

3.2.1.4. Extinción de la responsabilidad criminal

La reforma añade al art. 130 (causas de extinción de la responsabilidad criminal) un apartado 2, donde se introduce un mecanismo para evitar el peligro de que la pena pueda resultar ineficaz y ser burlada *"por el fácil camino de la desaparición"* (exposición de motivos). En primer lugar, la fórmula consiste en declarar que *"La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal"*, contrariamente a lo que sucede con la muerte de la persona física, evitando la aplicación analógica del art. 130.1º; en segundo término, con este precepto se traslada la responsabilidad penal de la persona jurídica extinta *"a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o resulte de la escisión"*; y en tercer lugar, se prescribe que *"No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica"*, siguiendo el modelo del art. 40.5 de la Ley General Tributaria (*"Las sanciones que pudieran proceder por las infracciones cometidas por las sociedades y entidades a las que se refiere este artículo serán exigibles a los sucesores de las mismas, en los términos establecidos en los apartados anteriores, hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que les corresponda"*), lo cual deja abierta varias alternativas: bien que pueda extenderse el pago de la multa a los beneficiarios del reparto del patrimonio, haciéndoles partícipes del fraude, bien que deba declararse la nulidad de los actos de disposición fraudulentos y reintegrar el patrimonio de la persona jurídica extinta.

Como ya se ha observado en otros pasajes del presente Informe, la extensión de la pena a terceras personas pugnaría, de producirse *ex lege*, con el principio penal sustantivo de personalidad de las penas y con el principio acusatorio, al recaer la pena sobre una persona jurídica ajena a los hechos que no ha intervenido en el proceso en que la pena se impuso. Solamente en aquellos supuestos en que tras el *levantamiento del velo* de la persona jurídica se constate que la mutación sufrida por la misma es puramente formal y fraudulenta, sería posible adaptar la ejecución de la pena a la nueva situación jurídica aparente, lo que precisará, cuando menos, la apertura de un incidente para salvaguardar el derecho a ser oído de los posibles afectados.

Por otra parte, esta particularidad no supone un régimen especial para las personas jurídicas, por lo que, salvo contadas excepciones, serán de aplicación el resto de las causas de extinción de la responsabilidad criminal.

3.2.1.5. Responsabilidad civil derivada del delito

La modificación del art. 116 afecta, en el ap. 4, al régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas, al establecer, en primer lugar, que les es exigible responsabilidad civil derivada de los delitos de los que sean responsables en los términos del art. 110 (restitución, reparación del daño e indemnización de perjuicios materiales y morales); y en segundo lugar, que tal responsabilidad tiene *carácter solidario* en relación con las personas físicas condenadas por los mismos hechos, debiendo matizarse que las personas

físicas a las que se refiere han de ser únicamente aquellas que se encuentren respecto a la persona jurídica en uno de los supuestos del art. 31 bis, y no cualquier persona física que pueda haber sido condenada por los mismos hechos.

Consecuentemente, el régimen general de responsabilidad civil *subsidiaria* previsto en el art. 120 queda reservado a dos supuestos:

1º Aquel en que las personas físicas hayan actuado al margen de los supuestos previstos en el art. 31 bis; es decir, cuando aquéllas carezcan de “*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*”, es decir, cuando ocupen un lugar subordinado y, además, hayan podido realizar los hechos a pesar de haberse ejercido sobre ellos el debido control.

2º Aquellos otros que estando incluso comprendidos en los supuestos del art. 31 bis y ser potencialmente declarable la responsabilidad penal de la persona jurídica, tal atribución no esté expresamente prevista en la Parte Especial.

Por otra parte, el régimen de responsabilidad solidaria implica la posibilidad de repetir a favor de quien hubiera pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno (art. 116.2), partiendo de la existencia de cuotas proporcionales al respectivo grado de responsabilidad, lo cual planteará a los Tribunales, a cuyo arbitrio deja el art. 116.1 la fijación de las cuotas, una ardua tarea de determinación ante la dificultad de sopesar las respectivas y heterogéneas responsabilidades de la persona física y de la jurídica.

Al establecer una responsabilidad civil solidaria entre la persona física y la persona jurídica, condicionada a que la primera sea también *condenada* por los mismos hechos, tal solidaridad desaparece si, de modo inexplicable, la persona física ha de responder civilmente pero no ha sido condenada sino *absuelta* por la apreciación de una causa de exclusión de la culpabilidad, fundamentalmente (cfr. art. 118 CP). Esta posibilidad se evitaría si la expresión “*fueren condenadas*” se sustituyera por la de “*fueren responsables civiles*”.

Finalmente, se ha objetado a este régimen de solidaridad que la responsabilidad civil puede acabar exigiéndose a quien se supone que es el sujeto con mayor capacidad económica -la persona jurídica-, lo que repercutirá siempre -y no subsidiariamente- en su patrimonio e, indirectamente, en el de los integrantes que hayan sido ajenos a la actividad delictiva.

3.2.2.- Parte Especial

Como se ha indicado, por remisión del inciso primero del art. 31 bis.1 se concretan en el Libro II del CP los tipos penales en los que cabe la imputación de responsabilidad penal de personas jurídicas. El criterio de selección no se corresponde en realidad con las previsiones del Derecho Comunitario, incluyéndose ciertos delitos y dejándose fuera otros donde la presencia de sociedades es frecuente, como el delito de estafa, sin que a todo ello se encuentre explicación.

A la concreción de los delitos se une la del tipo de pena y su extensión, contrariamente a lo que sucede con las medidas del art. 129, que en aquellos delitos en que procede no se concreta la medida ni se determinaba su extensión.

En la mayoría de los delitos (arts. 162, 264, 288, 310 bis, 319.4, 325.2, 366, 430 y 445.2) se exigen como requisitos: 1º, la comisión de los hechos en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica, y 2º, la procedencia de la declaración de responsabilidad penal de acuerdo con el art. 31 bis. En otros delitos (arts. 294, 302.2 y 318), la referencia se limita a la conformidad con lo establecido en el art. 31 bis, empleándose otras fórmulas en los arts. 294, 297 bis, 424.3 y 569.

La relación de tipos penales es la que sigue:

- Delitos relativos a la manipulación genética [Tít. V]

El art. 162 se modifica en el sentido de sustituir la imposición potestativa de las consecuencias del vigente art. 129 *"cuando el culpable pertenezca a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades"*, por la imposición preceptiva a la persona jurídica de la pena de clausura temporal, de dos a cuatro años, de los locales y establecimientos.

- Daños en datos, programas o sistemas informáticos [Cap. IX (*De los daños*), del Tít. XIII (*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*)]

Al art. 264, dedicado íntegramente a los daños informáticos, se añade un ap. 4 que prevé la imposición a la persona jurídica de la pena de multa del tanto al duplo del perjuicio causado en los supuestos previstos en los ap. 1 y 2 (tipos básicos de daños en datos, programas o sistemas informáticos), y del tanto al décuplo en el supuesto del ap. 3 (circunstancias de agravación).

- Delitos contra las propiedades intelectual e industrial, el mercado y consumidores [pasa de Sec. 4ª a Sec. 5ª (*Disposiciones comunes a las*

secciones anteriores) del Cap. XI (*De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*) del Tít. XIII (*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*)]

La modificación del párrafo 2º del art. 288, que contiene una de las disposiciones comunes a estos delitos, sustituye la potestad de imponer las medidas del art. 129 por la imposición preceptiva a la persona jurídica de la pena de multa del tanto al triplo del volumen de la operación y, además, facultativamente, la pena de prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito por un tiempo de cinco a diez años.

Presentar como módulo para el cálculo de la multa el "volumen de la operación" presenta serios inconvenientes: en primer lugar, será de difícil aplicación cuando se trate de delitos como el de revelación de secretos de empresa (arts. 278 y 279) o de publicidad engañosa (art. 282); y en segundo lugar, prescindir del beneficio real o potencial en favor del "volumen de la operación" puede producir efectos desproporcionados si la conducta ilícita afecta a una parte de la operación [p. ej., facturación por cantidades superiores a las reales (art. 283)].

- Delitos societarios [Cap. XIII (*De los delitos societarios*) del Tít. XIII (*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*)]

Afecta a dos delitos:

a) Impedir la actuación de órganos inspectores.

La modificación del párrafo 2º del art. 294 sustituye las medidas del art. 129 por la imposición de la pena de multa de seis meses a dos años.

b) Sociedades "pantalla".

En este nuevo delito societario del art. 297 bis se castiga a la persona jurídica con las penas de disolución y de clausura definitiva de sus locales y establecimientos.

- Blanqueo de capitales [nueva rúbrica del Cap. XIV (*De la receptación y el blanqueo de capitales*) del Tít. XIII (*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*)]

La reforma del art. 302.2 se presenta en línea con anteriores del CP debidas a exigencias del Derecho Comunitario en esta materia: Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (derogada); Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva anterior (derogada); 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; Acción Común de 3 de diciembre de 1998, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito; Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito. A estas disposiciones que cita la exposición de motivos, han de añadirse la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de aplicación de la Directiva 2005/60/CE y, en el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio de 8 de noviembre de 1990, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, ratificado por España el 22 de julio de 1998.

Además de incorporar la reforma la expresa denominación "blanqueo de capitales" a la rúbrica del Capítulo XIV del Título XIII del Libro II, modifica el apdo. 2 del art. 302, que recoge la modalidad agravada por pertenencia a una organización delictiva, previendo la imposición a la organización, bien como pena en el caso de personas jurídicas, bien como medidas en el supuesto de entes sin personalidad, de *una* de las siguientes (penas o medidas):

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. Se emplea la expresión "pérdida de la posibilidad", como en el art. 302.2, b) en vigor, en lugar "inhabilitación", como en el nuevo art. 33.7, f).

Obsérvese que a pesar de que se haga referencia a "una" pena o medida, en ocasiones éstas son dos (disolución y clausura de los locales); además, en algunos casos las penas podrían ser compatibles [p. ej., la b) o c) con la d)], pero lo impide que sólo pueda optarse por una de las posibilidades del catálogo.

- Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social [Tít. XIV]

El nuevo art. 310 bis sanciona a las personas jurídicas las siguientes penas:

1º Inhabilitación para contratar obras, servicios y suministros con las Administraciones públicas por un tiempo de dos a cinco años.

2º 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.

Como en el art. 302.2 se emplea la fórmula "pérdida de la posibilidad", en lugar del término "inhabilitación" del art. 33.7, f).

- Delitos contra los derechos de los trabajadores [Tít. XV]

La reforma del art. 318 sustituye la imposición de las medidas previstas en el art. 129 por la imposición 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.

Si se tiene en cuenta que con el criterio establecido para el cálculo del importe de la multa *"se persigue (según la EM) 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"*, no se alcanza a comprender porqué la multa no se calcula sobre la base de la sanción administrativa pecuniaria "máxima", sino, por el contrario, sobre la sanción "mínima", lo que determina que al poder ser la pena del tanto al quíntuplo de la sanción administrativa pecuniaria mínima, el *quantum* de la pena puede ser inferior al de aquélla, contraviniendo el criterio razonable según el cual, ante sanciones de igual naturaleza, las correspondientes a infracciones penales han de ser de mayor gravedad que las aparejadas a infracciones gubernativas.

También podrá imponerse de modo facultativo la pena de intervención judicial por un período máximo de cinco años, en consideración a la gravedad, persistencia o cantidad de las infracciones cometidas, así como al número de trabajadores sometidos al riesgo generado por ellas.

Estas penas se aplican sin perjuicio de los recargos de prestaciones de Seguridad Social que en su caso pudiera acordar la autoridad administrativa competente, sin que tales recargos sean tenidos en cuenta para determinar el importe de la pena de multa. Esta consideración a los recargos por prestaciones de Seguridad Social, se justifica en la exposición de motivos porque *"atendiendo a importantes intereses recaudatorios, las penas se*

entienden ajenas a los recargos de prestaciones de seguridad social que pueda imponer la Administración”.

- Delitos sobre la ordenación del territorio [Cap. I (*De los delitos sobre la ordenación del territorio*) del Tít. XVI (*De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*)]

Se añade al art. 319 un cuarto apartado previendo la imposición a las personas jurídicas de la pena de prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito por un período de dos a cinco años.

- Delitos contra el medio ambiente [Cap. III (*De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*) del Tít. XVI (*De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*)]

La reforma afecta a dos artículos:

a) Al ap. 2 del art. 325 (tipo básico de delito contra los recursos naturales y el medio ambiente), sustituyendo su contenido actual -la tipificación de la liberación, emisión o introducción de radiaciones ionizantes u "otras sustancias", con resultado de muerte o lesiones graves-, por la imposición a la persona jurídica de las penas de multa del tanto al duplo del perjuicio causado y de prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito, por un período de dos a cinco años.

b) Al art. 327, en virtud del cual, en todos los casos revistos en los dos artículos anteriores (art. 325 -tipo básico- y 326 -tipos agravados-) se sustituye la facultad de imponer las medidas de las letras a) o e) del vigente art. 129 por la imposición a la persona jurídica de la pena de multa del tanto al duplo del perjuicio causado, lo que supone una reiteración parcial en lo que afecta al art. 325, como se acaba de ver.

- Delitos contra la salud pública [Cap. III del Tít. XVII (*De los delitos contra la seguridad colectiva*)]

a) Delitos contra la salud pública relacionados con sustancias nocivas, medicamentos, alimentos, aditivos y sustancias infecciosas.

Se modifica el art. 366 en el sentido de sustituir la posibilidad de acordar, al amparo del art. 129, la clausura del establecimiento, fábrica, laboratorio o local por tiempo de hasta cinco años y, en los supuestos de extrema gravedad, el cierre definitivo, por la imposición a las personas jurídicas de estas mismas medidas pero en concepto penas.

b) Delitos de tráfico de drogas

En relación con los delitos de tráfico de drogas el nuevo art. 369 bis, dedicado a la organización para la comisión de esta clase de delitos, prevé en su último párrafo que “*A la organización se le impondrá 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*”. Ha de entenderse que si la organización no es persona jurídica, le será de aplicación el art. 129.

Por otra parte, también se modifica el apartado 2 art. 369, precepto dedicado a las circunstancias de agravación de estos delitos. Conforme a la reforma, en los supuestos previstos en las circunstancias 2ª (que el culpable participe en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito) y 3ª (que los hechos sean realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos) del ap. 1, se impondrá a la organización o persona (habrá de entenderse *física*) la multa y comiso, y, potestativamente, la clausura de locales y establecimientos, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho de gozar de beneficios fiscales o de la Seguridad social.

Ahora bien, ante esta regulación han de formularse una serie de observaciones:

1ª Debe aclararse suficientemente si la referencia a las *organizaciones* en el art. 369.2 queda reservada a las *organizaciones* que carezcan de personalidad jurídica, dado el tenor del nuevo art. 369 bis que en su párrafo último se refiere a las penas de "personas jurídicas", y de la supresión en el 369.2 de la actual alusión a la "asociación". Puede que lo más razonable sea agrupar en un solo artículo las consecuencias que en los supuestos de organización delictiva se deriven, además de para las personas físicas que las integren, para la persona jurídica o el ente sin personalidad en que pueda constituirse la organización.

2ª En relación con la organización sin personalidad jurídica, téngase en cuenta que la multa del art. 369.2 no se encuentra comprendida en la remisión que el art. 129 -en los términos en que se reforma- hace a las penas del art. 33.7, ya que la multa no es una de las "privaciones o restricciones de derechos" a los que se refiere el art. 129, por lo que se produce en este punto una antinomia ente la previsión general del art. 129 y la específica del art. 369.2, que debería ser subsanada.

3ª Respecto a las personas físicas, en la Parte General no se prevé la posibilidad de adoptar el cierre de sus locales y establecimientos, que actualmente sí tiene cobertura en el art. 129, pero que con la reforma no es de

aplicación a las personas jurídicas y queda reservado a los entes sin personalidad, lo que será tratado más adelante.

- Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje [nueva Sec. 3ª bis del Cap. II (*De las falsedades documentales*) del Tit. XVIII (*De las falsedades*)].

El nuevo art. 399 bis prevé la imposición a la organización criminal dedicada a estas actividades, bien como pena si procediere la declaración de responsabilidad penal de personas jurídicas, bien como medida en los casos de entes sin personalidad, la disolución y clausura definitiva de sus locales y establecimientos.

- Cohecho [Cap. V del Tít. XIX (*Delitos contra la Administración Pública*)].

La nueva redacción del art. 424 contempla la conducta del particular que interviene en el delito de cohecho, previendo en el apdo. 3 la sanción a la sociedad, asociación u organización a la que represente el particular que consiga o pretenda de la autoridad o funcionario una actuación relacionada con un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, con la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones y entes públicos y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años.

- Tráfico de influencias [Cap. VI (*Del tráfico de influencias*) del Tít. XIX (*Delitos contra la Administración Pública*)]

La modificación del párrafo segundo del artículo 430 establece la imposición a la persona jurídica de las penas de suspensión de las actividades sociales por un plazo de dos a cinco años, y de clausura de sus locales y establecimientos durante el mismo período de tiempo, en lugar de la regulación actual que prevé la posibilidad de imponer la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público, por tiempo de seis meses a tres años.

- Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales [Cap. X (*De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*) del Tít. XIX (*Delitos contra la Administración Pública*)]

Según la modificación del art. 445.2, se impondrán a las personas jurídicas 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 el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso se impondrá multa del duplo al décuplo del montante de dicho beneficio. La redacción actual

de este apartado faculta al tribunal a imponer a la sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a estas actividades y a la que perteneciera el culpable, alguna o algunas de las consecuencias previstas en el vigente art. 129.

Esta responsabilidad penal deriva del Convenio OCDE de 17 de diciembre de 1997, de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, que, como se ha dicho en su momento, contempla la responsabilidad penal de personas jurídicas, aunque sin imponerla si tal responsabilidad no es "aplicable" a aquellas por el ordenamiento jurídico del Estado.

- Asociación ilícita [Sec. 1ª (*De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución*) del Cap. IV (*De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas*) del Título XXI (*Delitos contra la Constitución*)]

El art. 520 mantiene la actual disolución de la asociación ilícita, pero sustituye la posibilidad de imponer cualquiera otra de las consecuencias accesorias del art. 129 por la eventual imposición a la asociación de cualquiera otra de las penas establecidas en el artículo 33.7 de este Código. Como puede observarse, esta regulación da un tratamiento más desfavorable a la asociación ilícita que tenga personalidad jurídica, que a la que sea un ente sin personalidad, al no prever la aplicación a las mismas de las medidas del art. 129 en su nueva redacción, pues la reforma habla únicamente de "penas" (*"disolución de la asociación ilícita y, en su caso, impondrán a la misma cualquiera otra de las penas establecidas en el artículo 33.7 de este Código"*).

Por otra parte, resulta llamativo que el nuevo art. 385 bis, relativo al delito de pertenencia o colaboración con organización y grupos criminales, no contemple la responsabilidad penal de personas jurídicas.

- Tenencia ilícita de armas y explosivos [Sec. 1ª (*De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos*) del Cap. V (*De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones, explosivos y de los delitos de terrorismo*) del Tít. XXII (*Delitos contra el orden público*)]

La modificación del art. 569 sustituye la actual declaración judicial de ilicitud y su consiguiente disolución de la asociación en cuyo nombre o por cuya cuenta estén establecidos los depósitos de armas, municiones o explosivos, por la declaración de su responsabilidad penal y la imposición de la pena de disolución.

Quizá por mimetismo con la actual regulación, la responsabilidad penal se limita a la *asociación con propósito delictivo*, por lo que debería hacerse extensiva tal responsabilidad a cualquier otra persona jurídica abriendo la

posibilidad de imponer penas idóneas de las previstas en el art. 33.7 (p. ej., cierre de locales).

EL NUEVO RÉGIMEN DE CONSECUENCIAS ACCESORIAS PARA LAS ENTIDADES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

1.- Modificación del artículo 129 del Código Penal

La memoria justificativa declara que *“En paralelo al establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se prevén consecuencias accesorias para aquellas organizaciones que carezcan de personalidad jurídica y que, sin embargo, poseen capacidad criminal plena”*. La reforma del art. 129 supone un cambio significativo en el tratamiento penal de estas entidades, pues admitida la responsabilidad penal de las personas jurídicas con abandono del principio *societas delinquere non potest*, el tercer género constituido por las consecuencias accesorias del art. 129 deja de tener sentido propio, aprovechando la presencia de este artículo para cerrar el círculo de la imputación subjetiva, facultando a los tribunales para la imposición a los entes sin personalidad jurídica de medidas consistentes en privaciones y restricciones de derechos enumeradas en el nuevo art. 33.7, donde se recoge el catálogo de penas imponibles a personas jurídicas. En definitiva, primero se extraen del ámbito de aplicación del art. 129 a las personas jurídicas, a las que se convierte en sujetos responsables penales a castigar con penas, para luego hacer lo mismo con los entes sin personalidad jurídica, a los que con la denominación de "medidas" y con excepción de la multa, cabrá imponer lo que para las personas jurídicas son auténticas penas.

Ahora bien, si el sistema diseñado de imputación subjetiva no deriva propiamente, según la EM, de la índole subjetiva de la persona jurídica, sino de la relación con ella de la persona física, la falta de personalidad no explica suficientemente porqué no se sigue el mismo criterio con las entidades sin personalidad.

2.- Régimen de consecuencias accesorias para las entidades sin personalidad jurídica

2.1.- Acción

2.1.1.- Elementos subjetivos

El primer requisito subjetivo para la aplicación de este régimen de consecuencias accesorias aparece en el ap. 1: el hecho delictivo ha de haberse perpetrado en el ámbito de "asociaciones, sociedades, organizaciones y empresas que carezcan de personalidad jurídica". Como puede observarse, se utilizan institutos heterogéneos que comparten zonas comunes: por una parte, entidades jurídicas que por carecer de algún requisito constitutivo esencial carecen de personalidad jurídica (asociaciones y sociedades); en segundo lugar, fenómenos amorfos jurídicamente, caracterizados simplemente por disponer de una estructura en la que intervienen diversos sujetos (organizaciones); y en tercer lugar, un instituto de naturaleza mercantil como es la empresa, independiente de que el titular sea persona física o jurídica. Por tal motivo, en este Informe se maneja una denominación ("entidades sin personalidad jurídica") que desde un punto de vista unilateral -el de la personalidad jurídica (o su carencia)-, agrupa en una sola categoría todos los fenómenos que incluye de modo residual el art. 129, en oposición a las entidades con personalidad jurídica comprendidas en el art. 31 bis.

Por otro lado, el tenor literal de este precepto dejaría fuera fenómenos jurídicos tales como las comunidades de bienes (vgr., delito derivado del incumplimiento de las obligaciones laborales o tributarias de una comunidad de propietarios) o las fundaciones irregulares.

El segundo elemento subjetivo es la comisión del hecho delictivo por una persona física que se encuentre en alguna de estas dos situaciones (art. 129.2):

1ª Sea alguno de quienes dirijan o controlen la actividad del ente sin personalidad.

2ª Se trate de uno de sus miembros y su actuación delictiva haya sido ordenada, instigada o permitida por quienes tengan poder de dirección o control.

Una lectura comparativa del ap. 2 del art. 129 pudiera dar la impresión de que sigue con exactitud los criterios del art. 31 bis, pero no es así. Es cierto que en ambos preceptos se imputa a la entidad colectiva, con o sin personalidad jurídica, la comisión del hecho por parte de quien tiene en al misma poder de dirección -en sentido amplio- , pero el criterio de imputación subjetiva difiere cuando la comisión del hecho es realizada por un simple miembro de la entidad. Así, en el caso de las personas jurídicas, ésta responde por omisión dolosa o culposa (*culpa in vigilando*), al no haberse ejercido sobre los autores materiales el debido control; mientras que en los entes sin personalidad, se exige un comportamiento *doloso*, activo o por omisión, de quienes ejerzan poderes de dirección o control, al hablarse en el art. 129.2 de una actividad delictiva "ordenada, instigada o permitida" por éstos, quedando excluida la omisión imprudente. Este criterio diverso de imputación subjetiva

plantea el interrogante fundamental de si en el caso de entes sin personalidad, las medidas no podrán imponerse cuando el miembro haya actuado mediando culpa por parte de quienes los dirijan o controlen.

Salvo que la exposición de motivos incluya una explicación convincente que dé respuesta a estos interrogantes, parece que a este problema habrá de dársele un tratamiento coherente antes de que el texto sea aprobado.

Otra consecuencia de la nueva regulación es la inaplicabilidad de estas medidas a las personas físicas: Al quedar por la reforma circunscrito el ámbito de aplicación del art. 129 a las entidades sin personalidad jurídica, con exclusión, obviamente, de las personas físicas, no habrá previsión general en el CP que permita aplicar a las empresas, establecimientos y locales pertenecientes a personas físicas, algunas de las medidas que hoy son posibles conforme a la redacción vigente del citado art. 129 (clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, suspensión de las actividades de la empresa o su intervención). Esta exclusión ha de atribuirse a un defecto de técnica jurídica que deberá salvarse con una previsión expresa a este respecto, excepción hecha de las medidas concretas previstas en el art. 369.2 para delitos de tráfico de drogas.

2.1.2.- Elemento objetivo

Por lo que se refiere al ámbito objetivo de las infracciones penales, las medidas se imponen únicamente en los supuestos previstos en el Código Penal (art. 129.1), como en el supuesto de responsabilidad de personas jurídicas.

De mantenerse la reforma en los términos del Anteproyecto, se podrán producir en este punto las siguientes situaciones que más que responder a criterios definidos de política criminal, parecen ser el resultado de un defecto de técnica legislativa: a) remisiones en el Anteproyecto al nuevo art. 129 en delitos de la Parte Especial; b) remisiones al citado artículo que se mantienen en el CP tal como están en la actualidad al no verse afectados por la reforma; c) sustituciones de las *consecuencias* del vigente art. 129 por el nuevo régimen penal de personas jurídicas; d) supresiones a toda referencia al art. 129 sin que sean reemplazadas por la remisión a la responsabilidad penal de personas jurídicas o de entidades sin personalidad; y e) previsión de medidas concretas, como la clausura de establecimientos, que se efectúa en el texto vigente sin remisión al art. 129 y que no se ven afectadas por la reforma:

Dentro del primer grupo -remisión en delitos de la Parte Especial al nuevo art. 129- se encuentran los delitos de los arts. 302 (blanqueo de capitales) y 399 bis (falsificación de tarjetas de crédito o débito y de cheques de viaje).

Entre los delitos que mantiene la remisión al art. 129, a pesar de no verse afectados por la reforma, se hallan los de los arts. 189.8 (pornografía infantil y otros), 318 bis.5 (contra los derechos de los ciudadanos extranjeros), 348.3 (delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes), 386 (falsificación de moneda) y 420 (tráfico de influencias).

En determinados supuestos, cuando se trate de personas jurídicas no sólo resultará incorrecta la remisión al nuevo art. 129, sino que al no determinarse expresamente la responsabilidad del art. 31 bis, provocará la impunidad respecto de las personas jurídicas.

Entre los delitos que sustituyen las consecuencias actuales del art. 129 por el nuevo régimen de penas del art. 31 bis, se encuentran los siguientes: art. 162.2 (manipulación genética), 288 (delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores), 294 (delito societario de obstaculización de actuaciones inspectoras), 318 (delitos contra los derechos de los trabajadores), 327 (delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente), 366 (determinados delitos contra la salud pública), 445.2 (delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales) y 520 (asociación ilícita).

Queda suprimida la remisión al art. 129 en el del art. 262.2 (alteración de precios en concursos y subastas públicas).

Prevén medidas concretas sin citar el art. 129 ni verse afectado por la reforma, los arts. 194 (delitos de exhibicionismo y provocación sexual y delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores), 221.3 (adopciones ilegales), 298.2 y 299.2 (receptación)

Junto a estos grupos y sin encuadrarse en ninguno de ellos, se presenta el delito de tráfico de drogas: el vigente art. 369.2 -y, por remisión, también el art. 371.1- permite imponer a la *"organización, asociación o persona titular del establecimiento"* una pena, como es la multa, además de otras medidas como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, además de las consecuencias accesorias del art. 129. La reforma mantiene sustancialmente esta regulación, suprimiendo la alusión a las "asociaciones" y omitiendo respecto a las *organizaciones* cualquier mención a la responsabilidad de personas jurídicas -de lo que sería consecuencia la pena de multa-, y sin especificar si la clausura de locales, la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas o del derecho a gozar de beneficios fiscales o de la Seguridad Social, tienen carácter de pena, de medida del art. 129, o de ambas según los casos.

2.2.- Consecuencias accesorias

En cuanto al ámbito sancionador (art. 129.1), las medidas concretas serán aquellas “*privaciones y restricciones de derechos enumeradas en el art. 33.7*” (penas aplicables a personas jurídicas), con exclusión, por tanto, de la multa, al no suponer ni restricción ni privación de derechos. La falta de personalidad jurídica será en muchos casos incompatible con la titularidad de derechos y, por consiguiente, con la aplicación de estas medidas.

Las medidas están orientadas, lo que constituye un condicionante para su imposición, a una finalidad preventivo-especial: “*prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma*” (art. 129.1), a diferencia de la imposición de penas a personas jurídicas, que no se relaciona de forma expresa con los fines de las penas, por otra parte no formulados explícitamente en el CP.

Además de las ya apuntadas, existen otras diferencias con el régimen relativo a personas jurídicas:

1ª La imposición de las medidas tiene carácter potestativo para el Tribunal, frente a la preceptiva imposición de la pena cuando se declare la responsabilidad penal de la persona jurídica.

2ª Las consecuencia accesorias son ajenas -al menos de forma independiente- al instituto de la prescripción y de las demás causas de extinción de la responsabilidad criminal.

3ª En principio, su incumplimiento no constituye delito de quebrantamiento de condena (a este respecto, reiterar lo dicho respecto a la comisión de este delito cuando se trate de condenas impuestas a personas jurídicas).

ASPECTOS PROCESALES

1.- Inadaptación del conjunto de las instituciones procesales penales al fenómeno de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de las entidades sin personalidad

Una reforma del CP de esta importancia debiera ir acompañada de una modificación de la LECr que adaptara los procesos penales al nuevo fenómeno de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al presentar unas peculiaridades propias que presumiblemente van a plantear problemas a los Tribunales para los que serán insuficientes las previsiones de la LECr y del derecho supletorio -la LEC, principalmente-.

Es evidente que no es este el lugar para señalar todos y cada uno de los problemas que van a necesitar solución del legislador, ni corresponde a este Consejo solventarlos; ahora bien, conviene apuntar las dificultades que pueden

surgir respecto a la capacidad procesal penal de los entes sin personalidad; su representación necesaria en el proceso y también la de las personas jurídicas, ponderando los conflictos de intereses que pueden aparecer con las personas físicas encausadas; la designación de postulantes; el derecho a la defensa gratuita y de oficio de las personas jurídicas y la entidades sin personalidad; la posibilidad de simultanear las posiciones procesales de acusador y acusado; la extensión con o sin matices de los derechos procesales de la persona física a la persona jurídica y a las demás entidades; las particularidades que puede presentar un instrumento procesal tan generalizado como el de la conformidad con la acusación; las condiciones del enjuiciamiento en ausencia y los efectos de la declaración de rebeldía; la posición y los derechos procesales de terceros afectados (p. e., socios minoritarios o titulares afectados por la clausura de sus establecimientos); efectos de la cosa juzgada material y un largo etcétera.

2.- Aspectos procesales abordados por la reforma

No obstante, son tratadas en la reforma una serie dispersa de cuestiones que afectan directamente al proceso penal y que, consecuentemente, deberían tener su sede en la Ley procesal y no en el Código sustantivo:

1ª Trámite de audiencia al Ministerio Fiscal y a los respectivos titulares o representantes, si los hubiere, de los entes sin personalidad, con carácter previo a la imposición de las medidas previstas en el art. 129. Ahora bien, puede ser un obstáculo insalvable a la hora de determinar quiénes pueden ser los "titulares" y "representantes" cuando el ente carece de personalidad jurídica, como lo demuestra la expresión "si los hubiere", que deja a salvo la posibilidad de imposición de medidas *inaudita parte*.

2ª Medidas cautelares

Tanto el art. 33.7, último párrafo, en relación con las personas jurídicas, como el art. 129.3, respecto a los entes sin personalidad, prevén que el Juez instructor pueda acordar la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial como medidas cautelares durante la instrucción de la causa. El art. 129.3 añade "*con los límites señalados en el art. 33.7*", que, sin embargo, no los determina.

Esta previsión viene a adaptar lo ya tratado en el vigente art. 129.2, al que añade la posibilidad de acordar la intervención judicial, que sin embargo en la actualidad puede adoptarse como medida cautelar de naturaleza civil -y no penal como se prevé en la reforma, al ponerse en relación con la pena del art. 33.7, g)- por remisión de los arts. 614 y 764.2 LECr al régimen de medidas cautelares de la LEC (intervención o administración judiciales de bienes productivos, art. 727.2ª LEC).

3ª Responsabilidad civil

En materia de responsabilidad civil, la memoria justificativa declara que *“se debe proceder a introducir cuantas medidas resulten necesarias para evitar el fenómeno de la ocultación del autor real de los delitos y de su patrimonio tales como el levantamiento del velo frente a sociedades fantasmas, la incriminación de testaferros o la excusión de los bienes del penado”*.

La reforma añade dos nuevos apartados al art. 116: el ap. 4, relativo a la responsabilidad civil de las personas jurídicas, ya comentado, y el ap. 3, de aplicación general en esta sede, y que reza así:

“Los Jueces o Tribunales ordenarán la investigación del patrimonio del obligado civilmente como responsable directo o subsidiario, si este se manifestara total o parcialmente insolvente, y tomarán cuantas medidas procedan sobre los bienes del responsable civil que aparezcan en poder de terceros, salvo que concurra la excepción prevista en el art. 111. Igualmente acordarán en su caso deducir las responsabilidades penales en que haya podido incurrir el responsable civil o el tercero detentador de los bienes.

Los Jueces o Tribunales podrán ordenar que sea investigado el patrimonio del obligado civilmente en los términos previstos en el art. 989.2 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.»

Lo primero que llama la atención es que el párrafo segundo transcrito es redundante por partida doble: en primer lugar, respecto a lo previsto al comienzo del párrafo anterior, en tanto en cuanto en ambos -aunque, de modo inexplicable, de modo preceptivo en el primero y facultativo en el segundo-, se prevé la investigación del patrimonio de los obligados civilmente, salvo que el primer párrafo vaya referido al proceso declarativo y el segundo al de ejecución, pero no se hace distinción en el texto; y en segundo término, se reitera lo ya establecido en el art. 989.2 LECr, al que se remite.

En cuanto al resto del párrafo primero, es evidente que investigar el patrimonio del obligado civilmente se incluye entre los deberes actuales de los Tribunales, que han de actuar más allá de lo que el interesado manifieste en orden a su propia insolvencia, como también entra dentro de tales deberes *“deducir las responsabilidades penales en que haya podido incurrir el responsable civil o el tercero detentador de los bienes”*, es decir, promover la actuación judicial por delitos de insolvencia punible o de receptación, por ejemplo.

Sin embargo, ese primer párrafo contiene otra disposición: los Tribunales también ordenarán *“cuantas medidas procedan sobre los bienes del responsable civil que aparezcan en poder de terceros, salvo que concurra la excepción prevista en el art. 111”* (adquisición del bien de modo irrevocable). Esta norma tiene un profundo calado, pues no se limita a la *restitución de la*

cosa que se halle en poder de terceros -para lo que ya está el citado art. 111-, sino que afecta a todo acto de disposición patrimonial del responsable civil, como puede ser la venta de cualquier activo patrimonial. Aparentemente, puede tratarse de medidas enderezadas a declarar la nulidad -por causa lícita- o de rescindir -por lesión o por fraude de acreedores perjudicados por el delito- el negocio jurídico, en el marco del proceso penal, lo que va más allá de unas simples medidas, las cuales serán inútiles sin un posterior pronunciamiento declarativo que lleve aparejada ejecución. De ser esto así, será necesario regular en la LECr un incidente rodeado de las elementales garantías que salvaguarden los derechos procesales de los afectados que culmine en una resolución ejecutable. Así mismo, ha de señalarse que esas medidas, en cuanto afecten bienes cuya titularidad puede ser alegada por un tercero, pueden provocar el planteamiento de tercerías de dominio, cuya resolución está expresamente excluida del proceso penal en virtud del art. 996 LECr.

Finalmente, la EM adolece de algunos defectos en este punto: 1º, se afirma que la persona jurídica "seguirá siendo responsable (civil) solidaria" con la persona física condenada por los mismos hechos, cuando la solidaridad en el derecho vigente no se refiere más que al pago de la pena de multa (cfr. art. 31.2) y no a la responsabilidad civil, que es subsidiaria y no solidaria respecto a la de la persona física: 2º, se hace referencia a una modificación que luego no se plasma en el texto proyectado, como la facultad del Juez de Instrucción de ordenar en los casos en que el asegurador sea responsable civil directo, que se indemnice provisionalmente al perjudicado (en la actualidad el art. 765 LECr contempla el pago de una pensión provisional a la víctima en ciertos supuestos).

COMISO

1.- Generalidades

A tenor de la EM, la necesidad actual de modificación de la regulación del comiso parte de la nueva Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, y se concibe el decomiso "*como un arma de la mayor importancia en la lucha contra las actividades delictivas de las organizaciones criminales*".

La reforma del art. 127, que sucede a la llevada acabo por la LO 15/2003, mantiene en casi su misma literalidad los cuatro apartados de que se compone, pero añade un párrafo al ap. 1 y da nueva redacción al ap. 2, por lo que los actuales párrafos 2, 3 y 4 pasan a ser los ap. 3, 4 y 5.

Con el nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, se abre la vía de aplicarles el comiso, lo cual se propuso por este

Consejo en el citado Informe al Anteproyecto de reforma del Código Penal que desembocó en la LO 15/2003.

El sentido de la reforma es heterogéneo y afecta al comiso de bienes de personas integrantes de organizaciones criminales y al comiso por delitos imprudentes.

2.- Comiso de bienes pertenecientes a miembros de organizaciones criminales

El párr. 2º del ap. 1 permite extender el comiso *“a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de una actividad delictiva cometida en el marco de una organización criminal”*. Dado que el comiso de bienes pertenecientes a personas jurídicas vendría incluido en el párrafo 1º del mismo apartado, al derivar de la pena que a la persona jurídica se puede imponer, el "comiso ampliado" (MJ) de este párrafo 2º va referido a *“las personas condenadas por cualquier delito cometido en el seno”* de una organización criminal, con independencia de que ésta tenga personalidad jurídica propia o sea una entidad sin personalidad jurídica. Para el concepto de "organización criminal", cuya definición no aparece con carácter general en el CP, ni siquiera en el nuevo delito de pertenencia o colaboración con organizaciones y grupos criminales (art. 385 bis), hay que acudir al art. 369 bis objeto de reforma, relativo al delito de tráfico de drogas: *“A estos efectos, se entenderá por organización delictiva una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer los delitos a que se refiere el párrafo anterior»*, que, expresado tautológicamente, son los *«hechos descritos en el art. 368 (cuando) se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva”*.

Esta definición de organización criminal parece tomada del primer párrafo del art. 1 de la Acción Común 98/733/JAI del Consejo, 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, que en términos más generales que los de la reforma, declara que *“se entenderá por "organización delictiva" una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una media de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la actividad pública”*.

En segundo término, la adopción del comiso es facultativa ("el Juez o Tribunal podrá ampliar"), frente a la previsión general que le da carácter

preceptivo ["Toda pena (...) llevará consigo"], sin perjuicio de los márgenes de discrecionalidad que conceden el ap. 3 del mismo art. 127 (absolución por exención o extinción de la responsabilidad criminal) y el art. 128, en determinadas circunstancias.

En tercer lugar, se rompe la relación de accesoriadad entre la infracción penal y el comiso, al establecer una presunción legal -así se reconoce en la exposición de motivos - *iuris et de iure* según la cual "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". Es decir, del hecho base constituido por la desproporción del patrimonio en relación con los ingresos legales -de procedencia lícita-, unido al juicio de peligrosidad que recae sobre el miembro de la organización criminal, se infiere legalmente que aquéllos proceden de una actividad ilícita. Esta presunción, por otra parte y como ya se ha dicho, no se proyecta sobre los bienes propios de la organización criminal, sino de sus integrantes. Como puede verse, esta presunción es, por lo menos, de dudosa constitucionalidad, pues establece una presunción contra reo, que invierte la carga de la prueba al imponerle la acreditación del origen lícito de los bienes. Además, esta presunción lleva implícita que los bienes son ellos mismos el producto de la actividad delictiva en el marco de la organización, o que son el resultado de una operación de blanqueo de bienes procedentes del delito: en ambos supuestos, se presume la previa comisión de un ilícito penal relacionado con tales bienes. El planteamiento de la reforma este punto pugna con pronunciamientos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo; así, la Sentencia 867/2002, de 29 de julio, declara que "*Desde una perspectiva jurisprudencial, se ha dicho en la sentencia de esta Sala de 23 de noviembre de 2000, por tanto posterior a la vigencia del nuevo Código Penal, que para ordenar el comiso es necesario, como sucede en el caso presente, determinar el origen del dinero con el que se han adquirido los bienes cuya expropiación se ordena, revelando con ellos su procedencia ilícita*"; y en Sentencia de STS 1528/2002, de 20 de septiembre, de afirma que "*La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en reunión celebrada el 5 de octubre de 1998, acordó que el comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 del Código Penal (comiso por delitos de tráfico de drogas) debe extenderse a las ganancias procedentes 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. (...) Ciertamente el comiso, aunque no incluido en el catálogo de las penas contenido en el artículo 33 del Código Penal, constituye una sanción sometida a los principios de culpabilidad, proporcionalidad, pertinencia y legalidad*".

Aunque referido al comiso como pena accesoria en el CP de 1973, por compartir la misma *ratio iuris* puede traerse aquí la rotunda declaración de la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1995, de 18 de julio: "*la pena de comiso no presenta ese carácter automático (el de otras penas accesorias)*

sino que únicamente puede decretarse una vez acreditado que los efectos e instrumentos que se pretenden decomisar guardan una relación de medio a fin o de causa a resultado con la comisión de un delito contra la salud pública. Dicho de otra manera: debe existir prueba practicada en el proceso de que el montante en metálico obrante en poder del condenado por un delito contra la salud pública procede efectivamente de la comisión de ese delito y no de otras fuentes de ingresos”.

Pero es más, este automatismo contradice -contrariamente a lo que afirma la MJ- lo que establecen al respecto los arts. 3.2 y 5 de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, y que por su interés se reproducen a continuación:

- Artículo 3: “2. Cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para que se pueda proceder al decomiso al amparo del presente artículo como mínimo cuando:

a) *un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1 (p. ej., delito de terrorismo), que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien*

b) *un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas similares desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien*

c) *se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada”*

- Art. 5: “La presente Decisión no tendrá el efecto de modificar la obligación de respetar los derechos y principios fundamentales, incluida en particular la presunción de inocencia, consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea”.

Esta presunción presenta otra faceta negativa más al afectar a los derechos legítimos que terceras personas puedan tener sobre tales bienes (cfr. al respecto la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 56/1997, de 20 de enero), provocando una situación de indefensión.

Finalmente, que en estos supuestos el comiso sea facultativo y no preceptivo para el Tribunal, es independiente de lo anterior, pues se trata que el presupuesto fáctico para la adopción del comiso (facultativa o preceptivamente, lo mismo da), como es que el objeto a decomisar proceda de una actividad delictiva cometida en el marco de una organización criminal, venga determinado por una presunción *ex lege* o deba ser probado.

3.- Comiso por delitos imprudentes

Si la reforma del art. 127.1 operada por la LO 15/2003 avanzó en la extensión del ámbito de aplicación del comiso a las faltas, en esta dirección el nuevo ap. 2 del art. 127 faculta a los Tribunales para acordar la pérdida de los efectos que provengan de la comisión de un delito imprudente por el que se haya impuesto (pena concreta) una pena superior a un año de privación de libertad, así como de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, además de las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar. La imposición del comiso es facultativa, reiterándose lo dicho al respecto al analizar el comiso en supuestos de miembros de organizaciones criminales.

Según los términos de la exposición de motivos, se desprende que será de aplicación a aquellos delitos imprudentes más graves (pena superior a un año de privación de libertad) *“que pueden ser fuente de enormes perjuicios provocados por quienes colocaron la ejecución de sus proyectos empresariales o de cualquiera otra índole por encima del respeto a los males que pudieran causar a otros”*. Esta modificación merece un juicio favorable.

IV.2

REFORMA DE LA PARTE GENERAL

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

1.- Introducción de una nueva circunstancia agravante genérica, la de causar la ruina o una postración económica grave a la víctima o a su familia

El apartado primero del artículo único del texto proyectado incorpora una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de nueva creación, la cual intercala en el artículo 22 del Código Penal como circunstancia sexta, pasando las actuales sexta, séptima y octava a ocupar respectivamente los ordinales séptimo, octavo y noveno del precepto. La agravante contempla como supuesto el de “causar la ruina o postración económica grave de la

víctima o su familia, cuando esa consecuencia del delito hubiera sido prevista o previsible por el culpable”.

Esta nueva circunstancia presenta una naturaleza predominantemente objetiva, que permite adscribirla a la tipología de las agravantes que retribuyen la mayor extensión del mal, dado que exige que el delito haya producido un resultado cualificado de orden económico o patrimonial en la esfera jurídica de la víctima directa o, en un círculo más amplio, de quienes integran su núcleo familiar considerado como unidad económica. Desde este punto de vista la agravante retribuye la mayor intensidad de la antijuricidad en su modalidad de desvalor de resultado cuando haya desencadenado causalmente una situación de ruina total o parcial.

Desde el punto de la imputación subjetiva, la norma exige, como elemental salvaguardia del fundamento constitucional de la pena, que en todo caso se observe la persistencia del necesario vínculo de culpabilidad –*nulla poena sine culpa*– entre la acción inicial y el resultado cualificador, al establecer como presupuesto de su aplicación que dicha consecuencia hubiera sido “prevista o previsible” por el culpable. Esta salvedad resultaba obligada, pues toda exasperación de la pena que derive de una consecuencia especial del delito sólo puede afectar al autor o partícipe al que pueda serle reprochada o atribuida como mínimo por imprudencia.

Por el contrario, desde el punto de vista de la imputación objetiva del resultado final la propuesta que avanza la reforma resulta sumamente discutible en su actual configuración. Téngase en cuenta que el anteproyecto se propone incorporar esta circunstancia a la Parte General del Código, entre las disposiciones que regulan la infracción penal y sus consecuencias, con voluntad manifiesta de incrementar la reacción penal frente a los tipos materiales de resultado, sin circunscribirse necesariamente a la esfera específica de la delincuencia patrimonial. En opinión del Consejo tal opción resulta desaconsejable, por las razones que se expondrán a continuación.

En primer lugar, en el ámbito de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico la agravante resultará superflua, pues no será de aplicación a todas aquellas figuras que contemplan la circunstancia de haberse ocasionado perjuicios de especial consideración o una grave situación económica para la víctima o su familia en la definición de los correspondientes subtipos cualificados (art. 67 CP): sería el caso de los delitos de hurto (art. 235.4 CP, “cuando ponga a la víctima o su familia en grave situación económica”), robo con fuerza (art. 241.1, por remisión al supuesto anterior), estafa (art. 250.1.6º CP, “revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que se deje a la víctima o a su familia”), apropiación indebida (art. 252 por remisión expresa al anterior), daños (art. 264.1.5º CP, “que arruinen al perjudicado o se le coloque en grave situación económica”), contra la propiedad intelectual (art. 271, b), y contra la propiedad industrial (art. 276, b).

Quizá podría tener una eficacia residual si se aplicara a figuras tales como la extorsión (art. 243 CP), la usurpación (art. 245 CP), o a aquellas modalidades de delitos societarios en los que el perjuicio económicamente evaluable ocasionado a los socios, depositantes, cuentacorrentistas o titulares de capital, valores o bienes hubiere podido redundar en su ruina (v. gr. art. 295 CP), pero tal solución no justifica, en absoluto, la creación de una circunstancia genérica nueva, que es lo que se pretende en el texto informado.

Por otra parte la incidencia de la nueva circunstancia modificativa en los delitos contra las personas resultaría contraproducente –piénsese, por ejemplo, que se planteara su aplicación a supuestos de causación dolosa de muerte o lesiones incapacitantes de un cabeza de familia que fuera el único sostén económico de sus miembros-, pues en este caso el resultado cualificador que constituye el sustrato material de la circunstancia –la ruina económica- queda manifiestamente fuera de la esfera de protección de la correspondiente figura delictiva y en modo alguno puede ser considerado como materialización del riesgo jurídicamente desaprobado en ella, quebrando el esquema básico de la imputación objetiva de resultados.

En suma, la exasperación punitiva que derivaría de la apreciación de la agravante en estos delitos los transformaría virtualmente en figuras cualificadas de naturaleza pluriofensiva, alterando más allá de lo admisible su prístina configuración típica al introducir la apreciación de valores de naturaleza heterogénea a los originalmente contemplados para delimitar su marco penal. Ello contravendría sin duda el carácter accidental que han de tener las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, cuya función es determinar la gravedad del delito y la intensidad de la respuesta penal en función de su forma de aparición, pero sin afectar en ningún caso a su esencia ni a su fundamento.

Comoquiera que las consecuencias económicas derivadas causalmente del delito quedan jurídicamente compensadas por la vía de la reparación del daño y de la indemnización de los perjuicios materiales y morales en el marco de la responsabilidad civil *ex delicto* regulada en el Capítulo Primero del Título Quinto del Libro Primero del Código Penal, y que, por lo demás, entre las reglas generales de aplicación de la pena ya se contempla la consideración de la gravedad relativa del hecho, la utilidad de la agravante fuera de la delincuencia patrimonial resultaría por lo demás cuestionable.

En resumen: considera el Consejo que la nueva circunstancia agravante de causar la ruina de la víctima, en la configuración que el texto proyectado pretende otorgarle como circunstancia genérica incluida en la Parte General del Código, resulta manifiestamente inadecuada, por ser superflua en relación con los delitos contra el patrimonio, y manifiestamente distorsionadora en los delitos contra bienes personales. Todo lo más sería aceptable su incorporación como agravante específica

en aquellas secciones del Código que contemplen figuras delictivas de sustrato patrimonial que no la prevean ya como elemento agravatorio de la conducta.

2.- Supresión de la atenuación específica aplicable al inductor o cooperador necesario en los delitos especiales propios

El apartado decimoquinto del artículo único del anteproyecto suprime el apartado 3 del artículo 65 CP, que establece una atenuación facultativa de la pena para los partícipes en delitos especiales propios conforme a la cual “cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”.

Este precepto fue introducido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, y ya el Consejo General del Poder Judicial, en su informe al anteproyecto de dicha Ley, se pronunció a favor de dicha innovación, partiendo de una jurisprudencia pacífica que reconocía la necesidad de tomar en cuenta en la determinación de la pena aplicable al *extraneus* en un delito especial propio que en el mismo no concurre el especial elemento personal que fundamenta la punibilidad (SSTS 12 de febrero y 21 de marzo de 1992, 18 de enero y 2 de febrero de 1994, 21 de diciembre de 1999, 28 de marzo de 2001, 15 de julio de 2002, entre otras), citándose como referencia de derecho comparado el § 28.1 del Código Penal alemán, que establece una atenuación semejante.

El anteproyecto decide suprimir esta posibilidad atenuatoria, sin expresar las razones que subyacen a tal decisión prelegislativa ni en la exposición de motivos ni en la memoria justificativa.

El Consejo considera inadecuada esta decisión y recomienda en consecuencia el mantenimiento del precepto reiterando los argumentos que hizo valer en su anterior informe.

3.- Reglas de aplicación de la pena según la concurrencia de circunstancias modificativas

3.1.- El apartado decimosexto del artículo único de anteproyecto efectúa una reordenación de las reglas de individualización judicial de la pena del artículo 66 CP, efectuando una reforma de detalle de algunas de ellas.

Lo más destacable de la iniciativa es la reducción que efectúa del arbitrio judicial en el caso de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, pues suprime la referencia que el texto vigente hace a la posible persistencia de fundamentos cualificados de agravación o atenuación, tras la adecuada

ponderación de las mismas, para justificar una eventual agravación o atenuación de la pena señalada por la Ley.

En efecto, conforme a la regla 7ª del vigente artículo 66 CP, cuando concurren atenuantes y agravantes los tribunales las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena, y en el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la inferior en grado, y si se mantiene un fundamento cualificado de agravación aplicarán la pena en su mitad superior.

Se trata de una previsión normativa que, al menos en lo que se refiere a la rebaja en grado de la pena, es trasunto del criterio fijado en la Sala no jurisdiccional del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 27 de marzo de 1998, seguido ulteriormente en múltiples sentencias del Alto Tribunal que han consolidado doctrina –*vid.* STS 357/1998, de 14 de abril-.

Esta posibilidad de reducción en un grado, o de exasperación de la pena a su mitad superior, desaparece en el texto proyectado, en el que la regla 6ª del artículo 66 CP reúne en un mismo apartado los supuestos de no concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes y los de concurrencia de unas y otras, asignándoles la misma consecuencia jurídica: los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias personales del delincuente y sus antecedentes penales, razonándolo en sentencia.

Se retorna de este modo, sin mayor explicación, a la regulación que tenía el texto original del Código Penal, en la regla 1ª del artículo 66, antes de verse reformado por la LO 11/2003, empleando una redacción muy similar, si bien el texto proyectado enfatiza la importancia que se ha de otorgar a los antecedentes penales del culpable al introducir una referencia explícita a los mismos, separadamente de sus otras circunstancias personales, desconocida en anteriores versiones del texto legal.

El Consejo General del Poder Judicial aun reconociendo que la opción de política criminal que se encierra en esta propuesta limitativa de las potestades judiciales de individualización de la pena es válida en sí, pues de hecho viene a restaurar una regulación que estuvo vigente desde la promulgación del Código hasta la entrada en vigor de la LO 11/2003, el 1 de octubre de 2004, considera sin embargo que la reforma dota de excesivo peso relativo al historial criminal del reo, frente a otras circunstancias personales que según los casos pueden tener una importancia no inferior. El texto proyectado mantiene asimismo la exasperación de la pena en casos de multirreincidencia en la regla 5ª del artículo 66 CP para los casos en que la circunstancia agravante de reincidencia se presente con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido ejecutoriamente condenado, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título del Código, siempre que sean de la misma

naturaleza –novedad igualmente introducida por la LO 11/2003, que en este aspecto no se toca-, poniendo en evidencia que para el prelegislador el único fundamento cualificado de agravación que merece la exasperación de la pena es la reincidencia.

En opinión del Consejo el texto actual del Código no sólo armoniza mejor con la doctrina jurisprudencial, sino que además es mucho más equilibrado que el que se proyecta introducir, al permitir a los Jueces y Tribunales una ponderación más ajustada al caso concreto de la importancia y gravedad de las circunstancias concurrentes y permitir la toma en consideración de cualquier fundamento cualificado de agravación –o atenuación- más allá del mero historial delictivo del culpable.

En resumen: el Consejo considera que la supresión de la posibilidad de apreciar la existencia de un fundamento cualificado de atenuación o agravación en caso de concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes para rebajar un grado o exasperar la pena resulta desaconsejable por un triple motivo: porque el texto legal actual permite una ajustada individualización judicial de la pena que hace desaconsejable su reforma, porque, en lo que se refiere a la posibilidad de degradación de la pena, la reforma legal tampoco la impediría, al seguir siendo aplicable la doctrina del Tribunal Supremo más arriba referenciada, y porque en lo que se refiere a la exasperación de la pena – obligación de imponerla en su mitad superior-, que sí quedaría inhabilitada por el texto proyectado, se produciría el contraproducente efecto de que el nuevo texto mantendría la exasperación cualificada de la pena debida a la multirreincidencia –artículo 66.5ª, posibilidad de imposición de la pena superior en grado-, obviando sin embargo la eficacia más limitada que el texto vigente atribuye a otros posibles fundamentos cualificados de agravación de no menor trascendencia y justificación.

3.2.- Las restantes modificaciones que se observan en el artículo 66 CP consisten en variaciones de la redacción de las reglas de individualización de la pena que normalmente rescatan el tenor literal que tenían antes de la reforma operada por la LO 11/2003 sin modificar sustancialmente su sentido. Así, la regla 1ª, que se refiere al caso en que concurra sólo alguna circunstancia atenuante, reproduce la redacción original del artículo 66.2ª CP, y la regla 2ª para los casos en que sean dos o más las circunstancias atenuantes, o una sola muy cualificada, viene a restablecer la redacción original del art. 66.4ª del Código.

Las reglas 3ª, 4ª y 5ª mantienen su contenido actual, con ligeros retoques de redacción.

Las vigentes reglas 6ª y 7ª, como ya se ha indicado en el apartado precedente, se refunden, dando un tratamiento homogéneo a los supuestos de

ausencia de circunstancias modificativas y de concurrencia de atenuantes y agravantes.

Finalmente se suprime la vigente regla 8ª que dispone que cuando los Jueces o Tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión. La supresión de esta prescripción legal no aparece explicada en la exposición de motivos.

Comoquiera que la jurisprudencia ha venido entendiendo que en caso de reducción de la pena en más de un grado, los Jueces o Tribunales pueden recorrer la pena en toda su extensión sin sujetarse a las reglas de este artículo, es de presumir que dicha interpretación se mantendrá en la práctica, sin que la supresión de esta regla represente un cambio de orientación en la materia.

NUEVAS PENAS

1.- Introducción de la pena de libertad vigilada

1.1.- La reforma ha decidido introducir una nueva pena restrictiva de derechos, a la que denomina libertad vigilada. El apartado séptimo del artículo único del anteproyecto incorpora su mención como letra j) del artículo 39 del Código Penal, y el apartado noveno introduce en el artículo 48.4 CP una somera indicación de su contenido al determinar que la libertad vigilada obliga al penado a facilitar de manera efectiva y constante su localización.

Desde un punto de vista funcional lo primero que llama la atención es su naturaleza híbrida de pena y de medida de seguridad, pues aunque está previsto que opere como uno de los posibles sustitutivos de la pena de prisión de duración no superior a los dos años, conforme al nuevo tenor que se otorga al artículo 88.1, d) CP, del que se tratará *infra*, también resulta aplicable como medida para el tratamiento de reos reincidentes y habituales tras el cumplimiento de su condena (artículo 94.3.4ª CP), en cuyo caso su finalidad ya no puede ser la condigna retribución de la culpabilidad por el hecho delictivo, realizada por medio de la condena a la que complementa, sino el tratamiento del estado de peligrosidad criminal detectado en el culpable reincidente o habitual. Desde esta segunda vertiente, la libertad vigilada como medida resulta de muy problemática integración –sin una reforma más profunda de sus presupuestos- en un sistema penal como el español que circunscribe el tratamiento de los estados de peligrosidad a los reos en quienes se haya demostrado la concurrencia de causas excluyentes o limitativas de su imputabilidad (artículos 101 y ss. CP).

En lo que se refiere a su contenido material la regulación que adelanta el anteproyecto tampoco resulta satisfactoria, pues el artículo 48.4 CP, tal y como resulta del texto informado, se limita a decir que el penado debe facilitar de

manera efectiva y constante su localización, lo cual no parece exigir mucho más que la mera comunicación al tribunal o al servicio correspondiente de cuál va a ser el lugar en el que residirá mientras cumple condena y, en todo caso, de los desplazamientos que se produzcan en este tiempo. La justificación de la implantación de esta nueva figura resulta por ello muy cuestionable, pues se la dota de un perfil plano, de muy escasa capacidad correctora o rehabilitadora, inhábil para lograr ningún fin útil, ni desde el punto de vista preventivo general, pues sustituir una pena de prisión por una pena de este tenor implica su volatilización, ni preventivo especial, pues no se alcanza a ver qué influencia positiva puede ejercer una medida de contenido tan tenue en la formación de la personalidad del reo, dado que no conlleva ni un reforzamiento externo de sus habilidades sociales y adaptativas ni un control real de su conducta.

Otros aspectos de su regulación también resultan confusos, y parecen más fruto de la improvisación que de una opción meditada, como ocurre por ejemplo con su extensión temporal. Así, comprobamos que el anteproyecto no efectúa ninguna mención de su duración en el artículo 40 CP, que parece que sería la sede adecuada para determinar con alcance general la duración de una pena privativa de derechos como aspira a ser ésta. Únicamente en el artículo 33.3, n) se menciona que, como pena de naturaleza menos grave, tendrá una extensión de seis meses a un año, sin que, por otra parte, aparezca mencionada en el elenco de penas leves del artículo 33.4 CP. Por otra parte, esta mención no se compadece con lo previsto en el artículo 94.3.4ª CP, que le otorga una duración máxima de dos años cuando actúa como medida de cumplimiento posterior a la condena de un reincidente o habitual.

1.2.- El Consejo General del Poder Judicial considera que la única vía para dotar de sentido a esta nueva consecuencia penal pasa por perfilar con mayor rigor su régimen jurídico y que la mejor opción es su aproximación en la medida posible a un régimen de prueba en el que el sujeto a la misma reciba una asistencia eficaz para su resocialización mediante su sometimiento al cumplimiento de determinadas obligaciones y reglas de conducta bajo el control de un delegado designado a tal fin por el Juez o Tribunal, tal y como suele configurarse este instituto en otras ramas del derecho penal español y en el derecho comparado.

La libertad vigilada, por ejemplo, constituye una de las medidas de naturaleza educativo-sancionadoras de mayor raigambre y eficacia en el derecho penal de menores, implantada desde la temprana Ley de 25 de noviembre de 1918, reguladora de la organización y atribuciones de los Tribunales para niños. La vigente LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, la contempla en su artículo 7.1, h) como una medida de intervención activa en la educación y resocialización del menor, estableciendo la necesidad de hacer un seguimiento de su actividad, así como de su asistencia a la escuela, centro de formación profesional o lugar de trabajo, procurando ayudar al sometido a la misma a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Esta medida obliga, asimismo, a seguir las

pautas socioeducativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores.

La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir en su caso las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes: obligación de asistir con regularidad al centro docente que le corresponda, de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares, prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos, prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa, obligación de residir en un lugar determinado, obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe para informar de las actividades realizadas y justificarlas, o cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten a su dignidad como persona.

En el ámbito del derecho comparado determinadas formas de libertad vigilada se aplican igualmente al tratamiento penal de adultos, concebidas sin embargo como medidas de seguridad enderezadas a contrarrestar un estado de peligrosidad manifestado en la comisión de hechos delictivos, de forma alternativa o complementaria a la pena. Un caso significativo lo constituye el Código Penal alemán, cuando dispone que si a alguien le corresponde una pena privativa de libertad de al menos seis meses por razón de un delito para el que la ley prevé específicamente vigilancia orientadora, el Tribunal podrá ordenar dicha vigilancia orientadora junto con la pena si existe el peligro de que cometerá posteriores delitos (& 68).

Esta vigilancia orientadora constituye sin duda una forma de libertad vigilada, pues exige la designación judicial de un establecimiento de vigilancia y de un asistente, que se responsabilizarán de dar un apoyo al condenado para asistirle en la superación de aquellas circunstancias y rasgos de su personalidad que hayan podido influir en su caída en el delito. El establecimiento de vigilancia tiene como misión, de acuerdo con el tribunal, y con el apoyo del asistente, supervisar la conducta del condenado y el cumplimiento de las obligaciones que le hayan sido impuestas (& 68 a).

El Tribunal puede indicar al condenado, para el tiempo de la vigilancia orientadora, o por un tiempo más breve, el cumplimiento de determinadas instrucciones, en particular, fijándole el lugar de residencia o estancia o un determinado territorio que no pueda abandonar sin permiso del establecimiento de vigilancia, no detenerse en lugares que puedan ofrecerle ocasión o aliciente para posteriores delitos, no dar trabajo, formar o alojar a determinadas personas o personas de un grupo determinado que puedan ofrecerle ocasión o

aliciente para posteriores delitos, no desarrollar determinadas actividades de las que pueda abusar para delinquir, no poseer, adquirir o custodiar determinados objetos que puedan ofrecerle ocasión o aliciente para posteriores delitos, no retener o conducir automóviles u otros medios de locomoción de los que pueda abusar para delinquir, presentarse en fechas determinadas en el establecimiento de vigilancia o en un determinado establecimiento de servicio, comunicar inmediatamente todo cambio del lugar de residencia o trabajo o, en caso de estar desempleado, presentarse en la oficina de empleo o en otro establecimiento autorizado oferente de trabajo. En ningún caso se pueden imponer exigencias desalentadoras conforme al modo de vida del condenado (& 68 b).

La vigilancia orientadora tiene una duración de entre dos y cinco años, si bien se alzarán, cumplidos ciertos mínimos, cuando el Tribunal considere que el condenado, sin necesidad de ella, no volverá a incurrir en delito (& 68 e), pues como es propio de las medidas de seguridad, su fundamento y su límite es el estado de peligrosidad, expresado en una prognosis de reincidencia que, en caso de variar, desapareciendo el estado de peligrosidad inicial, demanda el cese de la medida.

La vigilancia orientadora también se puede imponer en caso de remisión condicional de una pena privativa de libertad de duración superior a los nueve meses impuesta a un condenado que no tenga cumplidos los veintisiete años de edad (& 56 d), en cuyo caso el asistente permanecerá solícito y disponible junto al condenado, vigilará, de conformidad con el Tribunal, el cumplimiento de las obligaciones y disposiciones que le hayan sido impuestas, informará periódicamente sobre el modo de vida del condenado, en intervalos de tiempo que indique el Tribunal y comunicará al Tribunal las faltas graves o constantes contra las obligaciones, disposiciones, ofrecimientos y promesas. Precisamente en estos casos, la falta grave o constante contra disposiciones, o el hecho de evitar constantemente la vigilancia y guía del asistente motivando con ello la alarma de que cometerá nuevos delitos, constituye causa de revocación de la remisión condicional de la pena (& 56 f).

El Consejo considera que a la luz de los antecedentes de derecho nacional y comparado, la posibilidad de que la libertad vigilada pueda jugar un papel relevante en el derecho penal de adultos en España es bastante discutible, al menos en el formato que ofrece el anteproyecto. Como pena sustitutiva de la prisión resulta sumamente desaconsejable pues implica la volatilización de la respuesta penal, con grave detrimento de las exigencias de afirmación del ordenamiento jurídico conculcado, y cabe anticipar que en su aplicación práctica generaría además el extraño fenómeno de que la imposición de esta pena sustitutiva de la prisión devendría menos gravosa e intervencionista que la concesión de un beneficio penal como es la suspensión condicional, el cual como es sabido –*vid.* artículo 83.1 CP- lleva aparejado cuando se aplica a la pena de prisión la posibilidad de que el Juez o Tribunal vincule su otorgamiento cuando lo estime necesario al cumplimiento de ciertas

obligaciones y reglas de conducta de marcada orientación preventivo-especial muy semejantes a las descritas en el derecho alemán o en el ámbito de la jurisdicción de menores.

Con ello no quiere decirse que la libertad vigilada carezca por completo de virtualidad en el ordenamiento penal español, pues no sería objetable, por ejemplo, que se regulase de otra forma su contenido material, dotándola de las características de una auténtica medida de intervención tuitiva, para aplicarla a delincuentes juveniles, mayores de edad, hasta los veinticuatro o veinticinco años de edad, en calidad de sustitutivo de la pena de prisión. En este caso sí que aparecería suficientemente justificada la mutación de la pena de prisión en una medida de intervención educativa por la superior eficacia preventivo-especial que cabría atribuir a ésta.

Tampoco cabría desechar la posibilidad de aplicar la libertad vigilada a los penados a quienes se hubiera suspendido condicionalmente la pena de prisión, por todo o parte del tiempo de duración del plazo de remisión condicional, siguiendo el modelo alemán, o que se compaginase su aplicación con otros sustitutivos de la pena previstos en el artículo 88.1 CP, especialmente la multa.

1.3.- En su dimensión de medida orientada a abordar la singular peligrosidad de reos reincidentes o culpables, que se desprende del artículo 94.3,4ª CP, cuando establece que tanto a los reos reincidentes o habituales los Jueces o Tribunales podrán imponer, mediante resolución motivada, una vez cumplida la condena, libertad vigilada por tiempo de hasta dos años, el régimen jurídico previsto resulta cuanto menos incompleto y asistemático. En este punto da la impresión de que la reforma no ha sabido, o querido, extraer todas las consecuencias de la idea o impulso inicial que la anima.

Lo que no parece doctrinalmente asumible es que se pretenda hacer pasar por genuina pena una libertad vigilada de hasta dos años de duración que se sobrepone a la pena, sin pretender sustituirla, y que se ejecuta después de su cumplimiento, sin que, por otra parte, tal libertad vigilada aparezca asociada en la Parte Especial del Código al marco penal de ninguna de las figuras delictivas.

Si se desea huir del fraude de etiquetas, resulta conveniente llamar a las cosas por su nombre, y el que mejor cuadra a esta segunda función de la libertad vigilada es el de medida de seguridad, confrontada como aparece a un estado de peligrosidad materializado en la tendencia del culpable a la reiteración delictiva.

La regulación propuesta resulta por ello un tanto inconsecuente, porque el anteproyecto no incorpora la libertad vigilada al elenco de medidas de seguridad restrictivas de libertad del artículo 96.3 CP –donde por ejemplo se hallan otras medidas de contenido correlativo a determinadas penas, como la

inhabilitación profesional, la privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas-, ni contempla las reformas complementarias que permitirían dar cabida en nuestro sistema a la imposición de medidas a reos peligrosos en quienes no concurren las limitaciones de su capacidad de culpabilidad que exigen actualmente como presupuesto material de aplicación los artículos 101 y ss CP.

Ciertamente no existe ningún obstáculo dogmático para emprender una reforma legal en el sentido indicado, máxime cuando la doctrina viene destacando desde hace tiempo la profunda crisis que padece un sistema dualista que aspira, infructuosamente, a establecer una distinción neta entre penas –retributivas de la culpabilidad por el hecho- y medidas de seguridad – que tratan estados de peligrosidad- cuando resulta harto evidente que sus contornos aparecen ciertamente desdibujados y confusos tanto en la ley –que contempla penas y medidas de contenido material idéntico- como en la praxis – que dota de un indudable sentido retributivo a las medidas de seguridad que en ocasiones pueden alcanzar un sentido afflictivo o disuasor no inferior al de las penas-.

Ello no obstante, la incorporación a nuestro ordenamiento de una medida de seguridad que se presenta como complemento de la pena, y que se aplica sobre reos –reincidentes o habituales- plenamente culpables inaugura una nueva etapa en nuestro ordenamiento penal al superar los rígidos presupuestos que actualmente condicionan el tratamiento específico de estados de peligrosidad a inimputables y semiimputables, y requiere por ello una explicación más extensa y un tratamiento más consecuente que el que nos brinda este anteproyecto tanto en su parte expositiva como en su desarrollo articulado.

En resumen: el Consejo considera que la libertad vigilada presenta en el texto informado una naturaleza sumamente confusa, pues siendo formalmente una pena, se permite su aplicación -en casos de reincidencia- a tipos delictivos que no la contemplan como tal, quebrantando el marco penal establecido en la Parte Especial para ellos, y como medida de seguridad es de imposible encaje en un sistema dualista como el español, en el que las medidas de seguridad se aplican a inimputables o semiimputables. Su contenido, por otra parte, es vanal y de nula eficacia preventivo general o especial, por lo que como sustitutivo de la pena de prisión resulta de muy difícil asimilación. Estas razones militan a favor de su pura y simple supresión, salvo que lo que se pretenda abordar sea una reforma de amplio alcance del sistema de medidas de seguridad postdelictuales, que afecte a su propio fundamento, propósito que en modo alguno aparece anunciado en el presente texto.

2.- Restablecimiento de la pena de arresto de fines de semana

El apartado sexto del artículo único del anteproyecto reintroduce la pena de arresto de fines de semana, que como es sabido había sido muy recientemente suprimida por medio de la LO 15/2003, de 25 de noviembre –en vigor desde el 1 de octubre de 2004- efectuando una arriesgada opción de política criminal, no solo por la carga que conlleva de implícita pero notoria desautorización del criterio orientador de la anterior reforma penal, sino también por la precipitación en la reinstauración de una forma de penalidad que, sin negar sus indudables virtudes teóricas, planteó no pocos problemas aplicativos, precipitación que forzosamente habrá de transmitir a los aplicadores del derecho y a la sociedad en general una desaconsejable sensación de volatilidad institucional absolutamente inapropiada para un sector del ordenamiento jurídico, como es el criminal, que reclama una sosegada decantación de sus propuestas reformadoras.

No se trata en este punto de confirmar el acre diagnóstico, suscrito por ciertos autores, del supuesto “síndrome de Penélope” que con florida sintomatología vendría a abrumar a nuestro ordenamiento penal en los últimos años, en un incesante tejer y destejer de instituciones jurídicas que no habrían alcanzado el tiempo preciso de maduración y consolidación, sino de advertir la previsible reviviscencia que la presente reforma puede traer de cuantos problemas de gestión material y aplicación práctica suscitó en su día la pena de arresto de fines de semana como consecuencia de la manifiesta insuficiencia de plazas en centros penitenciarios y de inserción social para asegurar su cumplimiento cabal y efectivo. El Consejo considera necesario recalcar que sin el debido soporte logístico, y por muchas y ciertas que sean las virtudes que adornan a esta modalidad de pena privativa de libertad, el restablecimiento de la misma en España estará abocado a un nuevo fracaso.

En lo que se refiere a la configuración jurídica que se otorga a esta nueva versión de la pena, es de destacar que su reincorporación se verifica intercalando en el texto articulado un nuevo precepto, el artículo 36 bis –pues el artículo 37 se mantiene igual, al conservarse la pena de localización permanente que introdujo, en parte para sustituir a la pena de arresto de fines de semana, la LO 15/2003- configurando un régimen jurídico que no coincide exactamente con el que estableció el original artículo 37 CP. La diferencia más importante radica en que el arresto de fines de semana se concibe en el anteproyecto única y exclusivamente como pena sustitutiva de la pena de prisión en los términos del artículo 88 CP, igualmente reformado. En efecto, el indicado artículo establece que el arresto de hasta veinticuatro fines de semana sirve de posible sustitutivo de la pena de prisión que no exceda de dos años de duración, pero en ningún caso se contempla que pueda operar como pena principal en ningún tipo de delito o de falta.

En su régimen de cumplimiento mantiene sin embargo sus rasgos originales, pues sigue siendo una pena de ejecución penitenciaria discontinua, inspirada en el propósito de favorecer el mantenimiento de los vínculos familiares, laborales y sociales del reo para evitar su desarraigo. También mantiene su calendario de cumplimiento, que abarca dos días por semana, preferentemente los viernes, sábados y domingos, con un total de treinta y seis horas efectivas de internamiento en cada período de cumplimiento.

El nuevo artículo 36 bis presenta, sin embargo, importantes carencias en su regulación, que deben ser oportunamente suplidas. En particular, no se determina la autoridad judicial competente para la supervisión y control de su cumplimiento, como se hacía en el artículo 37.3 CP, que remitía expresamente al Juez de Vigilancia Penitenciaria, si bien tratándose de una pena que comporta internamiento penitenciario, dicha competencia le vendría deferida a éste por el artículo 94.1 LOPJ y por el artículo 76 LOGP. No obstante, el Consejo considera que tal cuestión debería determinarse en la norma sin dejar márgenes de incertidumbre interpretativa.

Por otra parte, se observa que el nuevo precepto no confiere habilitación reglamentaria al Gobierno para efectuar el imprescindible desarrollo normativo de las circunstancias de su ejecución, lo que, de no solventarse oportunamente, generará un insostenible vacío normativo al haber quedado derogado el RD 690/1996, de 26 de abril -de forma tácita por la promulgación de LO 15/2003, que al suprimir la pena de arresto de fines de semana hizo inaplicable su desarrollo reglamentario, y de forma expresa por el apartado 1 de la Disposición Derogatoria única del RD 515/2005, de 6 de mayo- Real Decreto cuyo capítulo segundo disciplinaba aspectos tan relevantes de su ejecución como la determinación de los centros de cumplimiento y su localización geográfica lo más próxima al domicilio del penado (art. 12), el procedimiento de elaboración, propuesta y aprobación del correspondiente plan de ejecución de la pena, en el que se incluía el esencial trámite de la entrevista personal con el penado (art. 13), las condiciones de ingreso (art. 14), el reembolso de los gastos de transporte (art. 15), así como en general el régimen de cumplimiento –caracterizado por el aislamiento celular, la separación del resto de la población reclusa y la aproximación al régimen ordinario de vida propio del segundo grado de clasificación, sin clasificación efectiva- y los derechos y deberes del penado durante su internamiento (arts. 16 a 24), con previsión expresa de la aplicación supletoria en lo no previsto en el Decreto de la normativa penitenciaria general –Ley Orgánica General Penitenciaria y Reglamento Penitenciario- (Disposición Final primera).

El Consejo General del Poder Judicial considera que no es posible técnicamente restablecer la pena de arresto de fines de semana si no se prevé en la propia norma legal la correspondiente habilitación reglamentaria al Ejecutivo para que, dentro del periodo de *vacatio legis*, efectúe un desarrollo completo de las condiciones de su ejecución y del estatuto jurídico del interno.

La norma propuesta presenta además importantes ambigüedades, pues admite su cumplimiento “*en lugar habilitado al efecto*” sin definir el presupuesto habilitante de dicha opción. El original artículo 37.2 CP autorizaba el cumplimiento en depósitos municipales “*de no existir Centro penitenciario en el partido judicial donde resida el penado, siempre que fuera posible*”. El artículo 12 del RD 690/1996 especificaba que en caso de existir varios centros penitenciarios sería preferente el cumplimiento en el centro de inserción social más próximo a su domicilio y que en el caso de no existir centro penitenciario en el partido judicial de residencia del penado y el Juez o Tribunal no acordara el cumplimiento en el depósito municipal, sería la Dirección General de Instituciones Penitenciarias o el órgano autonómico equivalente el que asignaría el centro de cumplimiento.

El texto proyectado no contiene ninguna mención de ese estilo, lo que lleva al intérprete a cuestionarse si la indicación que hace al lugar habilitado al efecto, remite por razón de los meritados precedentes normativos única y exclusivamente a los depósitos municipales de detenidos, o pretende ser más amplia y referirse a otros centros o instituciones de encierro o detención dependientes de administraciones públicas no vinculadas o relacionadas con Instituciones Penitenciarias –comisariás, centros de internamiento de extranjeros, etc.-

El uso de los depósitos municipales se reveló en la anterior experiencia aplicativa de la pena como una solución muy deficiente e insatisfactoria, dada la notoria inadecuación de la mayoría de los existentes para el cumplimiento de esta función y la insuficiencia de su número, que no permitió suplir la carencia de plazas apropiadas en los Establecimientos Penitenciarios.

El recurso a centros de detención no dependientes de Instituciones Penitenciarias debe, por otra parte, excluirse en la propia ley, sin dejar márgenes de duda, pues su habilitación para otros fines los hace incompatibles con la función específica de esta pena.

También conviene precisar en la norma la preferente utilización de los Centros de Inserción Social como los más adecuados para este fin, de conformidad con el artículo 163.1 del Reglamento Penitenciario (RD 190/1996, de 9 de febrero) que define específicamente estos Centros como “*establecimientos penitenciarios destinados al cumplimiento de penas privativas de libertad en régimen abierto y de las penas de arresto de fines de semana...*”

En resumen: el Consejo considera sumamente desaconsejable la restauración de la pena de arresto de fines de semana, ni siquiera como mero sustitutivo de la pena de prisión, dado el fracaso histórico que cosechó esta institución. Desde un punto de vista técnico es a su vez extremadamente grave que la reedición de esta figura se haga sin la imprescindible habilitación reglamentaria al Gobierno para que desarrolle

las normas reguladoras de los aspectos accesorios de su ejecución, como hizo en su día, oportunamente, el vigente Código Penal.

MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE PENAS VIGENTES

1.- Nueva configuración legal de la pena de localización permanente

La pena de localización permanente fue introducida por la LO 15/2003, como pena de naturaleza leve, en parte para ocupar el vacío que dejaba la pena de arresto de fines de semana, suprimida en la misma reforma. La localización permanente obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia durante un periodo de tiempo de hasta doce días. Actualmente es una forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria derivada de una multa cuando se trata de faltas (artículo 53.1 CP) y aparece prevista en múltiples figuras tipificadas en el Libro III del Código Penal como pena alternativa a la pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad.

La presente iniciativa prelegislativa, pese a restablecer la pena de arresto de fines de semana, no suprime la localización permanente, sino que, por el contrario, la potencia, al convertirla en pena de naturaleza menos grave capaz de funcionar como sustitutivo de la prisión de hasta dos años de duración.

El apartado sexto del artículo único del anteproyecto modifica el apartado primero del artículo 37 CP para suprimir la mención a su duración máxima, que ahora es de doce días, sin especificar cuál es su nueva duración. Para conocer la misma el intérprete se ve obligado a acudir a los artículos 33.3, m) y 88.1, c), de los que se deduce que pasa a ser seis meses. Dicha determinación temporal debe, sin embargo, ser incorporada, para mayor claridad, al propio artículo 37.1 CP.

La reforma le otorga el carácter de pena menos grave cuando su duración abarca de trece días a seis meses (art. 33.3, m) manteniendo su consideración de pena leve cuando su duración abarca de uno a doce días (artículo 33.4, g).

La opción del prelegislador de dotarla del rango de pena menos grave, aunque sea como mero sustitutivo penal, resulta arriesgada. Se ha de considerar que la pena de localización permanente incorporada al vigente Código Penal por la LO 15/2003 constituyó, con una denominación diversa, una

reviviscencia del histórico arresto domiciliario, que se configuraba en el anterior Código de 1973 como medio facultativo de cumplimiento de la pena de arresto menor destinada a la represión de infracciones leves, con una duración de uno a treinta días –vid. art. 85 CP 73- y que la praxis extendió al cumplimiento del arresto sustitutorio de las penas de multa impuestas por la comisión de faltas.

La presente reforma, al mudar su naturaleza jurídica original de pena leve y optar por la extensión de su duración hasta un límite de seis meses, va a plantear sin duda problemas aplicativos importantes, pues un arresto domiciliario tiene sentido como privación de libertad breve, a ejecutar en plazos cortos que no impliquen una perturbación relevante de la vida ordinaria del penado, debiendo evitarse una prolongación excesiva que, dadas las condiciones peculiares de su cumplimiento, en caso de darse, propiciaría su quebrantamiento.

El Consejo considera por ello conveniente que se mantenga el perfil actual de la pena, su naturaleza leve y su aplicación exclusivamente al ámbito de las faltas.

El anteproyecto añade asimismo un apartado cuarto al artículo 37 CP para autorizar el uso de medios mecánicos o electrónicos en el control del cumplimiento de la localización permanente, previsión correcta y que merece pleno apoyo, pues el empleo de tales medios resulta oportuno y útil en aquellas penas o medidas que no implican internamiento en centros oficiales, y por otra parte, desde un punto de vista formal, la previsión de su aplicación en una norma de rango legal es un acierto indiscutible, pues tales aspectos de la ejecución tienen relevancia suficiente para que sea recomendable no dejarlos remitidos al ámbito reglamentario.

En resumen: el Consejo considera que la localización permanente no debe en ningún caso ser aplicada fuera del contexto de las infracciones penales leves. Como sustitutivo de la pena de prisión carece de sentido. Por otra parte su extensión en duración hasta seis meses es garantía cierta de su fracaso.

2.- Nuevo efecto previsto para la privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores y tenencia y porte de armas

El apartado octavo del artículo único del anteproyecto introduce un nuevo efecto asociado a la penas de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, consistente en la pérdida definitiva del permiso o licencia que habilite para la conducción o la tenencia o porte respectivamente, así como la privación del derecho a obtenerlos durante el tiempo de la condena, cuando ésta se hubiere impuesto en sentencia con una duración superior a los dos años.

Se diversifica de este modo el contenido de estas penas en función de la duración por la que hubieren sido impuestas en sentencia aplicando las reglas de determinación legal y de individualización judicial: si la pena tiene una duración de hasta dos años, conlleva la mera interdicción temporal de los derechos a conducir o a tener y portar armas, si su extensión excede los dos años conllevan, además de la interdicción temporal, la pérdida definitiva de las correspondientes licencias y la prohibición de obtener otras nuevas durante el tiempo de duración de la condena.

Esta diversificación de las consecuencias jurídicas no es nueva en nuestro ordenamiento, pues el Código Penal de 1973 contemplaba, al menos hasta la reforma operada en el mismo por la LO 8/1983, de 25 de junio, la posibilidad de privar definitivamente al culpable del permiso de conducir por repetición de condenas, en sus artículos 340, bis a) y 565.1 y 6. Tampoco es inédita en el derecho comparado, pues, por ejemplo, el Código Penal alemán diferencia netamente la interdicción del derecho a conducir vehículos de motor por un tiempo de uno a tres meses, que se concibe como pena accesoria (& 44), de la retirada del permiso de conducir, que se regula como medida de seguridad aplicable únicamente a quien ha revelado un estado de peligrosidad por haber acreditado con su acción criminal su falta de aptitud para conducir un vehículo, tanto si resulta condenado, como si no lo es sólo porque su inimputabilidad es reconocida o no es excluida (& 69).

El Consejo nada tiene que objetar a esta nueva consecuencia jurídico penal. Su vinculación a una determinada duración de la pena de privación temporal del derecho es una opción válida, aunque se podrían estudiar otras, como su aplicación en aquellos casos en que se revele en el culpable una singular ineptitud o inadecuación para conducir, con independencia de la duración de pena impuesta.

3.- Nueva configuración legal de la pena de multa

El anteproyecto procede a efectuar ciertas modificaciones de detalle en el régimen jurídico de aplicación de la pena de multa en los apartados décimo a decimotercero de su artículo único.

El apartado décimo modifica el artículo 50.4 CP para elevar el umbral de la cuantía de la cuota diaria de la pena de multa de dos a cinco euros. Se trata de un incremento realmente importante que, al exceder claramente la evolución del IPC de los últimos años, refleja una clara voluntad del prelegislador de incrementar el efecto aflictivo de la pena, consecuencia, posiblemente, del escaso contenido económico que la pena de multa llega a tener en aquellas ocasiones que en la cuota se fija en el mínimo actual.

El apartado undécimo incide en el artículo 51 CP para restablecer el sentido original que tenía este precepto antes de ser reformado por la LO

15/2003. En efecto, el texto inicial de este artículo establecía que “[S]i después de la sentencia, el penado empeorare su fortuna, el Juez o Tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de la capacidad económica de aquél, podrá reducir el importe de las cuotas”. Se admitía de este modo la posibilidad de mudar la cuantía de la multa, después de la firmeza de la sentencia, únicamente a la baja, atendiendo a un empeoramiento relevante de la situación patrimonial y económica del penado. Esta previsión legal no atentaba contra la santidad de la cosa juzgada, pues en último término el nivel de afflictividad de la pena venía determinado por el número de cuotas que se impusieran al culpable, las cuales se fijan mediante la aplicación de las reglas del Capítulo II del Título III del Libro I del Código Penal –“De la aplicación de las penas”-, atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable. Una reducción de la cuantía de las cuotas proporcional a la disminución del patrimonio del reo no representa, teóricamente, una variación de la intensidad de la respuesta penal.

La reforma operada por la LO 15/2003, llevó este postulado a sus últimas consecuencias, al posibilitar una modificación de la cuantía de las cuotas también al alza, en proporción al incremento patrimonial del reo, materializando un criterio de política criminal igualmente legítimo y asumible. La reforma que se comenta implica la abolición de la posibilidad instaurada por la LO 15/2003, restableciendo el sentido original de la norma, de modo que sólo se admite la variación a la baja.

No corresponde al Consejo pronunciarse a favor de uno u otro criterio, pues ambos son expresión de la capacidad de libre configuración de la norma que compete a quienes participan en el procedimiento legiferente. El reproche, sin embargo, puede venir motivado por la apreciación de un notorio afán neutralizador de reformas precedentes que apenas han tenido tiempo de manifestar su acierto o adecuación.

4.- Nuevo régimen jurídico de las penas accesorias

El apartado decimocuarto del anteproyecto modifica el artículo 56 CP para diversificar el tratamiento de las penas accesorias introduciendo un principio de aplicación facultativa que actualmente es desconocido en el caso de las penas accesorias propias, que son aquellas que no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo –como especifica el artículo 54 CP aunque refiriéndose concretamente a las penas de inhabilitación-.

En el texto vigente la pena de prisión siempre ha de llevar aparejada una pena accesoria: si su duración es igual o superior a diez años, la pena accesoria será la de inhabilitación absoluta (artículo 55), y si su duración es inferior a diez años, entonces los Jueces o Tribunales han de imponer alguna –o algunas- de las penas restrictivas de derechos que aparecen enumeradas en el artículo 56 CP y que son: suspensión de empleo o cargo público,

inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, o inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia dicha vinculación.

La reforma ha decidido flexibilizar los criterios de aplicación de las penas accesorias instituyendo su carácter facultativo en aquellos casos en que la pena de prisión alcanza hasta los cinco años de duración. Se trata de una opción comprensible pues en la práctica determinar la pena accesoria a imponer resulta en algunas ocasiones una tarea sumamente problemática, al no existir conexión entre la perpetración del hecho criminal enjuiciado y el ejercicio de un derecho, profesión o cargo.

5.- Responsabilidad personal subsidiaria

El apartado quinto del artículo único del anteproyecto modifica el artículo 35 CP para introducir en el elenco de penas privativas de libertad la mención a la pena de arresto de fines de semana. Desaparece sin embargo la mención a la responsabilidad personal subsidiaria, lo que no está justificado, debiendo incluirse igualmente en el precepto.

REFORMA DE LA CONTINUIDAD DELICTIVA EN LAS INFRACCIONES PATRIMONIALES

El apartado decimoséptimo del artículo único del anteproyecto modifica el artículo 74.2 CP que establece las singularidades de la continuidad delictiva en el ámbito de los delitos contra el patrimonio, disponiendo que cuando se tratare de delitos o faltas contra el patrimonio “*se determinará la gravedad de la infracción*” y se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. La reforma permite de este modo visualizar en el propio texto normativo el carácter ontológico de la continuidad delictiva, que conforme a esta redacción nueva, no es simplemente una regla especial de determinación de la pena aplicable a una pluralidad de acciones atentatorias contra el patrimonio ajeno, sino que constituye, por la vía del establecimiento de una ficción jurídica, una unidad desde el punto de vista de su consideración penal. La precisión no va a modificar la praxis, que ya viene entendiendo que la gravedad del continuado resultante de una pluralidad de acciones viene determinada por el monto total del perjuicio causado.

De inaceptable, sin embargo, se ha de calificar la sustitución de la conjunción copulativa “y” por la disyuntiva “o” al regular en el inciso final del mismo apartado la imposición de la pena superior en uno o dos grados cuando el hecho revistiere notoria gravedad “o” hubiere perjudicado a una pluralidad de personas. Esta sencilla modificación textual supondría la alienación del sentido

original del delito masa, al que se refiere la norma, el cual fue introducido en la reforma de 1983 del anterior Código Penal, que lo incluyó en su artículo 69 bis para reforzar la respuesta penal de aquellas infracciones patrimoniales que tenían múltiples perjudicados, cuando todos ellos fueren víctimas de una misma acción o de varias acciones repetidas, pero homogéneas, dirigidas a un grupo de personas que se encuentren en una misma situación y a quienes se embauca con un mismo artificio.

Desvincular la generalidad de las víctimas de la gravedad de la acción supondría una alteración sustancial del fundamento dogmático del delito masa y su completa desnaturalización, por lo que procede el mantenimiento del sentido original de la institución tal y como aparece en el texto vigente.

FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y SUSTITUCIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

1.- Suspensión condicional de las penas privativas de libertad

1.1.- El apartado decimonoveno del artículo único del anteproyecto, modifica el tenor de la primera regla del artículo 81 CP, donde se regulan las condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de penas privativas de libertad. El texto actual exige como primera condición para el acceso a este beneficio penal que el condenado haya delinquirido por primera vez. Las otras dos condiciones son que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, y que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hayan originado. La reforma sustituye la exigencia de que el condenado haya delinquirido por primera vez por la de que no sea reincidente o habitual.

La modificación del tenor de la norma no puede ser entendida en este caso como una reforma intrascendente o de mero estilo, sino que, por el contrario, tiene un alcance mucho más amplio de lo que a primera vista parece. Históricamente la institución de la suspensión se ha concebido como un beneficio destinado al delincuente primario, esto es, al que no tiene condenas anteriores al hecho que se juzga, valorándose fundamentalmente la circunstancia personal del reo que no ha tenido contacto previo con el mundo de la delincuencia y que por ello puede verse suficientemente motivado por la amenaza de la ejecución de la pena, sin necesidad de ingresarle en prisión. Al variar la exigencia actual en el sentido de condicionar el disfrute del beneficio a la circunstancia jurídica de que el culpable no sea reincidente o habitual se está operando una considerable extensión del ámbito subjetivo de aplicación del beneficio al admitir a delincuentes que aún no siendo primarios, no ven obstaculizado legalmente el disfrute de este beneficio si sus condenas previas –aunque sean múltiples y variadas– no son susceptibles de ser tomadas en consideración para fundamentar la apreciación de la agravante de reincidencia,

por tratarse de delitos de distinta naturaleza, o sancionados en distinto título del Código.

Esta ampliación no se compadece bien con el sentido original de la institución. En efecto, la suspensión condicional de la pena se introdujo en nuestro país mediante la Ley de 17 de marzo de 1908, sobre Condena Condicional (Gaceta del 19 de marzo de 1908) que se complementó con el Real Decreto de 23 de marzo de 1908 que establecía las disposiciones para su mejor cumplimiento (Gaceta del 24 de marzo de 1908).

Esta Ley se hacía eco de las experiencias que otros países habían iniciado para un mejor tratamiento de los delincuentes ocasionales o primarios, como era el caso de Inglaterra, que la introdujo en 1887, Bélgica, que la implantó en 1888, Francia en 1891, Portugal en 1893, Noruega en 1894, así como los Estados Unidos e Italia en los años 1902 y 1904 respectivamente.

El carácter primario del delincuente susceptible de este tratamiento novedoso fue enfatizado en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1908, que definía al instituto jurídico como *“un perdón provisional que predispone a la corrección y tan conforme con las inclinaciones humanas, que une hábilmente la piedad con la amenaza, retrayendo al que por primera vez cayó en la culpa de reincidir en ella, solicitado a la vez por el recuerdo de la gracia que obtuvo, y por el peligro del rigor con que en lo futuro habría de ser tratado”*.

Desde su nacimiento la suspensión –entonces denominada remisión condicional- se vinculaba a la existencia de una primera culpa, es decir, al delincuente que no había tenido con anterioridad contacto con el mundo criminal, para el que se consideraba que la suspensión podía ejercer un poderoso influjo motivador de un comportamiento respetuoso de la Ley en lo futuro. En esta institución se condensaba una voluntad institucional de tutela del delincuente primario, a quien se trata de preservar del riesgo de contagio criminógeno que le depararía el contacto con la población reclusa más empedernida en caso de ordenarse su ingreso en una institución penitenciaria.

La primariedad delictiva se exigía en el anterior Código Penal de 1973 (artículo 93.1ª) y se mantiene en el actual. La propia doctrina del Tribunal Constitucional reconoce la adecuación de dicha exigencia en la STC 165/1993, cuando manifiesta que *“la condena condicional está concebida para evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios, y respecto de las penas privativas de libertad, finalidad explícita en el momento de su implantación”*.

En resumen: el Consejo considera que debe mantenerse el actual tenor del artículo 81.1ª CP por estimar que se ajusta mejor a la prístina finalidad de la institución, pues ser reincidente es un concepto más limitado que carecer de antecedentes penales, y la idea de “primera

culpa” es incompatible con la existencia de antecedentes penales por delito, sean o no de la misma ubicación sistemática.

1.2.- Resulta no menos reseñable el hecho de que la reforma haya suprimido del artículo 81.1ª CP el concreto inciso que ordena no tener en cuenta “*las anteriores condenas por delitos imprudentes*”. Se trata sin duda de una supresión deliberada que trata de excluir del disfrute del beneficio a los autores de delitos imprudentes que tengan antecedentes no cancelados por delitos de la misma naturaleza.

Es una opción acertada, pues de acuerdo con los principios generales que rigen la institución de la suspensión su eficacia queda supeditada a la concurrencia de un perfil bajo de peligrosidad criminal, (artículo 80.1, párrafo segundo CP), finalidad que se satisface mejor cuando se valoran no sólo las formas de actuación criminal dolosa, sino también aquellos tipos criminológicos que revelan una tendencia a la causación de resultados lesivos o dañosos por imprudencia, los cuales conforme al tenor actual de la norma, que ordena no tomar en consideración las condenas anteriores por delitos imprudentes, no se ven impedidos de acceder al beneficio de la suspensión.

2.- Sustitución de la pena de prisión

2.1.- El apartado vigésimo primero del artículo único del anteproyecto modifica el artículo 88 CP alterando de forma sustancial el vigente régimen jurídico del beneficio de la sustitución de la pena de prisión. En la no muy larga vida del Código Penal, la regulación de esta materia ha conocido transformaciones sustanciales. En el texto original del Código, la pena de prisión era susceptible de ser sustituida por pena de arresto de fines de semana, o multa, siguiendo un patrón fijo de conversión de penas en virtud del cual cada semana de prisión era sustituida por dos arrestos de fin de semana, y cada día de prisión por dos cuotas de multa. La pena de arresto de fines de semana, a su vez, cuando operaba como pena principal asignada a un delito o falta en la Parte Especial, era susceptible de ser sustituida por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aplicándose el patrón de cuatro cuotas de multa o dos jornadas de trabajo por cada arresto de fines de semana.

Tras la reforma operada por la lo 15/2003, desaparecida de la esfera del sistema de penas español la de arresto de fines de semana, el artículo 88 CP se limitó a regular la sustitución de la pena de prisión, contemplando como penas sustitutivas la de multa y la de trabajos en beneficio de la comunidad, manteniendo el mismo patrón de conversión de dos cuotas de multa o una jornada de trabajo por cada día de prisión, con la salvedad de que en el caso de que la condena fuese por la comisión de un delito de violencia doméstica habitual del artículo 173.2 CP la pena de prisión sólo podía ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad.

El presupuesto material sobre el que operaba este beneficio era, en ambas versiones, que la pena de prisión impuesta no excediera de un año de duración, o, excepcionalmente, de dos años, si de las circunstancias del hecho y del culpable se pudiera inferir que el cumplimiento de la pena de prisión habría de frustrar sus fines de prevención y de reinserción social.

La reforma que introduce el anteproyecto en esta materia implica la segunda gran revisión del sistema que se produce en un período de muy pocos años, y afecta a cuestiones de gran calado, como son la determinación del presupuesto de su aplicación, la selección del elenco de las penas que pueden operar como sustitutivas de la prisión y las reglas de determinación de la extensión de la pena sustitutiva, suprimiendo los módulos legales de conversión de unas penas en otras, y extendiendo de forma notable el ámbito de discrecionalidad judicial en la medición de las sustitutivas.

2.2.- Presupuestos materiales de aplicación del beneficio. Desde su implantación en el vigente Código Penal el instituto de la sustitución de la pena de prisión se viene caracterizando por observar en su regulación un presupuesto aplicativo compuesto o dual, basado en la distinción de dos tramos de la pena de prisión a los que se aplica, en teoría, un régimen distinto: hasta un año de extensión, se considera su aplicación como ordinaria, siempre que *“las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen”*. Hasta dos años de duración, se admite excepcionalmente su aplicación *“cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas (las penas de prisión) habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social”*. En ambos casos el reo habitual queda excluido del disfrute del beneficio, pero no el reincidente.

La distinción entre los dos supuestos se ha revelado en la *praxis*, como cabía esperar, inane, pues ambos comparten los mismos requisitos, términos y módulos de conversión, lo que ha conducido a que la sustitución se aplique a penas de hasta dos años de duración sin distinción de tramos. Por otra parte es un contrasentido conceptual y dogmático elaborar una distinción entre penas de prisión en función de que su cumplimiento vaya a alcanzar –o se anticipe que vaya a alcanzar en una prognosis que, a falta de datos objetivos y ciertos, resultará el producto de la pura intuición del juzgador- los fines propuestos de prevención y reinserción social.

Ciertamente, la prevención especial es uno de los fines constitucionales de la pena (artículo 25.2 CE), pero no constituye su fundamento, ni su fin exclusivo o prevalente, como ya ha aclarado debidamente la doctrina del TC – SSTC 120/2000, 55/96, 19/88, 28/88, 150/91, entre otras-, por lo que carece de sentido que el cumplimiento de la pena de prisión se supedita a un juicio pronóstico de efectividad resocializadora cuya elaboración, por otra parte, coloca al juez en la enigmática situación de tener que enjuiciar la validez o

legitimidad de las consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento que aplica.

En atención a lo expuesto, la reforma merece favorable acogida en la medida en que unifica el presupuesto aplicativo de esta modalidad de sustitución de la pena de prisión, estableciendo su posible aplicación a las penas de prisión que no excedan de dos años de duración, sin distinción de tramos o niveles, conservando las variables ya conocidas de naturaleza objetiva –naturaleza del hecho ilícito cometido, conducta del culpable antes, durante y después de su ejecución- y subjetivas –circunstancias personales del reo y, con carácter prevalente, el esfuerzo que haya desarrollado en orden a reparar el daño causado después de su comisión-.

El Consejo considera, sin embargo, que la reforma no aprovecha la oportunidad de delimitar con mayor acierto el presupuesto de aplicación de este beneficio en un aspecto sumamente importante, como es el de la eventual aplicación del principio de unidad de pena en caso de pluralidad de condenas recaídas en la misma sentencia. Esta cuestión se resuelve satisfactoriamente en el artículo 81.2ª CP, en sede de suspensión condicional, en tanto que la norma contempla en este caso una valoración conjunta de la gravedad de las condenas impuestas, al exigir que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años -sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa-. El régimen jurídico actual de la sustitución de la pena permite, por el contrario, aplicar el beneficio al reo que ha sido condenado a un período de prisión superior a dos años en supuestos de concurso real de delitos, si resulta que cada una de las penas de prisión, individualmente consideradas, no excede de dicho límite.

En resumen: el Consejo considera recomendable que el criterio de valoración unitaria de las penas recaídas en la misma sentencia se incorpore también al régimen propio de la sustitución, de modo que cuando la suma de las penas de prisión impuestas exceda de los dos años, quede vedado el acceso al beneficio.

2.3.- El anteproyecto opta por aumentar el elenco de posibles sustitutivos de la pena de prisión, pues a los actualmente reconocidos como tales, que son la pena de multa y la de trabajos en beneficio de la comunidad, incorpora la pena de arresto de fines de semana, que se reintroduce en el Código con el exclusivo propósito de servir a esta finalidad sustitutiva, y se añaden las penas localización permanente, que actualmente se regula como pena de naturaleza leve, y libertad vigilada, de nueva creación.

Sobre la resucitación de la pena de arresto de fines de semana ya nos hemos pronunciado *supra* en sentido crítico: la decisión resulta desacertada, pues la precedente experiencia applicativa de la misma condujo a su fracaso por ausencia de logística apropiada para el cumplimiento de sus fines en el ámbito penitenciario, pero también cabe calificarla de intempestiva, pues se hace

revivir a los pocos años de haber sido suprimida por inoperante, en un movimiento reformador que en este punto parece aspirar más bien a erigirse en contrarreforma de anteriores iniciativas.

Más preocupante, sin embargo, resulta la opción por las penas de localización permanente y libertad vigilada, pues las mismas suscitan un problema más que práctico, de fundamento material: su clara inidoneidad para servir de sustitutos de las penas de prisión.

La localización permanente, como ya se ha sugerido, no es más que una reintroducción del arresto domiciliario del viejo Código que en la reforma operada por la LO 15/2003 procuró rellenar los vacíos que en la Parte Especial generó la desaparición del arresto de fines de semana en el ámbito de las faltas. Su utilidad para la represión de las conductas constitutivas de falta podrá ser discutida, pero no negada de plano, pues en último término responde a una larga tradición jurídica en nuestro país. Lo que ya no resulta fácilmente asumible es que una pena concebida por su baja intensidad retributiva como respuesta adecuada para infracciones de ínfima gravedad pueda servir de sustituto de una pena de naturaleza menos grave como es la prisión de hasta dos años de duración.

Ciertamente, la reforma busca intensificar el poder intimidatorio de la pena extendiendo su duración hasta seis meses, pero nuevamente la iniciativa topa con su previsible falta de practicidad, pues alargar su cumplimiento más allá de los doce días que delimitan su actual caracterización como pena leve fomentará el quebrantamiento e imposibilitará su debido control, pues difícilmente es concebible que el reo asuma un encierro domiciliario no sujeto a restricciones externas durante un período que se puede prolongar por meses, hasta un máximo equivalente a medio año. Tampoco parece factible un control de periodicidad mínima diaria ejercido por agentes policiales mediante presentación personal en el domicilio del reo durante un período de tiempo tan prolongado, lo que además les distraerá del desempeño de otras funciones más acordes con su conceptualización de fuerzas y cuerpos de seguridad. El uso de medios telemáticos o electrónicos de control de presencia podría aliviar estos problemas, pero de momento no se puede considerar una solución plenamente satisfactoria, pues nuevamente se haría depender la eficiencia de la previsión normativa de una disponibilidad material de medios que de momento no existe. En definitiva, persistiría la objeción última de que un encierro domiciliario carece de toda virtualidad preventivo especial al no conllevar ningún tipo de intervención en la personalidad del sometida al mismo, al margen del puro constreñimiento de su libertad ambulatoria.

En cuanto al recurso a la libertad vigilada, no queda sino recordar lo manifestado *supra*. Sustituir una pena de prisión de hasta dos años de duración por una pena –que no es tal– reducida en su contenido a la mínima expresión de que el reo facilite al Tribunal su localización sin asumir ningún otro deber, obligación o compromiso personal, implica *de facto* el vaciamiento de la pena y

la negación de la noción misma de justicia. La libertad vigilada, ejercida con el debido control por parte de agentes delegados del Tribunal especializados en la asistencia y control de los infractores, puede tener valor de medida de seguridad postdelictual, como muestra el derecho comparado y nuestro derecho penal de menores, pero entendida como lo hace el presente texto como un mero deber de localización personal, ni sirve como pena ni como medida, ya que ni patentiza ante el orden social esa mínima expresión de reproche culpabilístico que es exigible a toda consecuencia jurídica del delito para que pueda servir a su función primigenia de afirmación del orden jurídico conculcado, ni tiene virtualidad para promover en el sujeto valores, habilidades, aptitudes o propensiones que le impulsen realmente a integrarse en la sociedad mediante el seguimiento de una conducta adecuada a la norma penal, ni protege en última instancia a la sociedad frente al peligro potencial que el mismo pueda representar por sus circunstancias personales, sociales o caracteriológicas.

El Consejo considera, por lo tanto, que lo más adecuado es el mantenimiento de las penas sustitutivas actualmente previstas en el Código Penal, multa y trabajos en beneficio de la comunidad, pues las novedades que introduce el anteproyecto en este apartado no resultan satisfactorias. E incluso desde este punto de vista, se presenta como inadecuada la regulación que se hace de la aplicación sustitutiva de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, pues se la sujeta a un límite máximo de noventa días que no aparece justificado en la parte expositiva del anteproyecto. Lo cierto es que la pena, cuando se asigna como principal a delitos menos graves, tiene prevista una duración de 31 a 180 días (artículo 33.3, k CP), lo que hace inexplicable que su extensión superior resulte drásticamente rebajada a la mitad de su límite máximo –90 días- cuando opera como sustitutivo de una pena de prisión, ya que precisamente su operatividad como sustituto de una pena privativa de libertad de superior gravedad intrínseca, justificaría que se facultase al Juez o Tribunal en sentido inverso para que pudiera imponerla en una extensión superior al límite general de 180 días.

En resumen, el Consejo considera inadecuadas como sustitutivos de la prisión tanto la pena de arresto de fines de semana, por haber acreditado históricamente su fracaso, como las penas de libertad vigilada y localización permanente, por su manifiesta inidoneidad para desempeñar ese fin.

2.4.- El anteproyecto apuesta decididamente por un ensanchamiento de la discrecionalidad judicial también en relación con la determinación de la extensión de la pena sustitutiva. El artículo 88.1 CP proyectado suprime toda referencia a módulos de conversión fijos de la pena de prisión en cualquiera de las penas sustitutivas, eliminando los que ahora existen para fijar la pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad, imponiendo el límite máximo de las mismas, e invalidando cualquier límite mínimo que sirva de umbral o suelo infranqueable. Los arrestos de fin de semana pueden ser hasta

veinticuatro, los trabajos en beneficio de la comunidad pueden alcanzar hasta noventa días, la localización permanente seis meses y la multa veinticuatro meses. Nada se dice en cambio de la libertad vigilada, aunque en la Parte General se prevé que su duración abarcará de seis meses a un año –como pena menos grave, artículo 33.3, n)-.

Ninguna correlación se establece entre la duración de la pena de prisión que se sustituye y la extensión en que se ha de imponer la pena sustitutiva, lo que unido a la invalidación de todo límite mínimo que conlleva el inciso final del artículo 88.1, que reza “[E]n la imposición de las penas sustitutivas, los Jueces y Tribunales no estarán sujetos a los límites mínimos señalados en el artículo 33.4 de este Código”, significa el apoderamiento al órgano judicial para decidir libérrimamente el contenido retributivo de la sanción aplicable hasta límites equivalentes a su anonadamiento. El Consejo no puede aceptar esta solución que se revela contraria al valor justicia, como criterio superior del ordenamiento jurídico –artículo 1.1 CE- y al propio fundamento de la pena, como condigna reacción jurídica a la culpabilidad por el hecho ilícito.

Algunos ejemplos pueden revelar el desajuste de la norma con las necesidades de afirmación del ordenamiento jurídico. Perpetrado por un sujeto no habitual un delito de robo con violencia, castigado con pena de prisión de dos a cinco años en el artículo 242.1 CP, si se le impone la pena en su límite mínimo, puede aspirar a su sustitución por alguna de las penas previstas en el artículo 88.1 CP, sin que el Juez se vea constreñido por consideraciones de gravedad del hecho o circunstancias personales a decantarse por una o por otra, ni a fijar una determinada extensión a la misma siempre que respete sus límites superiores. Comoquiera que no existe ningún límite inferior que la pena sustitutiva deba respetar, ni siquiera el límite previsto en el artículo 33.4 CP para las penas leves aplicables a las faltas, el robo violento podría, en manos de un Juez excesivamente complaciente, acabar siendo retribuido con una multa de cinco euros, un fin de semana de arresto, una jornada de trabajos en beneficio de la comunidad, un día de encierro en el propio domicilio o en otro de su designación, o un día de libertad vigilada consistente en dar cuenta al Juez de su localización durante esa jornada. La situación se torna más difícil de asumir si consideramos que al no estar previsto el principio de unidad de pena en la determinación del límite material de aplicación del beneficio en los casos de sustitución, si el robo con violencia hubiera ido acompañado de la causación a la víctima de unas lesiones necesitadas de tratamiento médico o quirúrgico, castigadas en el artículo 147.1 CP con pena de seis meses a tres años, si la pena que se impusiere tampoco excediere de dos años de duración, sería igualmente susceptible de ser sustituida en los mismos términos señalados. Elementales razones de sensatez y sentido común exigen que la norma prevea e impida estas soluciones aplicativas, que serían formalmente respetuosas con el Código.

En modo alguno se va a pronunciar el Consejo en contra del reconocimiento de un margen amplio de discrecionalidad judicial en la elección

del sustitutivo de la pena de prisión y en la determinación de su extensión. Es más, los módulos de conversión de penas actualmente vigentes conducen a excesos en lo más, al resultar, por ejemplo, en penas de trabajos en beneficio de la comunidad difícilmente asimilables en fase ejecutiva. Piénsese, por ejemplo, en la sustitución de una pena de dos años de prisión, que resulta en un total de setecientos veinte días de trabajos, virtualmente inasumibles.

Como de costumbre, la virtud se halla en el medio. Es legítimo que se supriman los módulos de conversión fijos, pero lo que no resulta prudente es que no se fijen unos límites penológicos claros, en lo mínimo y en lo máximo, para evitar que el arbitrio judicial pueda degenerar en casos extremos de arbitrariedad.

Lo cierto, en definitiva, es que el único límite que se deja a la discrecionalidad judicial es el que mantiene el régimen singular aplicable a los delitos relacionados con la violencia de género, que instituyó la LO 15/2003, para la violencia doméstica habitual del artículo 173.2 CP y mantuvo la LO 1/2004, de 28 de diciembre, para los delitos relacionados con la violencia de género: en estos casos, la pena de prisión sólo se puede sustituir por trabajos en beneficio de la comunidad y el Juez o Tribunal habrá de imponer, obligatoriamente, la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, y la observancia de las obligaciones o deberes previstos en los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83 del Código.

En resumen: el Consejo considera que la discrecionalidad judicial que auspicia el texto proyectado en sede de sustitución de penas es excesiva y puede conducir a resultados inadmisibles. Es responsabilidad del (pre)legislador determinar criterios ciertos y seguros de conversión de las penas que impidan su anodamiento mediante una praxis desacertada.

2.5.- Efectos del incumplimiento de la pena sustitutiva. Según el apartado tercero del proyectado artículo 88 CP en el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, habrá de ejecutarse la de prisión, “compensando ponderadamente la parte efectivamente cumplida”. La norma es un tanto ambigua, pues no se sabe si esa ponderación representa la exigencia de una estricta regla de proporcionalidad o equivalencia aritmética entre la parte de pena sustitutiva cumplida antes de su quebrantamiento y la parte de pena de prisión que se descontará, o por el contrario, alude a una regla de compensación equitativa, basada en la libre valoración judicial, al modo de lo previsto, salvando la diferencia de supuestos, en el artículo 60.2 CP para dar por extinguida o reducir el tiempo de cumplimiento de la pena suspendida por enajenación sobrevenida una vez recuperada la salud.

El Consejo considera, enlazando con lo expuesto en el apartado anterior, que la norma debería determinar con claridad el criterio a seguir en la

cuantificación de la pena de prisión cuyo cumplimiento será exigible, para lo cual deberían establecerse criterios fijos de equivalencia.

3.- Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional

3.1.- El apartado vigésimo segundo del artículo único del anteproyecto reforma el artículo 89 CP restituyendo el carácter facultativo de la sustitución de las penas privativas de libertad de duración no superior a seis años por expulsión del territorio nacional respecto de los reos extranjeros no residentes legalmente en España y abrogando el carácter vinculante que había otorgado a esta modalidad sustitutiva la LO 11/2003. Sobre este particular es obligado recordar que el Consejo General del Poder Judicial en su informe de 26 de febrero de 2003 al anteproyecto de dicha norma se pronunció a favor de la obligatoria expulsión, aunque no sin matices.

El Consejo manifestó que la imposición obligatoria de la expulsión sustitutiva constituía una razonable precaución que permitiría poner fin a la práctica de la comisión de delitos como forma de asegurar la permanencia en España, y recordaba que la legitimidad constitucional de la sustitución, como facultativa, ya había sido declarada por el TC en Sentencias 203/1997 y en el Auto 33/1997. Pero también se pronunció a favor de que el anteproyecto exigiese del juzgador la toma en consideración de las circunstancias personales concurrentes en el reo, y no sólo de la naturaleza del hecho, en el momento de resolver sobre la eventual no aplicación de la sustitución, que se dejaba relegada a casos excepcionales.

A este respecto se puede señalar que si bien la opción por la imperatividad de la expulsión se acreditó en la reforma operada por la LO 11/2003, como se indicó en su día, como medio para prevenir posibles conductas fraudulentas orientadas a impedir la efectividad de la ejecución de las órdenes administrativas de expulsión mediante la comisión de ilícitos penales, la solución que patrocina la actual reforma se aproxima en cambio al régimen sancionador gubernativo, en el que la sanción de expulsión se concibe, no como reacción unívoca a determinadas infracciones graves o muy graves de la normativa de extranjería, sino como solución alternativa a la sanción pecuniaria, cuya imposición se decide tras la sustanciación de un procedimiento en el que se examinan las circunstancias personales y familiares del expedientado –art. 57 LO 4/2000, de 11 de enero-.

Por otra parte, la praxis penal más reciente, sintetizada en la doctrina del TS enunciada en la Sentencia 1162/2005, de 11 de octubre, con apoyo en las SSTS 901/2004, de 8 de julio, 1249/2004, de 28 de octubre, y 1546/2004, de 21 de diciembre, ha consolidado un estado de opinión contrario al automatismo en la aplicación del artículo 89 CP y favorable a la verificación de un juicio ponderado de las circunstancias concurrentes en cada caso antes de adoptar la decisión oportuna, valorando singularmente los bienes jurídicos en conflicto,

postura que por otra parte resulta acorde con la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con la aplicación de las órdenes de expulsión, en tanto que viene exigiendo de los Estados signatarios del Convenio el necesario respeto de los derechos humanos del sujeto a la medida, particularmente de su derecho a la vida familiar, así como de su derecho a la vida y a no ser sujeto a torturas o tratos inhumanos o degradantes contrarios al artículo 3 del meritado Convenio.

En este particular aspecto se puede decir que la praxis ha venido a confirmar el punto de vista del Consejo plasmado en el meritado informe, cuando vino a recordar que la debida consideración a las circunstancias personales concurrentes en el caso, y a las que remite la normativa sectorial – artículo 57.5 de la LO 4/2000-, no puede ser desechada en el ámbito penal *“si tenemos en consideración que el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta el arraigo familiar del extranjero a los efectos de suspender la orden de expulsión en innumerables sentencias como las de 18-9-95, 19-9-95, 4-10-96, 4-11-96, 13-12-98, 26-5-98, 9-2-99, 4-10-99, 15-11-99, 18-7-2000, 25-11-2000, etc. y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora la circunstancia de arraigo, que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de tortura o tratos degradantes contrarios al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión. Así podemos citar las Sentencias de 18 de febrero de 1991(As. Moustaquim), de 26 de marzo de 1992 (As. Beldjoudi), de 21 de junio de 1988 (As. Berrehab), de 30 de octubre de 1991 (As. Soering), de 15 de noviembre de 1996 (As. Cruz Varas) y de 2 de mayo de 1997 (As. Chahal)”*.

El Consejo considera que el retorno al régimen facultativo de sustitución no va a redundar en una transformación radical de la praxis, que ya se viene inclinando por la realización de un juicio ponderado de cada caso.

3.2.- En materia procedimental la reforma introduce el trámite de audiencia al penado, en correspondencia con la doctrina constitucional que la ha venido exigiendo como condición de validez del procedimiento -STC 242/1994-.

El Consejo considera que esta inclusión era necesaria y recomienda, asimismo, que se contemple del mismo modo la audiencia al perjudicado por el delito, dado que la efectividad de la expulsión podría frustrar sus expectativas de cobro de la indemnización, por lo que su punto de vista también debe ser objeto de valoración por el Juez o Tribunal.

3.3.- El apartado cuarto del proyectado artículo 89 contempla los efectos jurídicos que derivarían del quebrantamiento por el extranjero expulsado de la prohibición de regreso a territorio nacional antes de cumplirse el plazo

impuesto, distinguiendo dos supuestos: el caso en que el extranjero fuera sorprendido en la frontera intentando entrar en España, que desencadenará la devolución por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad, supuesto que se identifica con el previsto en el artículo 58.2.b LO 4/2000, de 11 de enero de 2000, y el caso de que el extranjero contravenga efectivamente la prohibición judicial de entrada en España, consumando su propósito infractor, al que la reforma anuda el efecto de la exigencia del cumplimiento de las penas que le fueron sustituidas. Este segundo efecto resulta novedoso, pues en el tenor actual de la norma sólo autoriza la solución de la devolución gubernativa.

La opción del prelegislador no ofrece ningún inconveniente doctrinal en la medida en que constituye una respuesta consecuente con la función sustitutiva que la medida de expulsión tiene reconocida en el ordenamiento penal y que hace que el cumplimiento efectivo de la pena sustituida se represente como consecuencia natural de su quebrantamiento. No obstante, se ha de observar que el texto reformado no contempla ninguna regla o criterio de compensación o descuento de la pena a cumplir en función del tiempo que el extranjero hubiere permanecido efectivamente fuera del territorio español respetando el mandato judicial.

El Consejo considera que la ley debería establecer la ponderación proporcional de ese tiempo al efectuarse la liquidación de la condena con arreglo a criterios fijados de antemano y no meramente equitativos.

3.4.- En relación con la aplicación sustitutiva de la expulsión a los extranjeros que cumplen condena en España una vez alcanzan el tercer grado de clasificación penitenciaria o la libertad condicional, el apartado 5 del propuesto artículo 89 contiene una reforma sustancial: se podrá aplicar a cualquier pena privativa de libertad, y no sólo, como en el texto actual, a los condenados a penas de prisión igual o superior a seis años, a los que no les es aplicable la sustitución íntegra de la pena. Ello representa un cambio trascendental en la ordenación actual de la materia, pues significa que, en relación con los extranjeros no residentes legalmente en España que se hallen sujetos a penas de duración inferior a seis años, los Jueces o Tribunales sentenciadores pueden, a instancia del Ministerio Fiscal, modificar el criterio inicialmente adoptado de exigir su cumplimiento penitenciario, para imponerles la expulsión sustitutiva una vez que han alcanzado por aplicación de la normativa correspondiente las situaciones penitenciarias que aparecen enunciadas en la norma.

En todo caso, parece razonable que la ley exija que el cambio de criterio responda a una alteración sobrevenida de las circunstancias personales y familiares del reo –pues obviamente la naturaleza objetiva del delito y la duración de la pena son variables inalterables- tenidas en cuenta al dictarse sentencia o en el auto iniciador de la ejecución.

En relación con los condenados a penas de prisión igual o superior a seis años, el régimen jurídico se sujeta a las mismas modificaciones expuestas *supra* en cuanto a la discrecionalidad judicial en la decisión, audiencia preceptiva del penado, duración de la prohibición y efectos del quebrantamiento.

No obstante, se ha de apostillar que la posición sistemática que ocupa este apartado –en el número cinco- no es la más correcta, ya que puede suscitar problemas de interpretación en cuando a la aplicabilidad al mismo de las reglas contenidas en los anteriores, por lo que resultaría recomendable que se incorporase como párrafo añadido al apartado primero del precepto, tal como hace el texto actual, despejando toda duda al respecto.

3.5.- El apartado sexto del artículo 89 autoriza el internamiento cautelar en un centro de internamiento del extranjero sujeto a expulsión judicial en los casos en que no se encuentre privado efectivamente de libertad en ejecución de la pena impuesta, remitiendo a los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

Actualmente la efectividad de la orden judicial de expulsión se trata de asegurar autorizando la ejecución provisional de la pena –o medida de seguridad- sustituida mientras se adoptan las disposiciones administrativas precisas para cumplimentar la salida del territorio nacional del extranjero. En efecto, la Disposición Adicional décimoséptima de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dispone en su párrafo segundo que la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial.

El texto propuesto modifica el régimen de ejecución provisional de la pena instituyendo una suerte de internamiento cautelar que se mimetiza jurídicamente con el previsto en la regulación sectorial de extranjería, pues la norma remite expresamente a “los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa”, esto es, a los artículos 62 a 62 *sexies* de la LO 4/2000, de 11 de enero.

El expediente al que acude el prelegislador en esta materia presenta serias objeciones jurídicas, pues la extensión del régimen jurídico de suspensión cautelar del derecho a la libertad personal del extranjero expedientado en vía gubernativa difícilmente se puede cohonestar con el estatus penal de condenado que integra el presupuesto básico de la aplicación de la medida sustitutiva de expulsión prevista en el artículo 89 CP.

En efecto, mientras que la privación cautelar de libertad del extranjero que se halla sujeto a expediente administrativo se rige por un riguroso criterio de excepcionalidad, pues tiene como objeto privar de su disfrute a quien no se halla sujeto a otras responsabilidades, debiendo ponderarse adecuadamente por el Juez que adopta la medida la proporcionalidad y necesidad de la misma en función de las circunstancias concurrentes en el caso, la privación de libertad del reo condenado es, por el contrario, una consecuencia jurídica ineludible derivada de la firmeza de la sentencia que le expropia temporalmente de su libertad y una condición de la efectividad de la tutela judicial que demanda en todo supuesto el cumplimiento cabal del contenido de los pronunciamientos jurisdiccionales.

El Consejo considera preferible la ejecución provisional de la pena que prevé para estos casos la meritada Disposición Adicional, cuyo contenido podría ser incorporado sin mayor problema al texto del artículo 89 CP.

4.- Sustitución de medida de seguridad por expulsión

El apartado vigésimo quinto del artículo único del anteproyecto modifica el artículo 108 CP en el que se regula la sustitución de las medidas de seguridad por expulsión del territorio nacional cuando se imponen sobre un extranjero no residente legal en España. La modificación se centra en el restablecimiento del carácter discrecional de la decisión judicial de sustitución y en la limitación a las medidas de seguridad privativas de libertad de la aplicación de esta modalidad.

La reintroducción del arbitrio judicial merece las mismas consideraciones que se han efectuado *supra* al tratar la sustitución de las penas privativas de libertad. Por otro lado, la reducción a las medidas de seguridad privativas de libertad resulta igualmente consecuente, dado el evidente paralelismo que existe en la aplicación de sustitutivos entre penas y de medidas de seguridad.

NUEVO RÉGIMEN APLICABLE A LA REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD

1.- El apartado vigésimo tercero del artículo único del anteproyecto manifiesta erróneamente que se procede a añadir una Sección cuarta al Capítulo III del Título III del Libro I del Código Penal, con la rúbrica “De la reincidencia y de la habitualidad”. En realidad la Sección cuarta ya existe, y define bajo la rúbrica “Disposición común” el concepto de delincuente habitual en un artículo único, el 94, que fue objeto de reforma parcial recientemente en la LO 15/2003. Lo que emprende la reforma proyectada es, en consecuencia, una modificación de la rúbrica actual.

2.- El apartado vigésimo cuarto del anteproyecto integra el contenido del meritado artículo 94 mediante la introducción de una regulación general de la ampliada eficacia jurídica que se quiere otorgar a la circunstancia agravante de reincidencia. El prelegislador manifiesta en la exposición de motivos de la norma su voluntad de *“superar el angosto marco de una circunstancia agravante para establecer un régimen de progresivas consecuencias de la reincidencia y de la habitualidad criminal, yendo más allá de la exasperación de la pena, y añadiendo otras consecuencias, todo ello en la línea marcada por otros Códigos europeos.”*

En relación con la habitualidad anuncia la introducción de *“diferentes efectos, en donde no es el menor el de la ampliación de la habitualidad al ámbito del delito imprudente, o el de que pueda ser apreciada directamente aunque la multiplicidad de hechos imputados a un mismo autor se enjuicien en un solo proceso”*.

Termina proclamando que con la reforma proyectada *“el reincidente, por su parte, pierde cualquier posibilidad de suspensión de la pena, mientras que al habitual se le añade la de alcanzar la sustitución de la pena (sic)”*, manifestaciones ambas que no se compadecen con la realidad normativa, pues el texto vigente ya contempla un marco de efectos jurídicos asociados a la apreciación de la agravante de reincidencia que se extiende más allá de la exasperación de la pena en el momento de su individualización judicial conforme a las reglas del artículo 66 CP, dado que la condición de reincidente es impeditiva del disfrute del beneficio de la suspensión condicional (art. 81.1ª), con las solas excepciones previstas en los artículos 80.4 y 87.

Por otra parte el efecto jurídico asociado con carácter prioritario a la declaración judicial de habitualidad no es otro que la imposibilidad de acceder al beneficio de la sustitución de la pena, previsión recogida en el artículo 88.1 desde la misma promulgación del Código. En estos particulares, por lo tanto, el anteproyecto, lejos de innovar, como manifiesta la exposición de motivos, se limita a confirmar el actual esquema normativo, si bien lo hace modificando su ordenación sistemática mediante la incorporación de dos nuevos apartados, correspondientes a los cardinales 1 y 2, en el artículo 94.

3.- Consideración distinta merece el apartado 3 del meritado artículo, que instaura un elenco de consecuencias jurídicas para reincidentes y habituales verdaderamente inédito, al disponer que los Jueces y Tribunales, oídas las partes, y mediante resolución motivada, les impondrán alguna de las siguientes medidas:

1ª.- Que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no pueda efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. Se trataría, en definitiva, de generalizar la aplicación del conocido como “período de seguridad” que ahora se contempla en el artículo 36.2 CP para los condenados a pena de prisión de duración igual o superior a cinco

años, es decir, de naturaleza grave, a cualquier pena de prisión, abstracción hecha de su duración, e incluso de la propia naturaleza objetiva del delito cometido. El riesgo que plantea esta propuesta es que se pueda lesionar el principio de proporcionalidad de la reacción penal cuando se trate de delitos de escasa gravedad.

2ª.- Que para la concesión de la libertad condicional se hayan extinguido las cuatro quintas partes de la condena impuesta. Esta medida supone una alteración del régimen jurídico general aplicable al disfrute de este derecho penitenciario, que establece que la libertad condicional requiere haber extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta (artículo 90.1, b CP) o las dos terceras partes (en el supuesto privilegiado del artículo 91.1 CP), adoptando la iniciativa legislativa una postura continuista de la línea agravatoria que inauguró la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, con la importante diferencia de que ésta última concebía el régimen especial que introdujo en el artículo 78 como una compensación a la excesiva lenidad -y en ocasiones impunidad práctica de los excedentes penales- que se derivaba de la aplicación de las reglas de la acumulación jurídica de penas y circunscribía las restricciones más intensas al disfrute de los derechos penitenciarios –como la reducción de la concesión del tercer grado penitenciario a la quinta parte final del límite de cumplimiento de la condena, y de la libertad condicional a la octava parte final del límite de cumplimiento de la condena- a los culpables de delitos graves de tipo terrorista u organizado.

3ª.- El sometimiento a programas de tratamiento terapéutico o educativo de hasta dos años de duración. Aunque el anteproyecto configura formalmente la medida como una consecuencia jurídica innominada asociada a la apreciación en sentencia de la reincidencia o la habitualidad del culpable, lo cierto es que se trata materialmente de medidas de seguridad no privativas de libertad, fácilmente identificables con las previstas en el artículo 96.3, 11ª y 12ª CP, que por ello sería más adecuado que aparecieran vinculadas, no a una circunstancia agravante como la reincidencia, que implica una intensificación de la culpabilidad por el hecho, sino a circunstancias eximentes o atenuantes afectantes de la capacidad de culpabilidad del reo, en congruencia con el sistema dualista de respuesta penal al hecho criminal al que se encuentra adscrito nuestro del Código, que concibe las medidas de seguridad como medios para abordar estados de peligrosidad criminal de naturaleza y finalidad divergentes del reproche culpabilista por el hecho inherente a la aplicación de las penas.

No obstante, se debe reconocer que medidas semejantes aparecen bajo forma de reglas de conducta, obligaciones o deberes de imposición judicial en otras sedes de nuestro Código, como la suspensión condicional de la condena (art. 83.1, 5ª y 6ª CP e incluso el propio artículo 87 que tiene como presupuesto de todo su régimen singular el sometimiento efectivo a un tratamiento de

deshabitación de naturaleza indudablemente terapéutica), la sustitución de la pena (artículo 88.1 CP) y la libertad condicional (artículo 90.2 CP).

4ª.- Cumplida la condena, decretar libertad vigilada por tiempo de hasta dos años. A este respecto se ha de observar que la libertad vigilada es una pena, y que establecer su aplicación por la mera concurrencia de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal significaría romper el marco penal establecido para las distintas figuras de delito contenidas en la Parte Especial, pues entrañaría la aplicación a los hechos típicos de una pena no prevista para los mismos con potencial quiebra del principio de legalidad penal.

5ª.- Cumplida la condena, decretar la medida de expulsión regulada en el artículo 89 de este Código. Esta previsión resulta, de un lado, asistemática, pues entra en contradicción flagrante con el sentido del instituto regulado en el meritado precepto, cuyo objeto es la sustitución –total o parcialmente- de la pena privativa de libertad, no su complemento o reforzamiento. Por otro lado, el carácter superfluo de la norma se revela desde el punto y hora en que el propio artículo 89 contempla la expulsión del penado al alcanzar el tercer grado penitenciario o la libertad condicional, momentos que se pueden considerar como finalizadores del cumplimiento penitenciario de la pena cuando se opta por la expulsión.

A lo dicho se ha de agregar que en el caso de que el anteproyecto se propusiera la aplicación complementaria de la medida de expulsión al extranjero condenado a una pena no privativa de libertad –p.e. multa, o trabajos en beneficio de la comunidad- la mención que hace la norma al artículo 89 resultaría disfuncional, pues como es sabido, el presupuesto de su aplicación es la previa imposición de una pena privativa de libertad. Por otra parte, agregar una nueva medida de contenido punitivo –la expulsión lo es, aunque no aparezca mencionada en el elenco de penas- al condenado por un delito que no tiene prevista esa consecuencia, rompería el marco penal establecido en el Código con infracción del principio constitucional de legalidad penal en los mismos términos indicados en relación con la pena de libertad vigilada.

En resumen, es opinión del Consejo que, del conjunto de medidas propuestas para ampliar los efectos jurídicos de la circunstancia agravante de reincidencia, sólo las dos primeras hallarían justificación suficiente, por ir vinculadas en todo caso a la imposición de una pena de prisión. No obstante, tratándose de delitos menos graves su rigor puede atentar al principio de proporcionalidad de la respuesta penal, por lo que su aplicación debería limitarse a los delitos graves.

Las otras tres medidas debieran ser suprimidas, pues lo cierto es que todas ellas suscitan serios motivos de rechazo, bien porque carecen de vinculación alguna con el fundamento de los institutos de la

reincidencia y de la rehabilitación, como en el caso de las medidas educativas o terapéuticas, porque atentan al principio de legalidad penal – *nulla poena sine lege*–, como en el caso de la libertad vigilada, o porque resultan en definitiva manifiestamente superfluas, como en el caso de la expulsión, modalidad sustitutiva que ya aparece suficientemente regulada en el artículo 89 y cuya aplicación no suscita la necesidad de que se efectúen llamadas complementarias de atención en otras sedes del Código.

4.- Desde un punto de vista de mera ordenación sistemática, el Consejo estima que sería conveniente para facilitar la intelección de los requisitos aplicables a cada instituto penal que los apartados 1 y 2, las medidas 1ª y 2ª del apartado 3, y el apartado 4 del meritado artículo 94, fueran ubicadas en su sede natural, esto es: el apartado 1 en el artículo 81.1ª como condición obstativa del disfrute del beneficio de la suspensión condicional de la pena, el apartado 2 en el artículo 88.1 por la misma razón, la regla 1ª del apartado 3 en el artículo 36.2 CP, que trata del período de seguridad para la progresión al tercer grado de clasificación penitenciaria, y la regla segunda del mismo apartado en el artículo 90.1 CP, que trata de los requisitos para el disfrute de la libertad condicional, sin perjuicio de ubicar la opción por la reversibilidad de estas últimas medidas contemplada en el apartado cuarto en las mismas sedes ya mencionadas. Esta propuesta sistemática, en el caso de que se acogiese igualmente la sugerencia de suprimir las reglas 3ª, 4ª y 5ª del apartado 3, dejaría reducido el artículo 94 a su actual contenido, como regulador de la noción de la habitualidad.

5.- Análisis especial merece el profundo cambio que experimenta precisamente la noción general de habitualidad que el anteproyecto desplaza al apartado cinco del artículo 94, que ya no exige para su apreciación en sentencia, como hace el texto vigente, que el culpable haya incidido en tipos delictivos comprendidos en el mismo capítulo del Código Penal, sino que considera suficiente que se haya pronunciado condena por tres o más delitos dolosos, sin consideración alguna a su naturaleza o ubicación sistemática, ni tan siquiera a su gravedad o penalidad.

El giro radical en la percepción de la habitualidad que se desprende del tenor de la norma proyectada contribuye, a juicio de este Consejo, a desnaturalizar el institución más allá de los límites que la harían reconocible. El caso es que el cambio no ha meredido, sorprendentemente, ni una sola línea explicativa en la exposición de motivos ni en la memoria justificativa que acompaña al texto, por lo que en ausencia de toda referencia clarificadora de la finalidad que se pretende alcanzar con esta nueva visión de la materia, es inevitable deducir que el prelegislador apuesta por abandonar, al menos en lo que respecta a los delitos dolosos, la actual *ratio* del instituto de la habitualidad, que tiende a modular la respuesta jurídica que se dispensa al culpable de un delito en función de su profesionalidad o de un perfil criminológico cualificado por la propensión a incurrir en la comisión de tipos delictivos caracterizados por

su presunta homogeneidad. De ser así, la opción del prelegislador entrañaría la resucitación encubierta de la figura del delincuente reiterante –que no habitual-históricamente liquidada tras la promulgación del vigente Código Penal.

Como es sabido, el artículo 10.14 del CP 73 calificaba de reiterante al culpable que hubiere sido castigado por delito a que la ley señalare igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquélla señalare pena menor. Se distinguía así reiteración de reincidencia, al menos en la redacción inicial del Código, siendo ésta regulada en el artículo 10.15, que exigía la previa condena ejecutoria por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título del Código, aunque con posterioridad, por mor de la LO 8/1983, de 25 de junio, la reiteración acabara integrándose en una definición ampliada de reincidencia.

En todo caso, importa destacar que lo que en esencia caracterizaba el tratamiento penal del delincuente reiterante en el Código derogado era la disposición de la norma al endurecimiento de la respuesta penal con absoluta abstracción de la existencia de una conexión objetiva o relación de los delitos anteriores con el enjuiciado. Esta situación, como ya se ha indicado, fue superada en el vigente Código Penal que estableció una definición más estricta de la circunstancia agravante de reincidencia en el artículo 22.8º y que introdujo, por otra parte, la actual figura de la habitualidad.

Bien es cierto que el Código derogado contemplaba la reiteración como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal que llevaba aparejada la correspondiente exasperación de la pena, efecto que no pretende la reforma comentada, que mantiene inalterada la definición de la agravante de reincidencia, pero ello no empece para que la misma reforma anude a su apreciación la aplicación facultativa, como ya hemos visto, de graves consecuencias jurídicas para el reo, por ejemplo en materia de clasificación penitenciaria, o incluso la imposición de una pena adicional restrictiva de derechos como la libertad vigilada, no contemplada en las correspondientes figuras penales. El Consejo considera, por todas estas razones, que el anteproyecto debería conservar la actual configuración de la habitualidad, renunciando a su pretensión de reintroducir, mediante un fraude de etiquetas que elude la distinción conceptual entre habitualidad y reiteración, una figura jurídica arrumbada que en principio nada provechoso puede aportar al ordenamiento penal vigente.

6.- Las anteriores críticas a la alteración de la noción de habitualidad no impiden, sin embargo, reconocer el impacto positivo de la reforma cuando admite la posibilidad de su apreciación en el caso de que los delitos que la integren sean enjuiciados en unidad de acto. Respetando la necesaria homogeneidad de los delitos dolosos como fundamento de la institución, la posibilidad de que pueda construirse la figura tomando en consideración los hechos plurales que se conocen en el mismo proceso facilita su aplicación y entraña sin duda una mejora técnica del texto.

En todo caso, es necesario apuntar la contradicción interna en que incurre el tenor propuesto del apartado cinco, que empieza exigiendo para apreciar la habitualidad que el reo en el momento de delinquir se encuentre condenado ejecutoriamente por tres o más delitos, para terminar afirmando que la habitualidad se apreciará aunque todos los delitos que la integren sean juzgados en unidad de acto. Ambas proposiciones son recíprocamente excluyentes, por lo que el Consejo recomienda que se busque una redacción más ajustada a la finalidad pretendida por la iniciativa.

Por otra parte, la exigencia de que las condenas sean previas al momento de la comisión delictiva contradice la reforma operada en el precepto por la LO 15/2003, que añadió un segundo párrafo al precepto conforme al cual, para realizar el cómputo de los cinco años se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 y por otra parte la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad. Esta regla ya llevaba inherente la relevación de la exigencia de que los delitos fundamentadores de la habitualidad hubieren sido objeto de condena ejecutoria previa a la comisión del delito enjuiciado, y por otra parte, establecía una regla clara de computación del período en el que debían hallarse compendidos los mismos, razones que militan a favor de la conveniencia de conservar su contenido en el texto reformado.

7.- También merece favorable acogida por parte del Consejo que la habitualidad de extienda a los delitos de homicidio y de lesiones imprudentes, previsión que, aunque no se limite a ese ámbito, dotará previsiblemente de mayor eficacia la nueva regulación de los delitos contra la seguridad del tráfico al permitir un tratamiento específico del singular tipo criminológico que representa el conductor que incurre reiteradas veces en negligencia criminalmente relevante.

No obstante convendría que se depurase la redacción del precepto para que quedase claro que los antecedentes por imprudencia y los dolosos no pueden confluir en un fundamento común para la apreciación de habitualidad, conclusión inherente a lo manifestado *supra* acerca de la necesidad de que la habitualidad exija siempre la ubicación de los tipos penales en un capítulo común, o al menos su homogeneidad o identidad de naturaleza.

No obstante, y como excepción, tratándose de delitos de lesiones y de homicidio por imprudencia cometidos en la circulación de ciclomotores y vehículos a motor, la noción de habitualidad podría tomar en consideración el perfil criminológico a tratar, contemplando expresamente la posibilidad de que las condenas susceptibles de fundamentar la apreciación de habitualidad abarcasen un espectro más amplio, de carácter mixto y pluriofensivo, no circunscrito a un determinado capítulo, autorizando la ley en este caso que se pudieran reunir en su presupuesto aplicativo tanto los delitos imprudentes de resultado cometidos con ocasión de la circulación rodada –homicidios y lesiones- como aquellos delitos dolosos de peligro abstracto y concreto que

aparecen comprendidos en el Capítulo IV del Título XVII del Libro II del Código Penal como atentatorios de la seguridad del tráfico.

EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL: MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL RÉGIMEN APLICABLE A LA PRESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES PENALES

Los apartados trigésimo y trigésimo primero del artículo único del anteproyecto inciden respectivamente en los artículos 131 y 132 CP para introducir importantes reformas en el régimen de la prescripción de delitos y faltas.

1.- La reforma del apartado primero del artículo 131 CP se caracteriza en primer término por una notable simplificación de los presupuestos de la aplicación de los plazos de prescripción de las infracciones penales, que se hace pivotar fundamentalmente en la duración de la pena, más que en su naturaleza. Así, se dispone que prescribirán a los 20 años los delitos cuya pena máxima señalada por la Ley sea de 15 o más años; a los 15 años, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea por más de 10 y menos de 15 años; a los 10, los demás delitos a los que la Ley señale cualquier otra pena grave, así como para los delitos contemplados en los artículos 305 a 309 del Código Penal y a los cinco los restantes delitos. Se mantiene el plazo actual de los delitos de injurias y calumnias –1 año-.

El texto resultante del anteproyecto clasifica por lo tanto los dos primeros grupos –de 20 y 15 años de plazo prescriptivo respectivamente- en función de la duración de la pena asignada al delito, con independencia de su naturaleza, de modo que el primer grupo pasa a abarcar los delitos con pena máxima asignada de 15 o más años de duración, sin exigir, como ocurre ahora, que se trate en particular de la pena de prisión, y el segundo los de pena de más de 10 y menos de 15 años de duración. Ello supone que los delitos que tengan asignada pena de inhabilitación de duración superior a los 15 años, que el texto vigente incorpora al segundo, quedan desplazados al primero, con la consiguiente agravación de su régimen de prescripción.

En el tercer grupo reúne a todos los delitos que tengan señalada pena de naturaleza grave, y que no estén comprendidos en los grupos anteriores, dotando al texto legal de una regulación más satisfactoria que la vigente, que remite directamente a los delitos que tengan prevista pena de prisión o de inhabilitación de duración superior a cinco años e inferior a diez, con omisión de toda referencia a los delitos sancionados con penas igualmente graves pero de diferente tipología –p. e., suspensión de duración superior a cinco años,

privación del derecho a residir o a acudir a determinado lugar, de aproximación o comunicación con la víctima de más de cinco años, etc.-

La reforma también se caracteriza por una elevación general de los plazos de prescripción que se manifiesta singularmente en la unificación del plazo de prescripción aplicable a los delitos menos graves, que pasa a ser común de cinco años, eliminando la distinción que el texto vigente efectúa dentro de este grupo entre delitos que tienen asignada pena de prisión o de inhabilitación de más de tres años y menos de cinco, a los que se fija un plazo de prescripción de cinco años, y los restantes, para los que prevé un plazo reducido de tres años.

Llama la atención, en todo caso, la institución de un plazo de prescripción *ad hoc* para los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social contemplados en los artículos 305 a 309 CP, que en este particular se desvinculan de la escala de penas establecida en el precepto para observar un plazo común de prescripción de 10 años que se aplicará a todos los tipos, con independencia de su naturaleza grave –tipos especiales cualificados- o menos grave –tipos básicos-.

Sobre este particular, destaca el hecho de que, esclarecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la interpretación y aplicación de la regulación vigente la desvinculación funcional del plazo quinquenal de prescripción del delito fiscal del cuatrienal de las infracciones tributarias – introducido en la modificación del artículo 64 de la Ley General Tributaria por la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes (*vid* SSTs 26 de julio de 1999, 6 de noviembre de 2000, 10 de octubre de 2001, 30 de octubre de 2001, 15 de julio de 2002, 5 de diciembre de 2002 y 3 de abril de 2003, entre otras), con fundamento en que la mayor gravedad intrínseca del delito justifica la prolongación de su término de prescripción, la reforma viene a incrementar la distancia entre la regulación penal y administrativa por motivos más bien de índole práctica relacionados con las dificultades inherentes al descubrimiento e investigación de este tipo de delitos en razón de su complejidad. Se trata en definitiva de una decisión legítima en su forma que pone de manifiesto un loable interés por proteger las arcas públicas, pero que plantea dudas de congruencia al existir otros sectores de criminalidad que afectan igualmente a intereses colectivos y presentan dificultades de investigación en modo alguno inferiores, pero que no por ello van a quedar exceptuados en la presente norma de la aplicación del régimen general mediante la previsión de un plazo de prescripción *ad hoc* para ellos.

2.- La reforma intercala en el apartado primero del artículo 132 un ordinal 2º en el que se define el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción en aquellos supuestos en los que la correspondiente figura delictiva incorpora a su descripción típica una condición objetiva de punibilidad. El tenor del precepto proyectado dice que “*si se tratare de un delito en que la punibilidad dependa de una condición ajena a la voluntad de su autor, los*

términos se computarán desde el día en que se concluyó la ejecución del hecho”.

Las condiciones objetivas de punibilidad suponen un presupuesto legal de la aplicación de la sanción penal prevista para la correspondiente conducta antijurídica y culpable en virtud del cual se hace exigible para la imposición de la pena –si se trata de una condición fundamentadora de la punibilidad-, o para su agravación –si la condición es meramente cualificadora de la punibilidad-, el acaecimiento de determinado suceso ajeno a la voluntad del autor y que no requiere ser abarcado por su dolo, por cuanto que no es preciso que haya sido querido o previsto por el mismo.

Dejando de lado la intensa polémica doctrinal que las mismas suscitan en la esfera dogmática en torno a su fundamento justificador, su autonomía respecto de las restantes categorías de la Teoría del Delito, como el tipo de injusto o la culpabilidad, o su arraigo en consideraciones de política criminal o de mera oportunidad, lo cierto es que en la aplicación de aquellas figuras delictivas en las que aparecen contempladas estas condiciones objetivas de punibilidad se pueden suscitar ciertas dudas interpretativas en relación con la determinación precisa del momento en que se ha de estimar activado el cómputo del plazo de prescripción. Piénsese, por ejemplo, en el caso del delito de falso testimonio contra reo, cualificado por la ulterior condena del mismo, previsto en el artículo 458.2, inciso final CP, tomando en consideración que la duración del proceso penal en el que el culpable ha evacuado su mendaz declaración puede dilatarse posteriormente durante meses o años antes de alcanzar la sentencia definitiva. Que el *dies a quo* para el cómputo del término de prescripción de este subtipo especial cualificado sea la fecha de evacuación de la declaración o la fecha de la sentencia condenatoria, no es un factor indiferente.

El prelegislador ha decidido zanjar la cuestión considerando que el delito se perfecciona con anterioridad a la realización de la condición, desvinculando la eficacia del instituto de la prescripción de la concurrencia de dicho presupuesto legal añadido, lo que posibilitará que el delito pueda llegar a prescribir incluso antes de que la condición se cumpla.

La reforma merece una favorable acogida, pues como reconoce la doctrina la norma penal no se infringe como consecuencia del cumplimiento de la condición, sino antes, siendo la condición un añadido impuesto por el legislador que funciona con carácter independiente de la perfección del delito y que no impide la aparición de este. La incorporación de este apartado, a juicio del Consejo, contribuirá a dotar de mayor certeza a las determinaciones de la norma en materia de cómputo de plazos, en beneficio de la seguridad jurídica.

3.- El anteproyecto también incorpora una regla especial de cómputo del plazo de prescripción enderezada a dotar de una mayor protección jurídica a los menores de edad. El inciso final del ordinal 3º del apartado 1 del artículo

132, tal y como queda configurado en el texto reformado, determina que, en la infracciones contra el patrimonio de un menor de edad que sean cometidas por su administrador de hecho o de derecho, se aplicará la regla, ya vigente por lo demás en relación con diversos delitos que constituyen ataques contra bienes personalísimos del mismo, de que los términos de la prescripción se computen desde el día en que el menor alcance la mayoría de edad y, si falleciere con anterioridad, a partir de la fecha de fallecimiento. Se refuerza de este modo la protección jurídico penal de los menores de edad en un flanco, el patrimonial, que no había quedado comprendido en la reforma del precepto operada por la LO 11/1999 que estableció originalmente esta regla singular de cómputo. En opinión del Consejo la iniciativa resulta justificada y adecuada al fin propuesto de dispensar una tutela reforzada a los intereses de los menores, tutela que es razonable se extienda a su esfera patrimonial frente a eventuales conductas desleales procedentes de quienes tienen encomendada de manera directa su protección y asistencia.

4.- De especial relevancia resulta la regulación que se confiere a las causas interruptoras del plazo de prescripción en el apartado 2 del artículo 132. El texto actual establece que la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena. Se trata de una norma que da continuidad casi en su literalidad a las previsiones que contenía el Código derogado (art. 114.2) y que caracterizada por la generalidad y ambigüedad de su enunciado principal ha ido generando a lo largo de los años una copiosa jurisprudencia que ha intentado depurar su contenido.

En el ámbito del derecho comparado nuestro ordenamiento penal se sitúa, por lo tanto, entre los países que resuelven el problema de la identificación de las causas interruptivas de la prescripción mediante el empleo de una cláusula general, rechazando el sistema de lista cerrada. En efecto, una breve consideración al derecho comparado europeo más próximo permite comprobar la existencia de dos respuestas al mismo problema. Por un lado están los países en los que la determinación de los actos con genuina eficacia interruptiva de la prescripción ha sido asumida plenamente por el legislador, que suministra al intérprete una lista cerrada de actos procesales relevantes a este respecto. Este es el caso del Código Penal italiano (art. 160), del Código Penal suizo (art. 72.2), del Código Penal alemán (& 78 c) y del Código Penal portugués (art. 121). Se trata de una tendencia que emana de una tradición legislativa arraigada en el siglo XIX y que se remonta al & 227 del Código Penal austriaco de 1852.

El otro sistema, que también arranca del siglo XIX, soluciona la cuestión mediante el establecimiento de una cláusula general que deja en manos del aplicador la determinación de los concretos actos a los que se anudará eficacia interruptiva, lo que en último término significa relegar a la jurisprudencia su determinación última. Es el caso del Código Penal danés de 1930, (& 94.4) que

se refiere a *“toda medida judicial referida al inculpado por el hecho”*, el Código Penal esloveno de 1994, (art. 112), el Código de Procedimientos Penales francés (art. 7), que remite a todo acto *“de instrucción o persecución”*, o el Código de Instrucción Criminal belga (art. 22).

La presente iniciativa reformadora se revela en este punto conservadora, pues no abandona –como ha recomendado en alguna ocasión el propio Tribunal Supremo en aras a un reforzamiento de la seguridad jurídica, *vid* STS de 20 de mayo de 1994– el sistema de cláusula por el sistema de lista, si bien introduce reformas en su enunciación cuyo alcance puede acabar siendo, como se argumentará, extraordinariamente perturbador de la estabilidad del sistema procesal y penal español.

La cláusula general reguladora de la interrupción exige en síntesis la existencia de una conexión entre las actuaciones procesales y quien finalmente resulta condenado para dar por interrumpida la prescripción aunque no especifica la calidad ni la intensidad de dicha conexión, como manifiesta la STC (Pleno) 69/2001, de 17 de marzo (FJ 32) lo que legitima constitucionalmente un amplio margen de interpretación judicial. La relativa indeterminación normativa ha sido colmada, de una forma que se puede considerar satisfactoria, mediante la exégesis desarrollada en las últimas décadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha contribuido a dotar de la necesaria certeza a su contenido.

El régimen interruptivo de los plazos de prescripción exige considerar de forma separada dos supuestos distintos, que presentan diferentes necesidades de determinación normativa: de un lado el caso de que no exista procedimiento abierto para la investigación y persecución del hecho criminal, en el que la interrupción del plazo de prescripción iniciado con la realización del delito se producirá con el acto de incoación del procedimiento, y de otro lado, el caso en que, iniciado ya el procedimiento e interrumpida por primera vez la prescripción, se produce una paralización de la causa penal determinante del reinicio del cómputo, en el que la interrupción habrá de obedecer a la realización de un acto intraprocesal que ponga de nuevo en movimiento la acción penal mediante el progreso efectivo de la causa.

En orden a la determinación del acto inicial del proceso que habría de servir para interrumpir por primera vez el período de prescripción del delito, el Tribunal Supremo ha procurado distanciarse de las posiciones doctrinales más rigoristas, que exigen la interposición de un acto formal de imputación, como un auto de procesamiento o la citación personal del inculpado para declarar, inhabilitando todo el tracto procesal previo a efectos interruptivos, y ha patrocinado una interpretación flexible en virtud de la cual se consideran colmadas las exigencias legales de conexión proceso/culpable con la mera decisión judicial de apertura del procedimiento que tenga por objeto investigar el delito y esclarecer su autoría. Para el Alto Tribunal la conexión se lograría con la admisión a trámite de una querrela o denuncia en la que aparecieran

debidamente identificados los supuestos responsables de los hechos, pues según esta interpretación la admisión judicial de los escritos iniciadores de parte constituye un genuino acto procesal. Esta tendencia interpretativa, calificada de moderada por no exigir una formalización estricta de la imputación en una resolución separada, arraiga en las Sentencias de 3 de febrero de 1984, 21 de enero de 1993, 26 de febrero de 1993, 30 de septiembre de 1994, 31 de mayo de 1997, 28 de octubre de 1992, 16 de octubre de 1997, 25 de enero de 1999, 29 de septiembre de 1999, y 25 de enero de 2000.

Más recientemente el criterio jurisprudencial evolucionó en un sentido más aperturista, al estimar que incluso los actos de parte, como son la propia denuncia o querrela que motiva la iniciación de un procedimiento penal, se integran en el mismo y generan en consecuencia el efecto interruptivo aún antes de que se produzca la interposición del acto judicial de admisión, de modo que si en los referidos escritos iniciadores figuran datos suficientes para identificar a los presuntos culpables de la infracción correspondiente, desde ese mismo momento se considera dirigido el procedimiento contra el culpable. Esta segunda tendencia ha acabado consolidándose y se defiende en las Sentencias de 3 de febrero de 1995, 6 de noviembre de 1995, 15 de marzo de 1996, 11 de febrero de 1997, 4 y 13 de junio de 1997, 30 de septiembre de 1997, 30 de diciembre de 1997, 25 de abril de 1998, 29 de julio de 1998, 23 de abril de 1999, 10 y 26 de julio de 1999, 6 de noviembre de 2000, 30 de octubre de 2001, 147/2003, de 5 de febrero, 162/2003, de 4 de febrero, 298/2003, de 14 de marzo, 28 de noviembre de 2003, y 71/2004, de 2 de febrero, entre otras.

En este contexto jurisprudencial, la iniciativa legislativa objeto del presente informe parece auspiciar un profundo cambio de orientación, en el sentido de supeditar la validez de los actos iniciadores o impulsores del proceso a una doble condición: su autoría judicial –deben ser actos del Juez de Instrucción- y la estricta concreción de la imputación en su vertiente subjetiva –deben ir referidos a un culpable determinado, no meramente determinable-.

En efecto, el texto proyectado adelanta una interpretación auténtica y en consecuencia vinculante del requisito de conexión entre procedimiento y culpable mediante recursos textuales aparentemente inocuos pero que encierran una insospechada virtualidad restrictiva de la cláusula legal. Así, se dice que “[E]l procedimiento se entenderá dirigido contra la persona referida en el momento en que se produzca actuación material sustancial del Juez Instructor ...” imponiendo con este simple enunciado la rigurosa necesidad de la procedencia judicial del acto de impulso, y al exigir además que el procedimiento se dirija “contra persona determinada que aparezca indiciariamente como culpable”, efectúa una concreción del grado de determinación subjetiva de la imputación inherente al acto que sobrepasa todas las previsiones vigentes en la jurisprudencia para implantar un esquema muy próximo al de la exigencia de una imputación formal del delito. De conformidad con estas exigencias, los escritos de parte iniciadores del proceso –denuncia o querrela-, carecerán de toda eficacia en tanto no se dicte por el Juez de

Instrucción la correspondiente resolución de admisión, e igualmente si en los mismos no aparece nominado o identificado de forma precisa el sujeto o sujetos contra los que se dirigen.

La iniciativa se inspira en este punto, al menos en lo que se refiere a la judicialización del acto de impulso eficiente, en la doctrina fijada en la muy controvertida STC 63/2005, de 14 de marzo, que como es conocido impugna la línea interpretativa del artículo 132.2 CP, auspiciada hasta la fecha por la jurisprudencia del TS, favorable al reconocimiento de eficacia interruptiva a los actos de parte iniciadores del proceso por considerarla incompatible con la esencia y fundamento de la prescripción penal y con la exigencia constitucional de motivación reforzada que es exigible de las decisiones judiciales que abordan una pretensión de prescripción, las cuales, según argumenta el TC, en cuanto afectan a los derechos fundamentales a la libertad y a la legalidad penal no admitirían el método interpretativo gramatical consistente en la mera verificación o cómputo del tiempo transcurrido desde la comisión del hecho delictivo en cuestión, y en el cotejo de ese lapso temporal con el plazo de prescripción legalmente establecido, sino que demandarían una interpretación axiológica, conforme a la *ratio legis* o fin de protección de la norma.

Con el nuevo texto es evidente que no se suscitará polémica alguna en la definición de los actos capaces de interrumpir por primera vez la prescripción iniciada, pues habrán de ser en todo caso actos procesales de origen judicial específicamente dirigidos contra un inculpado concreto.

El problema de fondo que va a suscitar la nueva regulación no radica tanto en el incremento del rigor exigible a los actos de incoación del proceso para que sirvan al fin de interrumpir el período de prescripción iniciado en la comisión del delito, mediante la demanda de su judicialidad y concreción de la incriminación, sino en la fuerza expansiva que los nuevos requisitos alcanzarán al punto de modificar de modo completo el régimen jurídico aplicable a los actos procesales y a los actos desarrollados en el curso del proceso después de que éste se ha iniciado, que quedarán rigurosamente limitados.

Sectores cualificados de la doctrina han opinado que la confrontación del TC y el TS en punto a prescripción ha hecho aflorar la existencia de una deficiencia inmanente a la propia ley penal, cuyas determinaciones no alcanzarían las exigencias constitucionales de *lex certa* inherentes al principio de legalidad reconocido en el artículo 9.3 CE. Se ha de reconocer que el sistema de cláusula abierta encierra sus peligros en la medida en que dificulta el conocimiento *ex ante* de los efectos jurídicos que se anudarán a ciertos supuestos de hecho en relación con la perseguibilidad temporal de los ilícitos penales y la eficacia de los actos procesales en este ámbito. No obstante, el esfuerzo jurisprudencial había contribuido a reducir las zonas de penumbra hasta un límite tolerable. La opción del prelegislador a favor de introducir determinaciones complementarias puede, sin embargo, conducirnos a una situación crítica, pues conduce a una restricción tan estricta de las causas

interrumpivas que puede comprometer otros valores relevantes en el orden jurídico.

5.- La nueva configuración jurídica de la cláusula general, asentada en los criterios de judicialidad y determinación del culpable, conlleva, en aquellos casos en que el proceso se ha incoado y sufre paralización, una reducción drástica, casi quirúrgica, de los actos procesales con capacidad interruptiva de la prescripción, al menos desde la perspectiva defendida hasta la fecha por la jurisprudencia, reducción que conlleva una transformación radical del sistema vigente.

La nueva norma niega al proceso iniciado todo efecto en tanto la investigación del hecho criminal no haya progresado lo suficiente como para permitir la perfecta determinación de la identidad del sujeto o sujetos a los que se atribuya provisionalmente participación en el hecho criminal –ciertamente, como ha recordado la jurisprudencia, el término “culpable” utilizado en la cláusula legal no es adecuado para quien no habiendo sido condenado en sentencia firme, conserva su derecho a la presunción de inocencia-, debiendo quedar plasmada la identidad de los mismos en una resolución expresa o al menos en una actuación debidamente documentada y fechada del Juez de Instrucción; ello conlleva que todo el tracto procesal comprendido entre la resolución judicial de incoación o reactivación del proceso hasta la resolución en la que por primera vez se dirige el procedimiento a investigar y esclarecer la autoría o participación delictiva de un culpable o culpables determinados, resulta de todo punto inerte a los efectos de interrumpir el período de prescripción.

Si bien en los procesos que tienen por objeto el esclarecimiento de hechos criminales de ejecución material sencilla el rigor suplementario que auspicia la norma puede que no depare efectos especialmente visibles, tratándose de procesos complejos que tengan por objeto la persecución de tramas criminales, la rigurosa exigencia de determinación de la imputación puede llegar a facilitar extraordinariamente la impunidad de quienes la integran o dirigen.

La doctrina jurisprudencial ha efectuado un esfuerzo delimitativo de los actos del proceso capaces de interrumpir la prescripción, distinguiendo aquellos que por ser de mero trámite no puede considerarse que integren el impulso efectivo de la acción penal, de aquellos otros que implican el progreso real de la causa penal. Las Sentencias del TS de 25 de enero de 1999, 794/1997, de 30 de septiembre, 1181/1997, de 3 de octubre, 1364/1997 de 11 de noviembre, con apoyo en las Sentencias de 14 de abril de 1997, 25 de enero de 1994, 104/95 de 3 de febrero, y 279/1995, de 1 de marzo, entre otras, exigen que en la investigación procesal aparezcan nominadas unas determinadas personas como supuestos responsables del delito o delitos que son objeto del procedimiento, pero consideran equiparable a esta hipótesis los supuestos en los que la investigación se dirija contra personas que aun cuando

no estén identificadas nominalmente, aparezcan perfectamente definidas, doctrina también acogida sustancialmente en los autos dictados en la Causa Especial núm. 880/1991, "caso Filesa", de 20 de diciembre y 19 de julio de 1997, y en las Sentencias de 30 de septiembre y 3 de octubre de 1997.

La Sentencia de 25 de enero de 1994 (caso Ruano) en un caso de detención ilegal, declaró que el carácter aparentemente indeterminado o genérico de la denuncia respecto de los autores del delito no era obstáculo para que se interrumpiera la prescripción respecto a los mismos, pues en realidad de está señalando de modo inconcuso y directo a las personas que intervinieron en los malos tratos cometidos durante la detención, por tratarse de un círculo cerrado de responsables, sin que puedan ignorarse las dificultades existentes para nominarlos individualizadamente, ya que dichos nombres se mantienen generalmente ocultos al perjudicado.

La STS 2/1998, de 29 de julio, dictada en la Causa Especial núm. 2530/95, caso Marey, declara que en los delitos atribuidos a una colectividad organizada y jerarquizada de sujetos, con unos miembros, los más bajos de la escala, que son los que realizan los actos materiales de ejecución del delito, y que por ello más fácilmente pueden ser conocidos y condenados, y otros, los jefes o mandos intermedios de la colectividad, que actúan en la sombra dirigiendo, planificando y ordenando a los inferiores lo que ha de hacerse, ha de entenderse que ya se dirige el procedimiento contra el culpable cuando la querrela o denuncia admitida a trámite o el procedimiento iniciado de oficio se dirige contra esa colectividad, aun cuando no exista designación nominal ni identificación individual de los responsables, interrumpiéndose por tanto la prescripción para todos los partícipes, criterio éste de la interrupción simultánea para todos los partícipes de un mismo hecho delictivo enjuiciados conjuntamente que es también admitido en el derecho comparado.

En definitiva, si el fundamento material de la prescripción consiste básicamente en que el transcurso del tiempo legalmente prevenido termina excluyendo la necesidad de aplicación de la pena, tanto desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial, no se aprecia fundamento razonable en la pretensión de que dicha necesidad de pena subsista únicamente para los acusados situados en los puestos inferiores de la escala delictiva, que normalmente son aquellos que resultan más prontamente identificados, y por el contrario se haya extinguido para los mandos superiores o intermedios, lo que incluso podría considerarse discriminatorio, pues todas ellas son penalmente responsables de un mismo hecho delictivo, investigado en un mismo procedimiento que progresa en el tiempo hasta el total esclarecimiento del hecho y de sus últimos responsables y todos son enjuiciados simultáneamente, por lo que el tiempo transcurrido a los efectos de borrar de la memoria social el delito y eliminar la necesidad de la pena es igual para todos.

La STS 867/2002, de 29 de julio insiste en que *“debe mantenerse una postura específica cuando nos encontramos ante delitos atribuidos a una colectividad de personas o cuando se observa la existencia de una organización o entramado, con diversidad de papeles en la actuación delictiva, evitando con ello que los escalones superiores o las personas difuminadas en el seno de una organización empresarial, que es necesario desentrañar a través de una compleja y dificultosa investigación, puedan ampararse en estas circunstancias para gozar de los mismos plazos de prescripción que los delincuentes individuales”*.

En suma, nuestro Tribunal Supremo viene reconociendo validez a las resoluciones *“que ofrecen un contenido sustancial propio de una puesta en marcha y prosecución del procedimiento, en definitiva, reveladora de que la investigación avanza, se amplía, es decir, que el procedimiento persevera consumando sus sucesivas etapas”* (STS 1132/2000, de 30 de junio, con cita de abundantes precedentes), aunque el sujeto final de la investigación no se halle completamente determinado, pues la acción se entiende dirigida contra el culpable cuando éste resulta objetivamente identificable aunque no aparezca nominado en la causa.

Y a mayor abundamiento, la jurisprudencia no circunscribe la capacidad interruptiva a los actos procesales emanados del órgano judicial, sino que reconoce plena eficacia a los actos emanados de las partes o de los intervinientes en el proceso siempre y cuando sean útiles para identificar al responsable criminal. Así, por ejemplo, la STS 1620/1997, de 30 de diciembre, reconoce valor interruptivo a la declaración de un imputado que permite identificar a los verdaderos responsables del hecho, y las SSTS de 12 de febrero de 1994, y de 20 de mayo de 1994 incluso al escrito de calificación de la misma defensa.

No obstante, el Tribunal excluye, por razones obvias, aquellas diligencias que resulten inocuas, intrascendentes o de mero relleno –v. gr. expedición de testimonios o certificaciones, personaciones, solicitud de pobreza, reposición de actuaciones, requisitorias, órdenes de busca y captura, auto declarativo de la rebeldía, etc.-

La nueva exigencia proyectada en el texto objeto de informe de que el culpable aparezca “determinado” limita más allá de lo razonable la validez a efectos prescriptivos de múltiples actos procesales que implican un impulso efectivo de la acción penal y arruina una evolución jurisprudencial de muchos años que ha venido asentando en la noción de identificabilidad el valor interruptivo de los actos intraprocesales, ya provengan del juez o de las partes.

Exigir la completa determinación de la identidad del imputado para estimar dirigida contra él la causa penal resulta difícilmente inteligible en un texto normativo que, por otro lado, declara en su parte expositiva su vocación de perfeccionamiento de la lucha contra la criminalidad

organizada, pues la severa restricción de la eficacia de los actos procesales que impone redundará en beneficio precisamente de dichas organizaciones y de quienes integran los mandos superiores de las mismas, cuya identificación plena está plagada de dificultades y normalmente se produce en las fases más tardías de la investigación. Como recuerda el TS, si admitiéramos la igualdad de trato de los supuestos de delincuencia individual y de delincuencia organizada en materia de prescripción *“estaríamos concediendo un beneficio inaceptable a las modernas formas de delincuencia, tanto en su faceta de crímenes terroristas o de narcotráfico, como en los supuestos de delincuencia económica, cometida en el seno de las personas jurídicas societarias o valiéndose de ellas”* (STS de 29 de julio de 2002).

6.- Una cuestión de extrema gravedad asociada a la modificación del régimen jurídico aplicable a las causas de interrupción de la prescripción es la de su eventual aplicación retroactiva en el caso de estimarse que nos encontramos antes normas penales favorables al reo (*ex artículo 2.2 CP*), pues la selección más rigurosa y restrictiva verificada por la Ley de los actos procesales de los que se predica que poseen capacidad y efecto interruptivo del período de prescripción conlleva un favorecimiento de las expectativas del reo de ver reconocida la extinción de la acción penal nacida del delito o falta cometido.

Ello obliga a considerar la naturaleza de la prescripción penal como tal, así como de las normas que la disciplinan, lo que nos lleva a recordar que en el sentir mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia la prescripción se ha venido entendiendo como una institución material, aunque con trascendencia y efecto en el orden procesal, en la medida en que su apreciación determina la caducidad de la pretensión. El fundamento material de la prescripción de las infracciones penales se ha querido situar en la desaparición, por el transcurso del tiempo, de la necesidad de la pena, al diluirse en el sentir social la memoria de la infracción cometida, y en la imposibilidad de alcanzar la realización de los fines de la misma, tanto desde el punto de vista de la prevención general como especial.

Como se recoge en la STS de 19 de noviembre de 2003, algunos autores refieren un fundamento material, sustantivo penal, pues lo que desaparece con el transcurso del tiempo es la necesidad de la pena, de lo que se sigue que esta institución puede ser aplicada de oficio, aun cuando no haya sido alegada como cuestión de previo pronunciamiento (artículo 666.3 LECrim) y la conclusión de reconocer a la prescripción los mismos efectos de irretroactividad que los correspondientes a las normas sustantivas penales, a salvo de su consideración de mayor favorabilidad.

También se ha sostenido una naturaleza procesal, basando la institución en la dificultad de prueba que determina el transcurso del tiempo. Otros fundamentos de la prescripción se han encontrado en las expectativas que crea

en el sujeto la falta de persecución del hecho durante un tiempo, en la seguridad jurídica, en la negación de las finalidades de celeridad en la realización de la justicia, en incluso en el derecho a la seguridad personal tutelado en el artículo 17.1 CE bajo la forma de derecho a no verse perturbado por un intempestivo ejercicio del *ius puniendi* estatal.

La jurisprudencia de la Sala II ha afirmado “resueltamente su naturaleza material, ajena a las exigencias procesales de la acción persecutoria” (SSTS de 10 de marzo de 1993, 18 de junio de 1992, 30 de noviembre de 1963, 23 de noviembre de 1989).

Esta naturaleza sustantiva lleva al reconocimiento y admisión de la prescripción siempre que concurren los presupuestos materiales en los que se asienta: paralización del procedimiento y el lapso de tiempo correspondiente, pues ningún otro condicionamiento procesal procedente de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o trasvasado de la estructura característica de su homónima institución civil pueden impedir que se decrete la extinción de la responsabilidad penal.

No obstante, la reconocida naturaleza penal sustantiva de la prescripción como institución no implica que dicha cualidad se extienda necesariamente a la totalidad de las normas que integran su estatuto jurídico, siendo oportuno discernir entre el núcleo de la institución y los principios regulativos que afectan a las condiciones de su aplicación. En tal sentido, no parece que pueda predicarse la existencia de una identidad de fundamento y eficacia entre la norma que determina los concretos plazos que confinan en el tiempo la posibilidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado, cuya retroactividad favorable es indiscutible, que en nuestro ordenamiento penal se ubica en el artículo 131 CP, como expresión de una libre y soberana decisión del Estado de autolimitar su poder de perseguir las infracciones penales, de aquellas otras normas que sin tocar la magnitud de los concretos plazos prescriptivos y su efecto extintivo de la acción penal, pasan a regular las condiciones de su cómputo o vigencia, por ejemplo, mediante la concreción de sus causas de interrupción, finalidad a la que atiende el artículo 132.2 CP. Esta otra vertiente del estatuto jurídico de la prescripción, en la medida en que incide en la configuración legal de la eficacia jurídica de los actos desarrollados en el seno del proceso, guarda mayor afinidad con la normativa procesal o adjetiva, vinculada al *ius ut procedatur*, y a las formas a través de las cuales se desenvuelve en concreto el ejercicio de la acción penal, por lo que la sucesión de normas en el tiempo habría de atenerse en este caso al principio general de *tempus regit actum*, en razón del cual la capacidad interruptiva de la prescripción reconocida a los actos procesales producidos con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva regulación devendría inatacable, al perfilar una situación jurídica consolidada de validez y eficacia sobre la que no podría operar retroactivamente el régimen más restrictivo que se pretende instaurar.

En todo caso, elementales exigencias de certeza en la aplicación del derecho militan a favor de una solución legislativa que contemple expresamente el problema que suscitaría una modificación de la regulación de las causas de interrupción como la que se propugna en el anteproyecto, estableciendo expresamente la prohibición de revisión de los procesos incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la norma y la estricta limitación temporal de la nueva regulación a la determinación de la eficacia interruptiva de los actos procesales que se produzcan con posterioridad a su entrada en vigor.

La constitucionalidad de una previsión legal de tal carácter no sería cuestionable, pues la Constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras (art. 9.3 CE), pero no exige la retroacción de sus aspectos favorables, cuestión esta susceptible de modulación por el legislador ordinario, y que actualmente halla sede en el artículo 2.2 CP.

El Consejo General del Poder Judicial considera de todo punto necesario que, en el caso de mantenerse la opción restrictiva de la capacidad interruptiva de la prescripción de los actos procesales, la propia norma contemple su irretroactividad, a los efectos de mantener la estabilidad del sistema penal español. De lo contrario, se generaría el riesgo, probablemente no querido por el prelegislador, de una revisión generalizada de procesos penales que, situándonos en el ámbito de la Audiencia Nacional y en relación con delitos cometidos por organizaciones terroristas, bandas amadas y grupos criminales organizados (ETA, GRAPO, GAL, etc.), podría conducir a la absolución de sus responsables y a inadmisibles situaciones de impunidad difícilmente asimilables por la sociedad.

7.- Procede destacar, asimismo, que el texto proyectado contempla una excepción al protagonismo judicial en la interrupción de la prescripción al prever como causa interruptiva la orden dirigida por el Juez de Instrucción o por el Ministerio Fiscal a la Policía para que proceda a la detención del inculcado. El anteproyecto está otorgando de este modo una relevancia a estas diligencias que el TS no les reconoce actualmente, pues es criterio consolidado del Alto Tribunal que no cabe atribuir efecto interruptivo a las órdenes de busca y captura para la localización del acusado o imputado ni a las correspondientes requisitorias, de eficacia temporal indefinida, al menos en tanto tales instrucciones y llamadas no se traduzcan en diligencias concretas documentadas.

En opinión del Consejo este añadido resulta superfluo e innecesario, pues el efecto interruptivo de la prescripción se ha de predicar del auto de prisión provisional o del auto de detención judicial que sirva de soporte a la expedición de la orden de detención y que aparezcan fehacientemente documentados en la causa, pero no a la orden de detención en sí. Se sugiere por ello la supresión de este inciso, igualmente inconveniente desde otro punto

de vista, el de la inclusión de las órdenes de detención emanadas del Ministerio Fiscal.

Nuestro ordenamiento jurídico atribuye al Fiscal una mera facultad postulante de la adopción –o levantamiento- de medidas cautelares o limitativas de derechos, debiendo instar lo que estime oportuno del Juez de Instrucción –art. 773.1 LECrim-, si bien tal limitación tiene reconocida la cualificada excepción de la detención preventiva, que aparece expresamente autorizada en el art. 5.2 inciso final de su Estatuto Orgánico, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre. La detención ordenada por el Fiscal normalmente se producirá en el contexto de unas diligencias de investigación preprocesal de naturaleza administrativa, en las que deberá cesar por imperativo legal tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial que comprenda los mismos hechos –art. 773.2 LECrim-.

Los actos de naturaleza administrativa desarrollados por el Ministerio Público español con carácter previo al proceso judicial propiamente dicho carecen de virtualidad interruptiva de la prescripción (STS 867/2002, de 29 de julio, FJ 2). Llama la atención, por tal motivo, que el anteproyecto se avenga ahora a reconocer dicha virtualidad a la orden de detención emanada del Fiscal, particularmente por el hecho de que no se otorga la misma relevancia jurídica a las diligencias de investigación desplegadas por el Fiscal, las cuales pueden tener un contenido incriminatorio de la misma intensidad que los actos de instrucción judicial. Salvo que el anteproyecto se proponga dar carta de naturaleza a las diligencias de investigación fiscal como medio eficaz de interrupción de la prescripción de los delitos, en cuyo caso debería hacer un desarrollo normativo explícito de la materia, la alusión en el precepto comentado a las órdenes de detención del Fiscal resulta claramente disfuncional y asistemática.

Se ha de reseñar, finalmente, que la eficacia interruptiva de la prescripción que se otorga en la reforma a las órdenes de detención se halla drásticamente recortada en el segundo párrafo del mismo apartado, que establece que si tras la declaración en calidad de imputado del detenido no se formulara cargo alguno, la detención tendrá sólo carácter suspensivo del plazo de prescripción, continuando el cómputo del mismo una vez se acordara no imputar delito.

Con esta salvedad la reforma introduce de manera solapada una excepción a la eficacia interruptiva de las órdenes de detención mediante una fórmula que resulta harto extraña y fuera de contexto en un ordinamiento procesal como el nuestro, que no contiene ninguna norma que imponga al Juez de Instrucción la obligación de efectuar un pronunciamiento expreso de imputación o exoneración del detenido tras haberle oído en declaración.

Ciertamente cabría obtener una valoración judicial inmediata del fundamento de la imputación *ex post* en el caso de que el Ministerio Público o

alguna acusación personada instase la imposición al detenido de la medida cautelar personal de prisión provisional o de libertad provisional eludible bajo fianza, pues en tal caso el Juez habría de pronunciarse en los términos legalmente establecidos. No obstante, esta vía resulta oblicua, y no parece responder a las expectativas de la norma. Además, aunque una eventual resolución estimatoria de la petición llevaría inherente la confirmación de la imputación, no resulta tan evidente qué consideración merecería el acuerdo judicial de puesta en libertad provisional sin fianza, pues resulta muy dudoso que la exigencia que impone el precepto de que el Juez formule un cargo para que pueda estimarse confirmado el efecto interruptivo de la prescripción pueda verse colmada en estas circunstancias.

Esta situación, además, tendría el efecto perverso de prolongar la incertidumbre acerca de la continuidad del cómputo del plazo de prescripción hasta que recayese en el proceso una resolución de sentido inequívoco – sobreseimiento, procesamiento, transformación de diligencias previas en procedimiento abreviado, o similar-, lo que va más allá de los límites de lo razonable y resulta incompatible con el principio constitucional de seguridad jurídica, que exige de la ley que proporcione al ciudadano una certeza suficiente del trato jurídico que se le va a dispensar, principio que adquiere por razones obvias una singular trascendencia en el orden penal.

En suma, si la iniciativa considera necesario que se produzca en todo caso un pronunciamiento expreso del órgano judicial que emitió la orden después de recibir declaración al detenido, se ha de afirmar que la reforma sustantiva resulta manifiestamente insuficiente y debe ir acompañada necesariamente de la correspondiente reforma de la ley procesal para introducir el correspondiente trámite. En todo caso, y dados los graves inconvenientes que la novedosa regulación plantea, se considera preferible la supresión del inciso.

8.- El anteproyecto introduce asimismo dos modalidades más de suspensión del cómputo del plazo de prescripción mediante la inclusión en el artículo 132 de dos nuevos apartados.

El apartado 3 establece que la solicitud de que sea declarada la prescripción suspenderá el cómputo del término hasta que la petición sea resuelta, produciendo su efecto el tiempo transcurrido con anterioridad si la misma fuere rechazada.

No resulta clara cuál es la finalidad que se pretende conseguir con esta modalidad de suspensión. En principio, desde el momento en que la jurisprudencia admite la alegación del instituto de la prescripción en cualquier instancia o grado del proceso, incluido el recurso de casación, así como su misma apreciación de oficio por el órgano judicial, no se comprende porqué la reforma opta por una medida que puede tener un indeseable efecto disuasorio

del legítimo ejercicio de la pretensión procesal dirigida a postular su aplicación, pues la suspensión del plazo va en contra del imputado.

Por otra parte la reforma parece no tener en cuenta que la suspensión del cómputo del plazo de prescripción no implica la suspensión del proceso, por lo que nada impediría que durante el tiempo que se tardase en resolver la pretensión de prescripción –tiempo que se puede prolongar con motivo de la interposición y sustanciación de recursos contra la decisión que adopte el correspondiente órgano judicial- el proceso seguirá su marcha y se producirán previsiblemente nuevos actos procesales de impulso que tendrán efecto interruptivo de la prescripción.

Tampoco la modalidad de suspensión prevista en el apartado 4 resulta de utilidad aparente. Determina el precepto que la solicitud de extradición y entrega suspenderá el cómputo de prescripción durante su tramitación, produciendo su efecto el tiempo transcurrido con anterioridad si el Estado requerido rechazare la extradición o la entrega. La brevedad de los plazos establecidos en los instrumentos internacionales, comunitarios e internos para resolver estas solicitudes es un argumento que milita en contra de la introducción de esta singularidad en el régimen jurídico del cómputo de los términos de prescripción.

En resumen: el Consejo considera que el texto legal debe excluir expresamente la aplicación retroactiva de la nueva regulación de las causas interruptivas de la prescripción, considerando la naturaleza procesal de los actos que producen tal efecto y el marco constitucional, que proscribire la aplicación retroactiva de las normas sancionadoras, no favorables o restrictivas de derechos, pero no impone la aplicación retroactiva de las favorables, criterio este de rango legal susceptible de ser exceptuado por el propio legislador.

IV.3 **REFORMA DE LA PARTE ESPECIAL**

HOMICIDIO Y LESIONES IMPRUDENTES

El anteproyecto efectúa una elevación general del marco punitivo de los delitos de homicidio y lesiones imprudentes, a través de los apartados trigésimo tercero, trigésimo cuarto y centésimo decimotercero que inciden en los artículos 142.1, 152.1 y 621 CP en un doble sentido:

a.- De un lado, incorpora la totalidad de las conductas imprudentes con resultado lesivo para la vida o la integridad de las personas al Libro II del Código Penal, suprimiendo las figuras leves que el texto vigente alberga en los

tres primeros apartados del artículo 621, lo cual representa una importante intensificación de la reacción penal frente a las mismas.

Es lo que sucede con el homicidio causado por imprudencia no grave, que pasa a ser sancionado en el artículo 142.1 con pena de prisión de seis meses a dos años, absorbiendo la descripción típica de la falta del artículo 621.2 que prevé una mera pena de multa de uno a dos meses, lo que conlleva una alteración cualitativa de la reacción penal mediante su retribución por medio de pena privativa de libertad.

La falta de lesiones por imprudencia grave del artículo 621.1 CP también desaparece, aunque, como veremos, sin obtener un correlato delictivo en el nuevo texto.

En cuanto a las lesiones por imprudencia leve pierden el tratamiento penal indiferenciado que les otorga el vigente artículo 621.3, que contempla una pena de multa de 10 a 30 días cualquiera que sea la naturaleza y gravedad del resultado, y se diversifica su marco penal en función del mismo, siendo sancionadas con pena de tres a seis meses de prisión si se trata de las lesiones del artículo 147.1, de uno a tres años de prisión si se trata de lesiones del artículo 149 y de seis meses a dos años de prisión, si se trata de lesiones del artículo 150.

La reforma no aspira, sin embargo, a la extensión de la órbita penal mediante la criminalización de aquellas otras lesiones imprudentes que de haberse causado dolosamente serían constitutivas de falta, las cuales siguen siendo atípicas en el nuevo diseño.

b.- De otra parte, las actuales figuras delictivas experimentan asimismo una elevación de la respuesta penal, en el caso del homicidio por imprudencia grave, por aumento del umbral de la pena de prisión que tiene asignada, que pasa de uno a dos años, y en el caso de las lesiones imprudentes, por la cualificación de la pena actualmente prevista, que se exigirá en su mitad superior cuando la imprudencia sea calificada de grave –art. 152.2, párrafo segundo, que dice “[C]uando las lesiones fueran cometidas por imprudencia grave se impondrán las penas señaladas en su mitad superior”-.

Se debe observar que el anteproyecto olvida determinar el tratamiento que se ha de dispensar a las lesiones del artículo 147.2 CP cuando sean cometidas por imprudencia no grave, pues desaparecen del Libro III, al derogarse expresamente el artículo 621.1, y no se incorporan al Libro II, cuyo artículo 152.1.1º contempla sólo las lesiones del artículo 147.1 CP. Esta omisión constituye una deficiencia técnica que debe ser oportunamente solventada en ulteriores trámites de la iniciativa.

También resulta reseñable el hecho de que el apartado centésimo décimotercero del artículo único del anteproyecto derogue los apartados 1, 2 y

3 del artículo 621 CP en cumplimiento de su designio de convertir dichas conductas negligentes en delitos, y decida sin embargo conservar los apartados 4, 5 y 6, que según su tenor pasarían a ser los 1, 2 y 3, en los que se sujeta su perseguibilidad a la condición de su previa denuncia por la persona agraviada o su representante legal y se prevé la imposición conjunta de penas de naturaleza leve, como son la privación del derecho a conducir vehículos de motor o ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año, en aquellos casos en que los hechos se han cometido con un vehículo a motor o ciclomotor, o con un arma, respectivamente.

La pervivencia en el texto reformado de estos apartados resulta incongruente por cuanto que las penas conjuntas privativas de los meritados derechos aplicables a las nuevas figuras delictivas no podrán ser otras que las previstas en los artículos 142.2 CP y 152.2 CP, tanto en virtud de la nueva ubicación sistemática que se confiere a estas figuras en el contexto general del Código como de su calificación de delitos menos graves, vinculados consecuentemente al marco penal del artículo 33.3 CP (letras d) y e). El Consejo considera que lo que procede es su supresión.

DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA: FECUNDACIÓN ARTIFICIAL Y TÉCNICAS DE CLONACIÓN HUMANA

El apartado trigésimo quinto del artículo único del anteproyecto modifica el artículo 160.2, que en su tenor actual castiga a quienes fecunden óvulos humanos con fines distintos a la reproducción, y en su lugar, sustituye el tipo de injusto por otro consistente en practicar técnicas de clonación en seres humanos con fines reproductivos. La modificación de este apartado entraña la destipificación de la conducta de fecundación de óvulos humanos con fines no reproductivos que desaparece del ámbito de las conminaciones penales del Código, pues la reforma se limita a suprimir su enunciación sin desplazarla a otro precepto o apartado

El posible fundamento de esta opción político criminal no puede comprenderse sin contemplar la evolución que ha experimentado recientemente la normativa extrapenal. Las técnicas de reproducción humana asistida se regularon por primera vez en España en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, pionera en los países de nuestro entorno cultural y geográfico en cuanto definió el marco jurídico de la aplicación de las técnicas derivadas del desarrollo de la Biomedicina y la Biotecnología para obtener medios de reproducción alternativa a la esterilidad de la pareja humana. Las técnicas que contemplaba esta Ley y que se designaban explícitamente eran la Inseminación Artificial (IA), que se venía practicando en España desde el año 1978, la Fecundación in Vitro (FIV) con Transferencia de Embriones (TE), que arrancó en España en 1984, y la Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG), que empezaba a practicarse entonces.

La exposición de motivos de la Ley resaltaba la necesidad de establecer un control jurídico adecuado de la disponibilidad, tráfico, usos y transporte de los gametos y óvulos fecundados, los cuales no sólo sirven para realizar las Técnicas de Reproducción Asistida, sino también para manipulaciones diversas, de carácter diagnóstico, terapéutico o industrial, de investigación o experimentación; también regulaba los Centros o Servicios encargados de su manipulación y conservación.

El hecho de que se autorizase, con los debidos controles, el empleo de estas técnicas para fines diversos a la reproducción humana, no era obstáculo para que la Ley prohibiera al mismo tiempo y de forma categórica que la fecundación del óvulo humano pudiera responder inicialmente a cualquier fin distinto a la procreación humana (artículo 3), caracterizando la contravención de esta prohibición como infracción administrativa muy grave en el artículo 20.2, B), a), que pasaría a ser delito en la LO 10/1995, de 23 de noviembre, al incorporar este supuesto al artículo 161.1 CP (actual artículo 160.2 tras la reforma operada por la LO 15/2003), suprimiendo su primera tipificación administrativa mediante previsión expresa contenida su Disposición Final tercera.

El uso complementario de las Técnicas de Reproducción Asistida con fines de prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario y para la investigación y experimentación, se regulaba de forma estricta, supeditándolo al logro de fines diagnósticos, terapéuticos o preventivos.

El anteproyecto informado deja sin protección penal la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana, con lo cual es posible la autorización de fecundación con fines experimentales. Esto es así desde el momento en que la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, LTHRA, al derogar la Ley 45/2003, de 21 de noviembre –que reformó la Ley 35/88- no establece límites al fecundar de óvulos, pues el límite de tres se refiere al número de óvulos fecundados que se transfieren en cada ciclo. De esta forma hay que concluir que el fin más probable de los embriones no transferidos será la investigación.

El Tribunal Constitucional había respaldado la Ley 35/88 sobre el presupuesto de que sólo era susceptible de experimentación el embrión no viable, precisamente por no ser viable, de forma que la diferenciación entre embriones viables y no viables y que se permitiese la experimentación con los no viables era lo que daba pie al Tribunal Constitucional para poder afirmar que no se vulneraban las exigencias de protección de la vida humana pues en ningún caso la Ley 35/88 –entendía el Tribunal- permitía la experimentación con preembriones viables, como tampoco más investigación sobre ellos que la de carácter diagnóstico, o de finalidad terapéutica o de prevención. Esta *«apreciación es fundamental en orden a examinar la conformidad de este*

sistema de requisitos a las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del artículo 15 CE» (F.J. 9º STC 116/1999; en el mismo sentido, cf FJ 5º STC 216/96).

De la doctrina constitucional se desprende que una regulación que admita la experimentación o la clonación –creación para destrucción- de embriones viables infringe «*las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del art. 15 CE*». Sólo respecto de los embriones no viables el TC dota de preferencia a la libertad de investigación [artículo 20.1.d) CE] y al fomento de la ciencia (artículo 44.2 CE).

Ciertamente de la doctrina del Tribunal Constitucional se deduce que el *no nacido* no es titular del derecho a la vida conforme al artículo 15 CE (FJ 5º STC 116/99), pero ello no implica la ausencia de protección jurídica, la cual puede alcanzar relevancia penal. En todo caso los problemas apuntados de falta de suficiente protección surgen, más que de la existencia o inexistencia de tutela penal, de la norma extrapenal de referencia, esto es, de la LTRHA, por lo que en el caso de haber algún problema de constitucionalidad residiría más que en el anteproyecto informado, en la dicha norma sectorial. En este sentido no hay que olvidar que el TC ha entendido que el legislador puede sancionar penalmente lo que estime oportuno y conveniente, con amplia libertad de configuración tanto en la selección de los bienes jurídicos dignos de tutela penal como de los medios dispuestos en el ordenamiento criminal para asegurar esta tutela, de forma que no hay –en general- un deber constitucional de castigar determinadas conductas. Ello implica que la protección jurídica puede dejarse a la prohibición de ciertas prácticas y a la sanción en vía administrativa, sin que sea exigible la tipificación penal.

No obstante y aun siendo esto así, no debe perderse de vista que en el anteproyecto informado al alzar la tutela penal frente a estas conductas -la fecundación de óvulos para fines distintos de la procreación, generando embriones sobrantes viables susceptibles de experimentación y la clonación terapéutica- lo hace sobre la base de que, previamente, en la LTRHA esas prácticas ya no están prohibidas, lo que suscita de nuevo el problema y éste ya no sería tanto la no punición de esas prácticas como su carácter lícito.

En opinión del CGPJ una regulación de la materia congruente con la doctrina del TC exige que se dispense la debida protección jurídica a los embriones, de modo que aunque no sea estrictamente exigible el uso de la vía de tutela penal, tampoco es de recibo la total falta de protección. En este sentido la Exposición de Motivos contempla sólo una parte de la realidad al justificar el nuevo artículo 160.2 (no 162.2 como dice la Exposición) sobre la base de que «*se preserva al sistema punitivo de una intervención injustificable en el debate sobre los usos terapéuticos y de investigación en relación con óvulos humanos*»; con independencia que el problema no se refiera a los “óvulos humanos”, la cuestión es que no hay intervención del “sistema punitivo”, pero tampoco protección en la ley sectorial.

En lo que respecta a la clonación terapéutica, entendida como práctica experimental sobre el embrión clonado que se destruye una vez obtenido el material genético para la terapia del individuo, se han de recordar los compromisos asumidos por España al ratificar el *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 -instrumento de ratificación publicado en el BOE de 20 de octubre de 1999-, que viene a proscribir dicha práctica en su artículo 18.2 del Convenio según el cual y con carácter general *«se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación»*, pues en la clonación terapéutica el embrión es clonado para la obtención de material genético y para su destrucción posterior. Se produce aquí una intervención en el genoma con fines terapéuticos de un tercero cuando la única intervención terapéutica posible es la propia, tal como se desprende del artículo 13 del citado Convenio .

Resulta de obligatoria cita, asimismo, el Protocolo Adicional al Convenio aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en diciembre de 1997 y firmado, entre otros países por España, el 12 de enero de 1998 (BOE de 1 de marzo de 2001 tras su ratificación en enero de 2000) que de manera ya explícita *«prohíbe toda intervención que tenga por finalidad crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano, ya sea vivo o muerto»*. A los efectos del Convenio la expresión ser humano "genéticamente idéntico" significa compartir con otro la misma carga nuclear genética.

En el ámbito del Parlamento Europeo se han aprobado las Resoluciones de 13 de marzo de 1989, sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética; la de 28 de octubre de 1993, sobre la clonación del embrión humano; la de 12 de marzo de 1997 y, fundamentalmente, la de septiembre de 2000 una resolución en contra de la clonación de embriones humanos con fines de investigación. Estas Resoluciones tienen significado político, pero no fuerza vinculante para los países miembros.

Todas ellas rechazan la clonación como contraria a la dignidad de la persona humana, pero es especialmente clara la última Resolución y pide a los Estados miembros que introduzcan nuevas sanciones penales que prohíban cualquier tipo de clonación humana y propugna una *«prohibición universal y específica al nivel de las Naciones Unidas sobre la clonación de seres humanos en cualquier fase de su formación y desarrollo»*

La Resolución fue aprobada por 237 votos a favor (grupo popular, verdes, democristianos y Unión por una Europa de las Naciones), 230 en contra (grupo socialista y grupo liberal) y 43 abstenciones. El espíritu de la resolución no se aparta del rechazo tradicional del Parlamento Europeo a la clonación humana, y la razón de que muchos eurodiputados votasen en contra obedeció más que a su contenido –que es claro- a que solicitase al gobierno

británico que modificase su intención de autorizar la clonación de embriones humanos con fines terapéuticos.

En todo caso, los términos de la Resolución son contundentes y así tras recordar que según la Directiva 98/44/CE, en el seno de la «*Unión Europea existe consenso respecto de que la intervención génica germinal en seres humanos y la clonación de seres humanos son contrarias al orden público y a la moralidad*», afirma:

«G. Considerando que nos encontramos ante una nueva estrategia semántica (distingo entre clonación reproductiva y terapéutica) que intenta debilitar el significado moral de la clonación humana,

H. Considerando que no existe ninguna diferencia entre la clonación con fines terapéuticos y la clonación con fines reproductivos, y que cualquier flexibilización de la prohibición vigente originará presiones para poder seguir desarrollando la producción y la utilización de embriones,

I. Considerando que el Parlamento Europeo define la clonación humana como la creación de embriones humanos con un patrimonio genético idéntico al de otro ser humano, vivo o muerto, en cualquier fase de su desarrollo sin distinción posible en cuanto al método practicado»,

Concluye diciendo que

«2. Considera que la "clonación terapéutica", que conlleva la creación de embriones humanos con fines exclusivos de investigación, plantea un profundo dilema moral, supone traspasar de forma irreversible una frontera en las normas de investigación y es contraria a la política pública aprobada por la Unión Europea».

Por su parte, la UNESCO en *La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*, aprobada en la Conferencia General de 11 de noviembre de 1997 y refrendada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1998, declara en el artículo 11 la clonación con fines de reproducción contraria a la dignidad humana, debiendo destacarse lo antes dicho sobre la inexistencia de diferencia entre las técnicas de clonación terapéutica y reproductiva.

Por otra parte, en el estado actual de la ciencia no existe, en puridad, clonación terapéutica, todo lo más cabría hablar de clonación con fines de investigación, no autorizada por la LTRHA que impone condiciones restrictivas para la investigación con embriones de hasta catorce días [artículos 11.4.b) y 15], exigiendo que se trate de "preembriones sobrantes" de los procedimientos de reproducción asistida, circunstancia que no se da en el embrión clonado.

En el ámbito del Derecho comparado es ilustrativa la *La Ley de 13 de diciembre de 1990 sobre Protección de Embriones*, de la República Federal Alemana, que prohíbe expresamente la clonación y protege al embrión de una manera global, sin hacer el distinguo artificioso frente al llamado pre-embrión, que sí se encuentra en la legislación española. Se equipara la célula totipotente al embrión y se castiga la fecundación artificial de un óvulo con cualquier finalidad distinta del embarazo de la mujer de la que procede el óvulo. Igualmente prohíbe de modo absoluto la clonación estableciendo penas privativas de libertad para «*quien artificialmente hace surgir un embrión humano con la misma información hereditaria que otro embrión, un feto, una persona humana o un muerto*».

El texto hasta ahora más permisivo se encuentra en el Reino Unido *Reforma de la Ley de Fertilización de 1990, de 2001* que combina la prohibición de la clonación reproductiva con la autorización de la clonación con la finalidad de obtener embriones para la investigación. De esa forma el Reino Unido autoriza la clonación por transferencia nuclear con la finalidad de obtener células madre de los embriones clónicos.

En Italia, la *Ley de Fecundación Asistida*, prohíbe la experimentación con embriones humanos; limita la creación de embriones: sólo aquellos que estén destinados a su inmediata implantación, de manera que no resten nunca embriones preimplantatorios sobrantes. La clonación se castiga con penas de hasta veinte años de prisión y establece pena para la gemelación artificial de un embrión. Las referencias que hace al concebido parece que deben interpretarse como comprensivas no sólo del embrión fruto de la fecundación heterosexual, sino también de la célula embrionaria obtenida por enucleación.

Por último, Francia ha aprobado en fechas recientes una legislación que vincula la posibilidad de investigar con embriones procedentes de las técnicas de fecundación asistida al consentimiento de los padres previo al tratamiento de fecundación. La clonación con fines experimentales figuraba en un texto inicial pero desapareció de la ley definitivamente aprobada.

En síntesis, en el panorama del derecho comparado, haciendo salvedad del Reino Unido, existe una muy seria prevención hacia la clonación, en este caso llamada terapéutica, por lo que la orientación que adopta la presente iniciativa prelegislativa plantea muy serias dudas sobre su admisibilidad, al introducir la suficiente dosis de ambigüedad en las prescripciones penales acerca de la perseguibilidad de la mal llamada clonación terapéutica.

En realidad, el texto, más que ambiguo, resulta contradictorio, pues no acaba de entenderse que no se modifique el párrafo 3 del artículo 160, que parece castigar todo tipo de clonación. La doctrina siempre entendió que el 160.3 CP se refería a toda clase de clonación, de tal modo que existe un defecto técnico importante: se sanciona la clonación con fines reproductivos en el párrafo segundo y todo tipo de clonación (también la no prohibida –

terapéutica- en la LTRHA) en el párrafo tercero. A no ser que se pretenda que la referencia a *“la creación de seres humanos idénticos por clonación”* que recoge el artículo 160.3 se concibe como uno de los *“procedimientos dirigidos a la selección de la raza”* que también se persiguen en la misma norma, vinculando finalísticamente la clonación prohibida con aquella que persiga una mejora de la raza humana (eugenesia), dejando en el limbo jurídico –no incriminación- la clonación terapéutica por no tener ni una finalidad reproductiva –no se trata de desarrollar el embrión hasta que alcance vida independiente- ni eugénica.

El Consejo considera que el anteproyecto no puede dejar estos márgenes de penumbra en un asunto de tanta trascendencia como el de la clonación humana, cuya antijuricidad debe ser reconocida, y perseguida, tanto administrativa como penalmente.

ACOSO LABORAL

El apartado trigésimo séptimo del artículo único del anteproyecto tipifica el conocido como *mobbing* o acoso en el ámbito laboral, incluyendo en el artículo 173.1 CP, en sede de delitos contra la integridad moral de las personas, la conducta consistente en realizar contra otro en el marco laboral *“actos de grave acoso psicológico u hostilidad que naturalmente generen en la víctima sentimientos de humillación”*, y asimismo a 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”*.

El *mobbing* viene siendo caracterizado por la doctrina de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia como conducta encuadrable entre las causas justificativas de la extinción unilateral del contrato de trabajo a instancia del trabajador previstas en el artículo 50 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, bien por considerar en unos casos que constituyen modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redundan en menoscabo de la dignidad del trabajador, bien por constituir incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario.

El *mobbing* se define como *“un trato degradante por parte, en este caso, del empresario hacia un trabajador, que se mantiene en el tiempo de forma constante o reiterada, y que reviste la suficiente entidad como para provocar en dicho trabajador una sensación de rechazo afectante a su dignidad, acompañada de sensación de angustia susceptible de desencadenar una patología de carácter psicológico”* (STSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, sección 1ª de 14 de julio de 2005, nº 1005/2005).

La STSJ de Madrid, Sala de lo Social, sección 2ª, de 22 de junio de 2004, nº 634/2004, sintetiza el estado de la cuestión en su fundamento de derecho segundo, recordando que la Resolución del Parlamento Europeo sobre acoso en el lugar de trabajo (2001/2339 (INI), publicada mediante Acta de 20 de septiembre de 2001, efectuó una serie de llamamientos tanto a los empresarios, a la Comisión y al Consejo, a los Estados miembros y en general a las instituciones comunitarias ante la creciente alarma social que la situación de acoso psicológico en el lugar de trabajo está generando, poniendo de relieve las consecuencias perniciosas que tal situación genera en la salud, desembocando a menudo en enfermedades relacionadas con el estrés.

El Grupo de Estudio de Violencia en el Trabajo de la Comisión Europea ha definido el *mobbing* como *“el comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores o inferiores jerárquicos a causa del cual el afectado es objeto de acoso y ataques sistemáticos y durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo y/o el efecto de hacerle el vacío”*.

De acuerdo con estas nociones, es manifiesta la afinidad del *mobbing* con el supuesto típico actualmente recogido en el artículo 173.1 CP, que permite, sin necesidad de reforma legal, abarcar la mayoría de estas conductas, cuando impliquen un grado singular de menoscabo de la integridad moral del trabajador. No obstante, la reforma merece una acogida favorable, en la medida en que la especificación de la incriminación de esta modalidad de acoso psicológico puede tener un singular valor pedagógico al enfatizar el especial grado de reproche que este tipo de comportamientos han de merecer en nuestra sociedad.

No parece adecuado, sin embargo, que la nueva figura delictiva se extienda al ámbito de las relaciones contractuales civiles, como se desprende claramente del segundo inciso del precepto proyectado, que se refiere a los que en el marco de cualquier otra relación contractual que no sea la laboral, 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.

En resumen, el Consejo considera que en una esfera donde impera el principio de autonomía de la voluntad y donde formalmente no existe una relación jerárquica entre las partes contratantes, que haga necesaria una protección reforzada de una de ellas, no resulta oportuno establecer un régimen de tutela penal especial.

La única excepción que entendemos admisible a este criterio de delimitación del ámbito material del injusto vendría dada por aquellas relaciones basadas aparentemente en el pacto entre iguales que ocultan formas de dependencia efectiva próximas a la relación laboral: nos referimos a la figura del trabajador autónomo, pero económicamente dependiente de un

solo cliente, que ha experimentado un incremento sociológico en los últimos años de resultas de los procesos de deslocalización de las empresas, y que encuentra un reconocimiento jurídico específico en el Anteproyecto de Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo, sobre el que actualmente trabaja el Ejecutivo.

Este supuesto singular, auténtico *tertium genus* entre la genuina relación laboral y la relación de servicios regulada en el ordenamiento civil, presenta un perfil lo suficientemente original para justificar la extensión de la tutela penal del *mobbing*..

No obstante, convendría que la norma penal determinase unas condiciones claras que sirviesen de presupuesto a la aplicación de la norma, desechando cualesquiera otras relaciones de servicio, para lo que podría ser útil la aportación al ordenamiento penal de la definición de trabajador autónomo económicamente dependiente que se maneja en el texto preparatorio citado, circunscrita a *“aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”*. La intensa dependencia económica y personal que representa percibir de un solo cliente la mayoría de los ingresos, podría justificar la asimilación de este tipo de trabajador autónomo en la aplicación de la figura penal.

Para concluir, resulta llamativo, y por lo demás, criticable que no se hayan incorporado a la descripción típica los supuestos de hostigamiento psicológico del que pueden ser víctimas los funcionarios públicos o personal estatutario en sus respectivos centros de trabajo, dado que la repercusión del acoso moral en el ámbito de la función pública, no menos intenso que en el del trabajo por cuenta ajena, también ha obtenido carta de naturaleza en el ámbito contencioso-administrativo, en relación con pretensiones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por trato moralmente lesivo a sus funcionarios o conectadas con el régimen disciplinario (STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª, de 15 de abril de 2005, nº 536/2005; Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5ª, de 4 de marzo de 2005, rec. 201/2004). El Consejo recomienda por ello que también en el orden penal quede parificado el régimen protector de los funcionarios al de los trabajadores.

REFORZAMIENTO DE LA TUTELA DE LA INDEMNIDAD SEXUAL DE LOS MENORES DE EDAD Y DE LOS INCAPACES

1.- Abuso sexual sobre menor de trece años en el marco de una organización delictiva

El apartado trigésimo octavo del anteproyecto añade un apartado quinto al artículo 181 CP que sanciona el abuso sexual. Según este nuevo apartado, *“[L]os abusos sexuales ejecutados sobre menores de trece años y cometidos en el marco de una organización delictiva serán castigados con la pena de prisión de tres a cinco años”*.

Parece que la intención de la reforma es castigar en un tipo especial los abusos sexuales que se puedan producir en el seno de determinadas organizaciones delictivas –y no por organizaciones delictivas, o con el apoyo de las mismas, contra víctimas externas-, situación que se viene observando en las actividades de ciertas bandas juveniles y sectas destructivas, en las que con relativa frecuencia los miembros más vulnerables sufren actos de auténtico abuso al verse inducidos a aceptar prácticas sexuales con un consentimiento que se encuentra manifiestamente viciado por su propia edad y por su encuadramiento en una estructura organizada cuyo considerable potencial de coerción incrementa exponencialmente el daño a la indemnidad sexual de la víctima.

Si esta es la voluntad de la iniciativa, convendría que se perfilara mejor la descripción típica de esta forma cualificada de abuso. En particular se debería superar la ambigüedad que entraña la locución *“en el marco de una organización delictiva”* aclarando que se trata de conductas que se generan en el interior de las mismas, sobre sus miembros más vulnerables, por parte de quienes ostentan una situación de superioridad o dominio en su particular escala jerárquica. Cabría incluso cuestionar la exigencia típica de que la víctima fuera menor de trece años de edad, extendiendo la protección reforzada a todos los menores de edad e incapaces que se pudieran encontrar en tal situación.

2.- Prostitución de menores e incapaces

2.1.- Promoción de la prostitución

El apartado trigésimo noveno del artículo único del anteproyecto modifica el artículo 187 CP, retocando la redacción de su apartado primero, donde la descripción del tipo básico mantiene los verbos nucleares que tradicionalmente ha incorporado esta figura delictiva, de “inducir”, “promover” o “facilitar” la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, suprimiendo sin embargo el verbo “favorecer”, elevando el límite superior de la pena de prisión actualmente prevista, que de cuatro años pasa a cinco años en la figura básica, e incorporando a su descripción típica actual un inciso nuevo en el que se sanciona con idéntica pena la conducta de quien *“solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz”*.

El anteproyecto busca reforzar la tutela penal extendiendo el círculo de posibles sujetos activos del delito para abarcar a los clientes que solicitan u

obtienen favores sexuales a cambio de precio de un menor de edad o incapaz, y estableciendo la suficiencia de un solo acto para estimar cumplidas las exigencias del tipo penal.

La novedad de esta formulación es, sin embargo, discutible, pues la jurisprudencia ya viene interpretando el vigente artículo 187.1 CP en el sentido de que sujeto activo del delito lo es cualquiera que determine eficazmente al menor a ejercer la prostitución, noción en la que estima comprendido no sólo a quien dispone los medios precisos para que el comercio carnal tenga lugar, sino también al propio cliente y por otra parte, tratándose de menores de edad, no siempre ha vinculado la apreciación de la existencia de prostitución a la reiteración o habitualidad en tal actividad (SSTS de 16 de febrero de 1998 y 17 de abril de 2000).

Como señala la STS de 7 de abril de 1999, nº 1207/1998, en su fundamento de derecho tercero, con invocación expresa del criterio adoptado por el Pleno no jurisdiccional de 12 de febrero de 1999, *“debe examinarse en cada caso (atendiendo a la reiteración y circunstancias 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 (joven de 15 o menos años de edad), ha de considerarse ordinariamente la relación sexual mediante precio como acción de inducción o favorecimiento subsumible en el art. 187.1º, máxime cuando se trata de relaciones reiteradas, 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 sobre la voluntad del menor, para determinarla a realizar el acto de prostitución solicitado, estimulando y arraigando su dedicación a dicha actividad”*.

En todo caso, el nuevo inciso añadido al artículo 187.1 CP puede resultar útil para despejar cualquier vacilación o duda que pueda darse en la interpretación de la norma, dejando debidamente perfilados estos extremos.

El referido inciso exige que la relación sexual sea a cambio de una remuneración o promesa. La ubicación sistemática en un precepto destinado a la persecución de la promoción de la prostitución de menores e incapaces obliga a perfilar mejor en la norma el alcance de la referida “promesa”, restringiéndolo a la esfera pecuniaria o a las ventajas de contenido patrimonial, pues la noción de prostitución de un menor o incapaz se ha de diferenciar de la genérica de corrupción descrita en el artículo 189.4 CP, en la medida en que gira en torno a la relación sexual a cambio de precio que consista en dinero o cualquier otra compensación económica (STS de 2 de julio de 2003) o en la que medie ánimo de lucro (SSTS de 26 de marzo de 1997 y 12 de enero y 16 de febrero de 1998).

El anteproyecto también introduce un nuevo subtipo cualificado, que intercala como apartado segundo del artículo 187, y que establece que *“la pena se impondrá en su mitad superior si el menor no hubiere cumplido los trece años de edad cuando, con las mencionadas conductas se hubiere puesto en peligro la vida o la salud del menor o incapaz”*.

Parece que es voluntad de la reforma diversificar el tratamiento penal de la prostitución de menores e incapaces mediante una conminación más intensa de las conductas típicas que recaigan sobre sujetos pasivos en edad infantil, en razón de su especial vulnerabilidad y del mayor contenido de injusto que tales acciones representan, situando la frontera de la edad en trece años, siguiendo en este aspecto el criterio de la reforma operada en el Título VIII por la LO 11/1999.

Esta diversificación del tratamiento penal también se observa en el apartado cuadragésimo que introduce en el artículo 188.3 CP, en sede de determinación coactiva de la prostitución, un inciso que determina la obligación de imponer la pena prevista para aquellas conductas que recaen sobre menores de edad o incapaces *“en su mitad superior si el menor no hubiere cumplido los trece años”*.

La reforma merece en este particular una favorable acogida, al adecuar el marco penal de las infracciones delictivas al mayor contenido de injusto que representan, si bien se ha de objetar que la redacción prevista para el artículo 187.2 CP no parece acertada en la medida en que exige, para la apreciación del subtipo cualificado, de forma cumulativa, que el menor no hubiera cumplido los trece años y además que con las mencionadas conductas se hubiere puesto en peligro su vida o salud.

El Consejo considera que, en la medida en que el compromiso de la vida o salud de la víctima introduce un rasgo de pluriofensividad en el ilícito penal que justifica por sí mismo la elevación del nivel de la respuesta penal, parece más acertado que la formulación legal otorgue eficacia jurídica propia a ambas circunstancias agravatorias específicas, la edad infantil del sujeto pasivo y la puesta en peligro concreto de su vida o salud, de manera que puedan operar autónomamente, dado que en cualquiera de los dos supuestos está justificada la exasperación de la pena. Se recomienda por ello una reforma del tenor literal propuesto para el artículo 187.2 que establezca la imposición de la pena en su mitad superior si el menor no hubiere cumplido los trece años o –como disyuntiva- se hubiere puesto en peligro su vida o salud.

2.2.- Prostitución coactiva

El apartado cuadragésimo del anteproyecto incide en el artículo 188 CP sobre determinación coactiva o engañosa de la prostitución ajena, diversificando, como se ha indicado antes, el tratamiento penal de la infracción

penal cuando recaiga sobre menores de trece años –inciso final del apartado 3- e introduciendo un apartado cuarto de nuevo cuño, que establece que “*se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo, en sus respectivos casos, cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades*”.

La doctrina jurisprudencial trata de diferenciar la noción de organización de la codelinquencia vinculando la primera a la exigencia de actuación común de varias personas y coordinación entre ellas, en el seno de una estructura jerárquica y con distribución de funciones (SSTS de 12 de julio de 1991, 16 de febrero de 1988, 20 de octubre de 1988, 6 de julio de 1990, entre otras, en el ámbito de los delitos contra la salud pública).

La mayor ofensividad de la conducta cuando procede de un culpable que actúa al amparo o con el apoyo de una organización justifica sobradamente la opción del prelegislador de exasperar el marco penal en los delitos relativos a la prostitución, exasperación que el Código vigente sólo contempla en los supuestos del artículo 187 de promoción de la prostitución de menores o incapaces, pero no en los del artículo 188, lo que hace que la reforma resulte sumamente aconsejable.

No obstante, es opinión del Consejo que la exasperación del marco penal no se debe circunscribir a las conductas previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 188, sino que también ha de referirse al subtipo cualificado del apartado 3, en congruencia con la línea seguida por la reforma de promover un trato penal más riguroso para todas las formas de prostitución de los menores e incapaces. No parece excesivo ni desproporcionado que la determinación coactiva o engañosa de menores o incapaces a la prostitución se eleve dos grados sobre la pena base prevista en el apartado 1 del precepto cuando haya intervenido en la misma una organización o asociación que se dedique a tales actividades.

3.- Corrupción de menores e incapaces

3.1.- El apartado cuadragésimo primero incide en la reforma de los apartados 1 y 3 del artículo 189 CP. En concreto, añade una nueva conducta al ámbito objetivo de incriminación de la letra a) del apartado 1, que actualmente comprende al que 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, y al que financiare cualquiera de estas actividades, incluyendo también la conducta del que se lucrare con dichas actividades.

No se alcanza a comprender la razón de este añadido en la letra a) cuando el texto vigente de la letra b) se ocupa del que produjere, vendiere, distribuyere o exhibiere el material o el espectáculo, supuesto típico que

aunque no exige necesariamente la concurrencia de ánimo de lucro, absorbe sin duda las conductas movidas por dicho ánimo en la referencia a la venta. No obstante, si se quiere establecer una fórmula legal omnicomprensiva de cualquier forma de participación o aprovechamiento lucrativo del material pornográfico elaborado por otros, lo aconsejable es que se ubique sistemáticamente la correspondiente inclusión en la misma letra b) que sanciona los actos de venta y difusión del mismo.

Por el contrario merece una acogida favorable la inclusión en la letra b) del subtipo agravado del apartado 3, de los supuestos en que la participación del menor en los espectáculos pornográficos o exhibicionistas hubiera sido conseguida mediante violencia o intimidación, dada la mayor intensidad antijurídica que adquiere el ataque corruptor a la indemnidad sexual del menor o incapaz cuando se acompaña de un riesgo concreto o lesión efectiva a otros bienes jurídicos personalísimos como son su integridad física y su seguridad. A este respecto, llama la atención que la letra d) viniera contemplando la agravación del marco penal por la representación de la violencia física o sexual sobre niños e incapaces, y no se estableciera idéntica agravación por el uso instrumental de la violencia para la elaboración de dicho material.

Por idéntica razón, en la medida en que facilita que se pueda atender más adecuadamente al carácter pluriofensivo de la conducta, merece también elogio la incorporación al mismo apartado de una nueva letra, la g), que recoge el supuesto de que se hubiere puesto en peligro la vida o la salud del menor o incapaz.

3.2.- En esta materia se han de tomar en consideración los mandatos de armonización contenidos en 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 (DOUE 13/2004, de 20 de enero de 2004).

Este instrumento trata de satisfacer la necesidad de que infracciones penales tan graves como la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil se aborden con un planteamiento global caracterizado por unos elementos de derecho penal comunes a los Estados miembros, entre los que se cuenten sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, junto con una cooperación judicial lo más amplia posible.

El Consejo considera que es necesaria la adecuación del marco penal de estas figuras delictivas a lo dispuesto en el artículo 5.3 de la Decisión Marco mediante la previsión de la pena conjunta de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión que conlleve el cuidado de niños.

El apartado 8 del artículo 189 también debe ser reformado para incluir expresamente la mención de la responsabilidad penal en que incurrirán las personas jurídicas cuando las infracciones descritas en los

anteriores apartados se hayan cometido en su provecho, dando cumplimiento al mandato contenido en los artículos 6 y 7 de la Decisión Marco.

3.3.- La eficacia trasnacional de la reincidencia en los delitos de prostitución y corrupción de menores se reconoce en el artículo 190 CP, que establece que la condena de un Juez o Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles.

El apartado cuadragésimo segundo del anteproyecto introduce un inciso que reza “*salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiese serlo con arreglo al derecho español*”. La reforma es adecuada y razonable, pues el efecto trasnacional de los antecedentes no conlleva su perpetuidad. Por otra parte, la previsión de la aplicación complementaria del derecho español para determinar la cancelabilidad de aquellos antecedentes que todavía estén vivos en su país de origen constituye una opción válida, que dotará de mayor seguridad jurídica a la aplicación del precepto, al permitir que las dudas que puedan suscitarse en torno a la vigencia del antecedente fóranco puedan dirimirse mediante la aplicación del régimen jurídico nacional establecido en el Capítulo II del Título VII del Libro I del Código Penal.

ESTAFA

La reforma afecta a los arts. 248, 249 y 250 CP, tres de los cuatro artículos que integran la Sec. 1ª del Cap. VI (*De las defraudaciones*) del Tít. XIII (*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico*).

1.- Figuras básicas

El texto proyectado resuelve suprimir el subtipo agravado de estafa procesal del vigente núm. 2º del art. 250, consistente en faltar a la verdad en las alegaciones o manipular las pruebas en que se funden en cualquier procedimiento judicial, provocando error en el juzgador que le lleve a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de otra parte o de un tercero, para incorporarlo al artículo 248 como figura asimilada a la estafa.

También incorpora al meritado artículo la nueva modalidad de estafa mediante utilización de tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o sus datos. Es discutible que esta forma comisiva precise una tipificación específica, pues la jurisprudencia no ha negado la posibilidad de que mediante tales medios se pueda cometer el delito de estafa, sino que ha cuestionado la entidad “bastante” del engaño en casos concretos, al exigir un correlativo deber de diligencia en la comprobación de los datos que aparecen en tales instrumentos.

Esta previsión debe ponerse en relación con el nuevo art. 399 bis, que castiga con pena de prisión de dos a cinco años al que «sin haber intervenido en la falsificación usare, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados», lo que excluiría del delito de estafa los casos en que se emplearan tarjetas falsificadas, quedando el art. 248.2 c) para la utilización de tarjetas auténticas (siempre y cuando no se utilicen en cajeros automáticos, pues entonces el tipo aplicable es el de robo con fuerza en las cosas del art. 238.4º -llave falsa- en relación con el último párrafo del art. 239).

No obstante, parece que si se considera aconsejable potenciar la protección penal de este tipo de tarjetas -y dado que la nueva modalidad no añade nada al tipo básico de estafa común-, podrían añadirse las tarjetas a la relación del nuevo art. 400 bis, que en sede de falsedades asimila determinados documentos falsos a los auténticos: “*En los supuestos descritos en los artículos 393, 394, 396 y 399 de este Código se entenderá por uso de documento, despacho, certificación o documento de identidad falsos el uso de los correspondientes documento, despacho, certificación o documento de identidad auténticos realizado por quien no esté legitimado para ello*”. Es decir, incluir en dicha relación de artículos al art. 399 bis, lo que tendría el efecto de incrementar la pena de uno a cuatro años de prisión, prevista en el art. 249 para la estafa, a la dos a cinco años de prisión del art. 399 bis.3.

Finalmente, que el perjuicio recaiga sobre el "titular" de la tarjeta, excluye innecesariamente el supuesto en que la perjudicada sea la entidad emisora cuando así proceda conforme a las cláusulas contractuales, por lo que el alcance del perjuicio debería extenderse a los terceros.

En cuanto a la *estafa procesal*, la exposición de motivos hace constar dos razones para la conversión de la estafa procesal de circunstancia de agravación del art. 250, a modalidad básica de estafa en el art. 248, junto a la estafa común: que la relación bilateral propia de la estafa no se presenta con las mismas características en la estafa procesal y que la estafa procesal no encajaba en la descripción del tipo básico.

Ninguna de estas razones resulta convincente pues la "relación bilateral propia de la estafa", que se supone que se constituye entre el sujeto activo de la acción y el sujeto pasivo que es, a su vez, perjudicado, y que no se daría en la estafa procesal (al ser sujeto pasivo de la acción el juez y no el perjudicado), no tiene presente que en el tipo básico de estafa -ahora y en la reforma- no hay tal identificación entre sujeto pasivo de la acción y perjudicado, pues el perjuicio puede ser "propio o ajeno", manteniéndose esta estructura del tipo en la estafa procesal, por lo que no es incongruente la actual regulación que la califica como circunstancia de agravación. Así lo ha entendido reiteradamente la Sala Segunda del Tribunal Supremo al declarar que la dualidad personal entre quien por el error inducido realiza el acto de disposición (el Juez) y quien en definitiva ha de sufrir el perjuicio (el particular afectado), aparece expresamente prevista

en el propio art. 248.1, cuando habla de "perjuicio propio o ajeno" (cfr. SS 493/2005, de 18 de abril, y 1149/2005, de 7 de octubre, entre otras muchas).

El Consejo considera que la estafa procesal debe conservar su perfil específico de figura especial cualificada, resultando inadmisibile la degradación que este figura sufre en el texto informado de tipo especial cualificado a figura "asimilada" a la estafa. Las razones dogmáticas esgrimidas en la parte expositiva atinentes a su supuesta estructura heterogénea respecto de la figura general de la estafa resultan manifiestamente inconsistentes –la estructura típica de la estafa jamás ha exigido identidad de sujeto pasivo y perjudicado-. De otra parte, la pluriofensividad de la figura especial –se atenta también contra la correcta administración de justicia- milita a favor de su catalogación actual como subtipo agravado.

2.- Tipos especiales cualificados

El texto proyectado reforma el artículo 250 para modificar la circunstancia de "especial gravedad", que el vigente núm. 6º del art. 250 pone en relación con el valor de la defraudación, la entidad del perjuicio y la situación económica en que deje a la víctima o a su familia. El nuevo núm. 5º se refiere únicamente a que el «el valor de la defraudación iguale o supere los 120.000 euros». A este respecto, se observa que el Anteproyecto no hace ninguna referencia al citado núm. 6º del actual ap. 1, en el que, como se ha apuntado, hay una referencia a la agravación por el *valor de la defraudación*, limitándose la reforma a reenumerar los núms. 4º, 5º y 7º, que pasan a ser los 2º, 3º y 4º, y a añadir un nuevo núm. 5º, por lo en buena técnica legislativa y para evitar duplicaciones -pues, en puridad, el actual núm. 6 no se ve afectado por la reforma- debería: o suprimirse expresamente el núm. 6º -si se pretende que sea sustituido por el nuevo núm. 5º-, o modificar el citado núm. 6º -si se quiere mantener como circunstancias de especial gravedad las restantes (la entidad del perjuicio y la situación económica en que deje a la víctima o a su familia), en cuyo caso debería suprimirse la referencia al valor de la defraudación.

Sobre la actual circunstancia de agravación de *uso de título cambiario*, la exposición de motivos explica su supresión por la superposición de "*dobles valoraciones jurídicas sobre unos mismos elementos del hecho (...) que son, a su vez, instrumento y materialización del engaño, y no algo que se sume al ardid defraudatorio, por lo cual su valoración separada es innecesaria; y en la posibilidad de confusión con alguna modalidad de falsedad documental. La ponderación del uso de estos medios cambiarios se deja al momento de la fijación de la pena, dejándose al arbitrio judicial la consideración como elemento de agravación determinados aspectos del hecho como los medios*

empleados por el defraudador, entre los cuales tendrían cabida los instrumentos cambiarios”.

En realidad, la actual regulación no supone "una doble valoración jurídica" de un mismo elemento del hecho (lo que ha sido objeto de discusión, resuelta por el Tribunal Supremo, cuando concurre una falsedad documental), sino el incremento de su desvalor al reconocer la gravedad implícita en el empleo fraudulento de instrumentos de la importancia en el tráfico jurídico de los títulos cambiarios, cuyo su uso es masivo y se basa en la confianza que generan. En términos jurisprudenciales la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha declarado que *“es doctrina de esta Sala que la figura agravada del artículo 250.1.3º del Código Penal engloba a todos los medios de pago o crédito más usuales en el tráfico mercantil. Con ello el legislador ha querido poner el acento agravatorio, en el hecho de la mayor facilidad que supone la utilización de estos medios para hacer prosperar la maniobra defraudatoria o engañosa, en cuanto que supone valerse de un instrumento formal que es de uso corriente en las relaciones financieras o de cambio. El que se vale de estos medios aparenta una situación de crédito que no responde a la realidad y por ello no sólo defrauda, sino que pone en peligro la fiabilidad y credibilidad del tráfico mercantil”* (cfr. SS 297/2004, de 5 de marzo, y 981/2004, de 8 de septiembre).

En cuanto a la cualificación por el valor de la defraudación, el criterio que sigue la reforma de fijar una cuantía (120.000 euros) para determinarla, se justifica en la EM por la "indeterminación" de la redacción actual, *“lo cual ha llevado a algunos Tribunales a establecer con carácter general su propio criterio cuantificador, dando lugar a diferencias en el modo en que la circunstancia se ha apreciado. Ciertamente que los sistemas de aumento de pena por cuantías cualificadoras hace tiempo que entraron en irreversible crisis por sus muchos defectos; pero también es razonable entender que una exasperación de la pena que en virtud de la regla del artículo 250.2 puede provocar el ascenso a la pena superior en grado, no puede quedar al albur de interpretaciones absolutamente libres. Por todo ello se ha juzgado adecuado establecer una cuantía mínima para la apreciación de la cualificación, y ésta se cifra en 120.000 euros, cantidad que parece significativa y es la misma que se indica para fijar el marco mínimo de algún otro delito, como por ejemplo las infracciones contra la Hacienda pública”*. Ante este razonamiento han de hacerse las siguientes precisiones:

1ª Que existan "propios criterios cuantificadores" fijados por "algunos Tribunales" para aplicar esta circunstancia de agravación, no justifica este cambio en la redacción, pues para unificar la interpretación de este elemento valorativo está la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que por cierto se ha pronunciado reiteradamente a este respecto, cuyo criterio jurídico *“se sirve de una precisa y determinada referencia cuántica para evitar agravios comparativos en busca de la igualdad y seguridad jurídica y tal cantidad rige durante un amplio período de tiempo no determinado, hasta que transcurrido el mismo, la devaluación del dinero u otras circunstancias referidas*

a la proporcionalidad de la pena, hacen que en razón del desvalor de la conducta, la Sala opte por la elevación de la cuantía referencial" (cfr. S 653/2005, de 20 de mayo).

2ª Afirmar que la aplicación de esta circunstancia de agravación "no puede quedar al albur de interpretaciones absolutamente libres", pugna frontalmente con la realidad de que esa operación de subsunción es realizada por los tribunales penales de modo fundado y de forma expresa en la motivación de las sentencias.

3ª La cuantía supera con creces aquella que la jurisprudencia ha calificado como de especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación: 36.000 euros aproximadamente (seis millones de pesetas) (vid., por todas, STS 2ª 821/2005, de 23 de junio).

DELITOS DE APROPIACIÓN INDEBIDA, ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA Y DISPOSICIÓN FRAUDULENTA

Se añade nueva rúbrica: la Sec. 3ª del Cap. VI (*De las defraudaciones*) del Título XIII (*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico*), pasando la actual Sec. 3ª a ser la 4ª.

Según la exposición de motivos, con la nueva tipificación de la *administración fraudulenta* en el art. 254 bis, se pretende delimitar los ámbitos respectivos de la apropiación indebida y de la administración fraudulenta, evitando interpretaciones de las dos figuras que se "superpongan" o que den lugar a que pueda aparecer la administración fraudulenta como una modalidad privilegiada de apropiación indebida, dejando de paso la vía abierta a la apreciación de estas figuras en concurso de delitos.

En la actualidad el delito de *administración desleal* está tipificado en el art. 295, encuadrado sistemáticamente entre los delitos societarios. Según ha declarado la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo "*cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el artículo 295 del Código Penal vigente, dentro de los delitos societarios. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es*

intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio abusivo de las facultades del administrador. La jurisprudencia ha venido a señalar ante las dificultades surgidas a partir de la Ley orgánica 10/1995, por la ampliación del tipo de la apropiación indebida -actual art. 252- y la instauración del tipo de delito societario que describe el art. 295, que los tipos suponen dos círculos secantes; de tal manera que una zona común encierra una cuestión de concurso aparente de normas, que habrá de ser resuelta conforme a las reglas contenidas en el art. 8 CP" (Sentencias 915/2005, de 11 de julio, y de 27 de septiembre de 2006).

Por lo tanto, si la jurisprudencia mayoritaria admite la posibilidad actual de concurso de leyes entre los tipos de apropiación indebida (supuestos de *gestión desleal*) y de administración desleal, es también cierto que no se ajusta a la realidad la afirmación de la Exposición de Motivos en el sentido de que actualmente no esté abierta la aplicación en concurso de ambos delitos, pues es perfectamente posible castigar al administrador cuando realice actos lesivos con abuso de sus funciones, junto con otros que supongan actos de apropiación o distracción patrimonial para los que no esté facultado. Además, al mantenerse intacta la estructura básica del tipo de apropiación indebida -con inclusión de la distracción de dinero, figura que sobre la que gira la jurisprudencia favorable a admitir el concurso de leyes- y suponer el nuevo delito de administración fraudulenta un trasvase del actual delito de societario del art. 295, no se evita como se pretende, el posible concurso de leyes.

El nuevo delito de administración fraudulenta guarda relación directa con el actual delito societario de administración desleal del art. 295, que también es objeto de modificación, del que se extrae la conducta realizada por los administradores de hecho o de derecho de las sociedades, que pasa a este nuevo delito de administración fraudulenta, quedando limitado el sujeto activo del delito societario a la figura del socio, lo que se verá más adelante.

Los elementos del tipo del art. 254 bis son los siguientes:

a) En cuanto al *sujeto activo*, es, como se acaba de apuntar, el administrador de hecho o de derecho "de una persona o de una sociedad constituida o en formación". La referencia a la "persona", sin adjetivarla como física o jurídica, debe entenderse referida a la persona física, como más adelante en el mismo artículo se especifica al referirse al afectado por el

perjuicio patrimonial; además, otra interpretación que pretendiera incluir a las personas jurídicas hace que carezca de sentido la mención inmediatamente después de una clase de personas jurídicas como son las sociedades. Ahora bien, esta limitación a las sociedades, tal vez debida al efecto mimético del delito societario del art. 295, significa la atipicidad de estas conductas realizadas por administradores de las demás personas jurídicas y de otras entidades no personificadas (como las comunidades de bienes o la masa activa del concurso), sin que exista razón que lo justifique y que por tal motivo exigiría una modificación del texto.

En lo relativo a las sociedades, la exposición de motivos señala que con este precepto se abre la posibilidad de que *“la disposición fraudulenta de bienes sociales puedan también cometerla socios no administradores”*. Esta afirmación difícilmente puede ser compartida al expresar el tipo que el autor ha de ser, en todo caso, un “administrador”.

El *sujeto pasivo* del delito ha de ser una persona física en calidad de *principal* o titular de los bienes administrados, o en los casos de sociedades, pueden serlo tanto los socios como los depositantes, cuenta partícipes o titulares de bienes, valores o capital administrados.

b) Entre los *elementos objetivos* se encuentran los siguientes: 1) La actuación en beneficio propio o de un tercero; 2) el abuso de funciones propias del cargo; 3) la ejecución de acciones tales como la disposición fraudulenta de los bienes administrados, la contracción de obligaciones, la ocultación de beneficios o cualquier acto que implique deslealtad con el administrado; y 4) la producción directa de un perjuicio o la frustración de un beneficio legítimo que exceda de 400 euros.

Respecto a la fórmula “cualquier acto que implique deslealtad con el administrado”, adolece de excesiva generalidad, que en cierta medida se ve corregida al exigirse la producción directa de un perjuicio o la frustración de un beneficio. Y en relación con este último elemento, en la exposición de motivos se afirma que este delito *“compartiría (con la apropiación indebida) la condición de delito de menoscabo patrimonial, naturaleza que como queda ahora paladinamente claro es una de las manifestaciones posibles de la infracción mas no la única, pues también entran los manejos abusivos del administrador que derive hacia su persona o hacia terceros negocios y beneficios que legítimamente hubieran de corresponder a la sociedad o a su principal”*, lo que da a entender que el lucro cesante resultante de ciertas conductas no se considera un genuino *menoscabo patrimonial*.

c) Por último, la *pena* es la misma que la del tipo básico de apropiación indebida -prisión de uno a cuatro años-, pero se le añade como pena principal la de inhabilitación especial de dos a seis años para el ejercicio de industria o comercio.

En cuanto al delito de administración fraudulenta (artículo 295), aunque aparece incluido en los *delitos societarios* (Cap. XIII del Tít. XIII) y, por tanto, extramuros del Cap. VI dedicado en el mismo Título a las *defraudaciones*, se analiza en este lugar dada su íntima relación con el nuevo delito del art. 254 bis.

Este tipo penal deberá pasar a denominarse delito de *disposición fraudulenta* en lugar de *administración desleal*, pues del mismo se extraen las conductas de los administradores de las sociedades, quedado reducido el sujeto activo del delito societario a la figura del socio no administrador, lo que determina que se supriman del tipo elementos como el abuso de funciones propias *del cargo* en la conducta del socio, y la referencia a la *administración* de los bienes, valores o capital de socios, etc.

Esta alteración sustancial del sujeto activo plantea serias dudas acerca de su futura aplicación, ya que, dejando aparte ejemplos de laboratorio, será difícil encontrar casos reales en que los socios no administradores puedan "disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad" o "contraer obligaciones a cargo de aquélla" sin incurrir en una infracción contra el patrimonio, que provoque consecuentemente un conflicto de leyes que no deja de ser un defecto de técnica legislativa, pues lo que viene singularizando a este delito societario ha sido que la actuación ilícita se mantenga dentro de las *facultades* legítimas del autor, aunque indebidamente ejercidas, sin que este elemental presupuesto concorra en quien no tiene en la sociedad poder de disposición como administrador de hecho o de derecho y sus actos de disposición o contractuales están viciados de nulidad.

La calificación de estas conductas se mantiene, en todo caso, como delito, independientemente del montante pecuniario de la defraudación, que, por el contrario, si es relevante para el delito de administración fraudulenta, fijándose la cuantía del fraude en más de 400 euros.

Por otra parte, se mejora la redacción al sustituir a los "depositarios" por los "depositantes" en la relación de posibles perjudicados.

Finalmente, en armonía con el nuevo art. 254 bis, se añade la misma pena principal de inhabilitación especial de dos a seis años para el ejercicio de industria o comercio, pero se mantiene la pena de multa, que no se prevé como pena principal para el delito de administración fraudulenta.

Cierra el círculo de este tipo de infracciones, el ap. 5 del artículo 623, tipificando como falta de administración fraudulenta la conducta descrita en el art. 254 bis, cuando el perjuicio o la frustración del beneficio económicos no exceda de 400 euros.

INSOLVENCIAS PUNIBLES

La reforma afecta a los arts. 260 y 261 del Cap. VII (*De las insolvencias punibles*) del T. XIII (*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*).

1.- Delito de quiebra delictiva

1.1.- Se plantea la reforma en este punto como consecuencia de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y de la adaptación al modelo europeo de este tipo de delitos, ya que la redacción hoy vigente plantea, según la exposición de motivos, problemas de doble incriminación, que al obstaculizar la cooperación penal europea para la persecución penal de estos delitos, propicia casos de impunidad. Sobre este punto, llama la atención que todavía se emplee en tres ocasiones en el delito del art. 260 el término "quiebra" -correctamente suprimido de la redacción de este artículo operada por la LO 15/2003-, incluso para denominarlo (*quiebra delictiva*), cuando ha sido abandonado por la Ley Concursal.

Para la exposición de motivos, partiendo de las esferas propias del derecho penal y del derecho concursal, se opta por un sistema en el que el delito de concurso se hace depender, por razones fundamentalmente probatorias ("descripción típica apta para la prueba objetiva"), de la realización de unas conductas realizadas *antes* del concurso -proceso concursal- que no se vinculan a la insolvencia -más concretamente, a la declaración del concurso- como causas de aquélla, sino que revelan "*una administración conscientemente desordenada que razonablemente puede conducir al fiasco económico alcanzado y lesionando los derechos de los acreedores*". Esto significa que se excluyen las acciones ejecutadas con posterioridad al inicio del proceso concursal, que deberán sancionarse sólo en caso de estar tipificadas (p. ej., el favorecimiento de acreedores del art. 259), produciéndose en los demás supuestos una laguna inexistente en la actualidad al poderse cometer el delito con posterioridad a la declaración del concurso.

Relacionado con esto, si la conducta ha de ser anterior al proceso concursal, queda excluida la autoría de este delito por el administrador del concurso, sin perjuicio de la comisión de otros ilícitos penales.

Constituyen así nuevos *elementos del tipo*, los siguientes (art. 260.1):

1º Una situación de endeudamiento y de incapacidad del sujeto para afrontar los pagos.

2º La ejecución de acciones tales como enajenar, ocultar o destruir elementos patrimoniales que pudieran integrarse en la masa del concurso, o realizar negocios especulativos o de excesivo riesgo, entre otras. A estas conductas se añade un elemento valorativo consistente en que las operaciones

contravengan las "exigencias de una gestión económica razonable" o infrinjan las "normas de una administración ordenada".

Reconociendo la importante mejora que supone la formulación concreta de las conductas típicas, en sustitución de la actual fórmula abierta, se abusa de las oraciones yuxtapuestas, haciendo difícil la lectura, y en ocasiones, como en las letras a) y c), da la impresión de que se tipifican acciones muy similares, como la enajenación-acto de disposición de bienes que hubieran podido integrarse en la masa del concurso.

Se prescinde, además, de la circunstancia de haber sido declarado en concurso como elemento del tipo del vigente ap. 1 del art. 260. El delito, por otra parte, es de peligro y no de lesión, pues no se exige la producción de un perjuicio para los acreedores, dado la posibilidad de anulación o rescisión de los actos fraudulentos.

En cuanto al *sujeto activo*, la nueva redacción parece que opta por excluir de este delito a los no comerciantes, en principio comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley Concursal, por las siguientes razones:

a) El delito se denomina como "quiebra delictiva" (a pesar de la obsolescencia de la denominación), habiendo estado la quiebra vinculada a la condición de empresario.

b) Elementos del tipo como "gestión económica razonable" o "normas de una administración ordenada", son más propios de la tarea empresarial.

c) La pena principal de inhabilitación especial para el comercio o para ejercer cualquier cargo societario, en principio tiene sentido si se impone a comerciantes, aunque también es cierto que la pena pueda recaer en no comerciantes de cara a actividades empresariales futuras.

Como novedad se prevé en el art. 260.4 la posibilidad de que determinadas conductas descritas en las letras a) a d) del ap. 1 del mismo artículo, puedan ser calificadas como delito "singular", es decir, como figuras autónomas respecto al delito de quiebra (p. ej., falsedad documental, apropiación indebida o alzamiento de bienes). En tales casos, el tratamiento procesal -no exento de complejidad que merecería una redacción más depurada- difiere según se esté en uno de estos dos supuestos:

Primero: Si el procedimiento penal para la persecución de estos delitos *singulares* estuviera ya iniciado antes de la declaración de concurso, se perseguirán con independencia del delito de quiebra. Esto se desprende, *contrario sensu*, de la redacción del primer párrafo del ap. 4 [*"Si el delito singular relacionado se correspondiera con alguna de las acciones descritas en las letras a) a d) del apartado 1 de este artículo (acciones constitutivas de delito de quiebra) y el procedimiento penal para su persecución no hubiera sido*

iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, solamente se perseguirá el delito de quiebra”], lo que da a entender que se produce un concurso de leyes entre los artículos que tipifican los delitos singulares y el delito de quiebra, a resolver por la regla de subsidiariedad (art. 8.2º).

Sin embargo, la redacción puede plantear problemas de concurso de delitos entre los citados delitos singulares y el de quiebra, si, p. ej., se inicia con anterioridad a la declaración del concurso un proceso penal para la persecución de un delito "singular", y con posterioridad, tras formularse dicha declaración de concurso, apareciera alguna otras de las acciones que constituyen el delito de quiebra. En este supuesto se produciría un concurso de delitos entre el delito singular y el de quiebra, que habrá de resolverse procesalmente aplicando las normas sobre competencia en delitos conexos, a las que se remite la escueta norma general sobre acumulación de sumarios del art. 300 LECr, sin que la acumulación necesariamente haya de resolverse a favor del proceso incoado por delito de quiebra.

También pueden suscitarse dudas derivadas del texto acerca del tipo de concurso penal existente, si de leyes o de delitos, respecto a los delitos cuyos respectivos procesos se inicien durante el período de tiempo que media entre el *inicio del procedimiento concursal*, a partir del cual es perseguible el delito de quiebra (ap. 5), y la *declaración del concurso*, desde la que es preceptivo que solamente se persiga el delito de quiebra (ap. 4, párr. 1º).

Segundo: Si por el contrario el procedimiento penal para la persecución de los delitos *singulares no se hubiera iniciado antes de la declaración del concurso*, sólo se persigue el delito de quiebra, resolviéndose el concurso de leyes por la regla de consunción (art. 8.3º).

Como puede observarse, existe una clara interferencia del tratamiento procesal de la conexión delictiva en el tratamiento penal del concurso penal, que da resultados insatisfactorios por el diferente resultado penal al que se llega según se aprecie el concurso de delitos o el concurso de leyes, que no puede depender del momento en que se enjuicien los delitos.

En lo relativo a las *responsabilidades civiles*, se conserva la previsión del vigente art. 260.3, *in fine*, según la cual el importe de la responsabilidad civil derivada de los delitos (tanto de quiebra como de los singulares relacionados con él) deberá incorporarse, en su caso, a la masa (pasiva del concurso, se sobreentiende). Ahora bien, la redacción actual es claro que se refiere tanto a la responsabilidad civil derivada del delito de quiebra como a la de los delitos singulares relacionados con él; sin embargo, en la redacción de la reforma, al precisarse que dicha incorporación de la responsabilidad civil a la masa concursal se producirá «En el caso de que el procedimiento (para la persecución del delito *singular*) estuviera ya iniciado», queda la incógnita de si con esta afirmación la "incorporación" a la masa pasiva queda limitada a la responsabilidad civil derivada de los delitos singulares perseguidos con

anterioridad a la declaración del concurso, o si también se incluyen las resultantes del delito de quiebra, lo que parece lógico a fin de que todos los créditos, cualquiera que sea su origen, formen parte de la masa pasiva del concurso.

Mención aparte merecen las dificultades que se presentarán si el pronunciamiento penal sobre responsabilidad civil no consiste en el reconocimiento de una indemnización, cuyo importe pueda unirse a la masa pasiva del concurso como un crédito más, sino en la declaración de nulidad de un negocio jurídico fraudulento, que, por razones obvias, no cabrá incorporar como tal a la masa pasiva del concurso, sino que deberá estarse a las vicisitudes de la ejecución singular del proceso penal correspondiente (vgr., ejecución *in natura* de la declaración de nulidad o eventual sustitución por una indemnización de daños y perjuicios).

Respecto a las *penas*, se añade a las actuales de prisión y multa, la pena principal de inhabilitación (especial) para el comercio o para ejercer cualquier cargo societario por tiempo de diez a quince años (art. 260.1), graduándose la pena, como en la actualidad, en función de la cuantía del perjuicio causado a los acreedores, su número y condición económica (art. 260.2).

Constituye una novedad la preceptiva imposición de las penas en su mitad superior «cuando se haya actuado con ánimo de lucro o enriquecimiento injusto», o «cuando se haya provocado conscientemente la pérdida de valores o bienes que otras personas hubieran confiado a la empresa, provocándoles una grave situación económica». La aplicación de esta agravación de la pena a supuestos de "enriquecimiento injusto" debe presuponer el "ánimo" ilícito del autor, pues de lo contrario daría lugar a penas desproporcionadas en aquellos casos en que el enriquecimiento injusto por cobro de lo indebido fuera aceptado de buena fe (cfr. arts.1897 y ss. CC).

2.- Falsedades contables y otras infracciones del deber empresarial de documentación

La reforma del art. 261 suprime el requisito de que la *presentación* de los datos contables falsos deba ser efectuada en un procedimiento concursal, aunque la finalidad siga siendo lograr indebidamente la declaración del concurso.

En segundo lugar, se amplía, según la EM, el «círculo típico de la falsedad contable vinculada a la insolvencia a quienes incumplan la obligación de llevanza de libros de comercio, o los desfiguren o alteren sus anotaciones, o destruyan o inutilicen libros, documentos o soportes informáticos que pudieran permitir la determinación de esa realidad patrimonial de la empresa o elaboren balances oficiales que no la reflejen», sin perjuicio, en este último

supuesto de elaboración de balances, del delito societario del art. 290, que también es objeto de reforma.

Como puede observarse, la reforma extiende considerablemente el *ámbito* actual del art. 261 reformado por la LO 15/2003 (presentación en el procedimiento concursal de datos falsos relativo al estado contable con la finalidad de lograr indebidamente la declaración del concurso), a otros supuestos también relacionados con la declaración del concurso:

1º El *objeto material de la acción* no se limita a los documentos contables, sino que comprende los libros de comercio y otros libros, documentos o soportes informáticos, sin especificar, siempre que puedan determinar la realidad patrimonial de la empresa.

2º Las *conductas típicas* superan la actual de uso de documento mendaz por falsedad *ideológica* del estado contable, al incluir nuevos comportamientos activos, como la destrucción o inutilización de libros, etc., y omisiones de deberes, como el incumplimiento de la obligación de llevanza de libros.

Resulta reiterativo e innecesario prever expresamente la elaboración de «balances oficiales que no reflejen su (de la empresa) estado patrimonial», si se tiene presente que los balances oficiales son documentos "relativos al estado contable", y que la presentación de datos falsos relativos al estado contable ya está previsto en el párrafo inicial del artículo.

En cuanto al *concurso* con el delito de quiebra delictiva del artículo precedente, se admite expresamente en el párrafo primero del art. 261 al condicionar su aplicación con la fórmula «fuera de los supuestos descritos en el apartado 1 del artículo anterior».

Por último, se establece *ex novo* como *presupuesto de perseguibilidad*, en el último párrafo, que los hechos sólo serán perseguibles cuando se haya abierto el proceso concursal; en este supuesto, podrá darse el concurso con conductas similares como las previstas en el delito societario del art. 290 o en el delito contra la Hacienda Pública del art. 310.

TUTELA PENAL DE LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN

1.- El anteproyecto aborda la trasposición de los mandatos de armonización de la legislación penal en el marco europeo recogidos en la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información (DOUE 69/2005, de 16 de marzo de 2005), en el apartado cuadragésimo tercero de su artículo único, que incide en el artículo 197 CP, en sede de delitos contra la intimidad (Título X del Libro II), y en el apartado quincuagésimo quinto, que incide en el artículo 264 CP en sede de delitos de daños (Capítulo IX del Título XIII del Libro II).

En el artículo 197 se introducen dos nuevos apartados, y el artículo 264 obtiene una regulación nueva.

2.- La injerencia en sistemas de información previa neutralización de sus medidas de seguridad. El apartado cuadragésimo tercero del anteproyecto introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 197 CP, desplazando los actuales apartados 3, 4, 5 y 6 a los puestos 4, 5, 6 y 7 respectivamente.

El tenor previsto para este nuevo apartado es el siguiente: “[E]l que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas 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 dos años”.

La nueva tipicidad corresponde al mandato armonizador contenido en el artículo 2 de la Decisión Marco citada, que exige de los Estados miembros de la Unión Europea la adopción de las medidas necesarias para que el acceso intencionado sin autorización al conjunto o a una parte de un sistema de información sea sancionable como infracción penal.

La necesidad de la reforma resulta en este caso cuestionable, pues lo cierto es que el atentado contra la privacidad de los sistemas de información se encuentra formalmente sancionado, incluso con penas más severas, en el apartado 2 del propio artículo 197 CP, cuyo inciso final prevé la imposición conjunta de las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al que, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, sin exigir siquiera que para ello se vulneren o neutralicen las medidas de seguridad dispuestas para impedir tal tipo de injerencias.

La incorporación del apartado 3 con el tenor literal que le otorga ahora el anteproyecto puede redundar, paradójicamente, en la creación en nuestro ordenamiento penal de un subtipo especial privilegiado, de medios determinados, que conlleva una reducción considerable del marco penal cuando la injerencia en el ámbito de la intimidad informática se perpetra mediante la neutralización o invalidación de las medidas de seguridad del sistema.

El Consejo considera por ello recomendable que se depure mejor el ámbito material del tipo y que se procure evitar por todos los medios su solapamiento con los supuestos comprendidos en el actual artículo 197.2 CP, el cual, como es sabido, comprende dos modalidades distintas de conducta típica: la primera gira en torno al apoderamiento, utilización o modificación de datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, siempre que se haga

en perjuicio de tercero; la segunda persigue el mero acceso no autorizado a los mismos.

Estas descripciones típicas incluyen un elemento subjetivo del injusto, pues exigen que la acción se cometa en perjuicio de tercero y que tenga por objeto datos reservados de carácter personal o familiar, lo que les dota de una estructura típica afín a los delitos mutilados de dos actos, de intención, o de tendencia interna intrascendente. Perpetrada la acción típica con esa precisa intencionalidad, el delito se consuma aunque no llegue a producirse el apoderamiento o manipulación efectivos de dichos datos.

Precisamente en la particular configuración del tipo subjetivo de injusto ha de hacerse pivotar la necesaria delimitación del ámbito material del nuevo delito que trata de introducirse, pues su objeto inmediato de tutela no es la intimidad personal del titular o usuario del sistema de información o la confidencialidad de los datos incorporados al mismo -aunque de forma mediata queden igualmente protegidos- sino la seguridad e indemnidad del propio sistema, que alcanza la categoría de bien jurídico autónomo digno de protección penal.

La orientación de la Decisión Marco es bastante explícita a este respecto, pues en su parte expositiva establece que su objetivo es reforzar la cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes, incluida la policía y los demás servicios represivos especializados de los Estados miembros, mediante la aproximación de su legislación penal en materia de ataques contra los sistemas de información, tomando en consideración singularmente la posibilidad de ataques terroristas o de grupos organizados contra sistemas que forman parte de las infraestructuras vitales de los Estados miembros, lo que puede comprometer seriamente la realización de una sociedad de la información segura.

La Decisión Marco declara que para responder con eficacia a estas amenazas es necesario un planteamiento global en materia de seguridad de las redes y de la información tal y como se puso de manifiesto en el Plan de Acción *eEurope* en la comunicación de la Comisión titulada “Seguridad de las redes y de la información: Propuesta para una perspectiva política europea” y en la Resolución del Consejo de 28 de enero de 2002 relativa a un enfoque común y a acciones específicas en materia de seguridad de las redes y de la información. También cita la Resolución del Parlamento Europeo de 5 de septiembre de 2001 donde se destaca la necesidad de sensibilizar más al público sobre los problemas relacionados con la seguridad de la información así como de proporcionar asistencia práctica.

En resumen: el Consejo recomienda que se evite el solapamiento de la nueva figura con las previstas en el artículo 197 CP. En este sentido, el enfoque que da la Decisión Marco a su propuesta armonizadora, que busca de forma directa el aseguramiento de una tutela penal eficiente de

la seguridad de los sistemas de información con abstracción de la naturaleza y contenido de los datos comprendidos en los mismos y de la intencionalidad que guíe al culpable, aconseja la ubicación sistemática del nuevo tipo fuera del artículo 197 CP, en un precepto autónomo en el que se sancione la conducta de quien no estando comprendido en ninguno de los supuestos del artículo 197 CP, acceda intencionadamente y sin autorización a un sistema de información ajeno transgrediendo las medidas de seguridad que lo protegen. Una descripción típica de este tenor permitiría cerrar el círculo de protección penal de conductas atentatorias de la intimidad informática, abarcando la incriminación de las conductas de los denominados *hacker* que en muchas ocasiones se inmiscuyen en sistemas ajenos sin una finalidad específica de perjuicio o de violación de la intimidad, guiados únicamente por el propósito de demostrar su pericia técnica o por un puro afán recreativo.

3.- Daños informáticos.- El apartado quincuagésimo quinto del anteproyecto dota de nuevo contenido al artículo 264 CP, incorporando diversos supuestos típicos de daños a programas y datos informáticos, desplazando el contenido actual del artículo 264 al artículo 263, donde se integra en un nuevo apartado segundo que, sin embargo, ya no incluye el contenido del artículo 264.2 CP.

El artículo 264.1 CP sanciona con pena de prisión de seis meses a dos años al que *“sin autorización y de manera grave borrarse, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese, o hiciese inaccesibles datos o programas informáticos ajenos”*. Esta tipicidad resulta correlativa al contenido del artículo 4 de la Decisión Marco, que reproduce casi en su literalidad, con el efecto, posiblemente no pretendido por la iniciativa legislativa, de reducir el rigor punitivo que el ordenamiento penal español dispensa ahora a estas conductas pues:

a.- Destipifica aquellas conductas que no alcancen una especial relevancia, al desaparecer en la reforma el contenido del actual apartado segundo del artículo 264 CP, que sanciona la destrucción, alteración, inutilización o daño de datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos, sin mención de su gravedad.

b.- Reduce el marco penal aplicable al delito base, pues pasa de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses prevista en el artículo 264.2 CP a prisión de seis meses a dos años.

El Consejo considera que el efecto atenuatorio de la reforma debe ser revisado en ulteriores fases de tramitación del anteproyecto. En el caso de que la rebaja de la intensidad de la persecución penal de estas conductas haya sido buscada intencionadamente por el prelegislador, se ha de reconocer que estaría ejerciendo en todo caso una legítima opción

de política criminal, aunque sería recomendable que la hiciese explícita en la exposición de motivos del texto. En todo caso, se hace preciso recordar que la función de la Decisión Marco, cuyas directrices traspone la reforma comentada, se reduce a establecer un umbral o nivel mínimo de reacción penal frente a las conductas ilícitas a las que se refiere, dejando en libertad al legislador interno para seleccionar la intensidad de la respuesta que estime más adecuada a partir de dicho marco mínimo.

EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTÍCULO 268 CP

El apartado quincuagésimo sexto del artículo único del anteproyecto reforma el artículo 268 CP, suprimiendo la excusa absolutoria que actualmente opera en los delitos patrimoniales en los que no concurre violencia o intimidación en las personas, cuando se cometen entre cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho, o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio, y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos.

La reforma establece la punibilidad de estos supuestos, si bien introduciendo un presupuesto de perseguibilidad que deja en manos de la persona agraviada la decisión de iniciar el proceso, al exigir el nuevo tenor de la norma que estos casos sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando la persona agraviada sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

La reforma también reconoce eficacia extintiva de la responsabilidad penal al perdón del ofendido o de su representante legal sin perjuicio de lo dispuesto en el número 5º del artículo 130 CP.

La iniciativa reformadora, por lo tanto, ha optado por dejar en manos de la persona agraviada, en función de su propio interés y de las circunstancias concurrentes en el caso, decidir en último término si el delito perpetrado por uno de los parientes determinados en la norma debe ser efectivamente perseguido o no, transformando en estos supuestos los delitos patrimoniales en delitos de naturaleza semipública.

El Consejo estima que la reforma obedece a razones atendibles, pues como pone de relieve la exposición de motivos del anteproyecto, los fines de política criminal que justifican la existencia de la excusa absolutoria, y que giran en torno a la inconveniencia de que se produzcan injerencias de la justicia penal en el orden íntimo y privado de la vida familiar, quedan suficientemente colmados mediante el establecimiento de esta condición objetiva de procedibilidad, evitando al mismo tiempo situaciones inadmisibles de impunidad al dejar en manos de la decisión de la propia víctima la inocación del proceso.

No obstante, el Consejo ha de poner de relieve que la reforma sustantiva no puede olvidar la debida armonización de los preceptos procesales relacionados con la materia, y en particular considera que se debe valorar la conveniencia de suprimir la prohibición de ejercicio de la acción penal entre familiares que se impone en el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que excluye en primer lugar a los cónyuges a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, o por el delito de bigamia, y en segundo lugar a los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, a no ser por delitos o faltas cometidos por unos contra las personas de los otros. Una vez que el artículo 268 CP autoriza la apertura del correspondiente proceso a su instancia, no parece subsistir obstáculo alguno a su personación en la causa para el ejercicio de la acción penal – y civil-.

DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL, AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES

La exposición de motivos vuelve a insistir en este punto en la normativa de la Unión Europea sobre protección de los riesgos que puedan amenazar al mercado único y la libertad de circulación de capitales. Ponderando el valor de la información relativa a los mercados y de los peligros por abuso o por deformación, se llega a la conclusión de que las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado impiden la total y adecuada transparencia, que constituye un requisito previo a la negociación para todos los agentes económicos que participan en los mercados financieros integrados, con el peligro aumentado de que se produzcan situaciones de abuso de mercado a través de los nuevos productos, las actividades transfronterizas cada vez más frecuentes y las transacciones electrónicas.

En este marco, destaca 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 (abuso del mercado)*, que va en dos direcciones:

1ª) Proporcionar definiciones a efectos interpretativos del derecho penal positivo que afecten a elementos normativos de los tipos (conceptos como información que pertenece a la intimidad financiera de una persona: materia calificable como reservada y su divulgación como supuesto de abuso de información privilegiada; conceptos de "información privilegiada" y de "manipulación del mercado"; sujetos detentadores de esta clase de información).

2ª) Imponer a los Estados miembros las modificaciones de sus marcos legales penales.

Además de la citada Directiva 2003/6, constituyen el acervo comunitario en esta materia otras Directivas dictadas a efectos de su aplicación y que contienen definiciones de determinados elementos: Directivas de la Comisión 2003/124/CE, de 22 de diciembre de 2003, *sobre la definición y revelación pública de información privilegiada y la definición de manipulación de mercado*; 2003/125/CE, *sobre la presentación imparcial de las recomendaciones de inversión y la revelación de conflictos de intereses*; 2004/72/CE, de 29 de abril de 2004, *relativa a las prácticas de mercado aceptadas, la definición de información privilegiada para los instrumentos derivados sobre materias primas, la elaboración de listas de personas con información privilegiada, la notificación de las operaciones efectuadas por directivos y la notificación de las operaciones sospechosas*. También se encuentra el Reglamento (CE) nº 2273/2003 de la Comisión, de 22 de diciembre de 2003, *de aplicación de la Directiva 2003/6/CE en lo que se refiere a las exenciones para los programas de recompra y la estabilización de instrumentos financieros*.

La reforma del Código Penal se inserta en la Sec. 3ª (*De los delitos relativos al mercado y a los consumidores*) incluida en el Cap. XI (*De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*) del T. XIII (*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*).

1.- Información falsa para captar inversores u obtener créditos o préstamos ("estafa de inversiones")

Se introduce en esta Sección un nuevo tipo delictivo de "estafa de inversiones" o "de capital" (art. 282 bis), cuyos *elementos* constitutivos son los siguientes:

1º En cuanto al *sujeto* del delito, ha de tener la condición de administrador de hecho o de derecho de una sociedad que cotice en el mercado de valores, especialidad hasta ahora ausente en nuestro Código.

2º La *acción* consiste en falsear los balances 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 o futuros.

La acción falsaria ha de ser apta para producir engaño y de ese modo obtener como resultado ("conseguir") la captación de ese modo de inversores o la obtención de créditos o préstamos. La estructura del tipo es semejante a la de la estafa, pero no se exige la producción de un perjuicio económico, pues el bien jurídico protegido no es el patrimonio de los inversores o prestamistas que hayan atendido al ofrecimiento, que además pueden no haberse visto perjudicados, sino el funcionamiento normal del mercado de valores y crediticio en condiciones de libre competencia, lo que incluye a este delito ente los de peligro.

3º La *pena* es de prisión de uno a cuatro años, «sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 308 de este Código», que castiga el falseamiento u ocultación de las "condiciones requeridas" para la obtención de una subvención, desgravación o ayuda de las Administraciones públicas.

2.- Alteración de precios

2.1.- En el art. 284 se tipifican determinadas conductas violentas, falsarias o abusivas que, empleando distintos medios, van orientadas a alterar o influir en los precios de mercado; la relación de estas acciones delictivas con la alteración de los precios que resultan del funcionamiento normal del mercado, es lo que las diferencia de otros delitos, como el de uso o suministro de información privilegiada para beneficiarse de una operación bursátil (art. 285).

2.2.- La reforma mantiene las tres conductas actuales -difusión de noticias falsas, empleo de violencia amenaza o engaño, y utilización de información privilegiada-, reproduciendo casi en su literalidad lo que respecta al intento de alteración de precios mediante el *empleo de violencia, amenaza o engaño* (nº 1º), para ampliar la descripción de los elementos del tipo respecto a las siguientes dos modalidades de "manipulación de mercado", que quedan limitadas a los mercados de valores o instrumentos financieros:

1ª La *difusión de noticias o rumores* sobre personas o empresas que ofrezcan datos económicos falsos con el fin de alterar o preservar el precio o la cotización de un instrumento financiero, obteniendo un beneficio económico o produciendo un perjuicio superior a 300.000 euros (nº 2º). Este tipo guarda relación con una de las modalidades de manipulación de mercado del art. 1, 2), letra c), de la Directiva 2003/6, citada.

Al contemplarse en el núm. 1º del art. 284 el intento de alteración del precio de mercado de los títulos valores empleando *engaño*, parece que, respecto a estos títulos, el núm. 1º tipifica un delito de mera actividad que sanciona una tentativa (*intentar alterar los precios*), mientras que el núm. 2º se trata de un delito de resultado, pero con las mismas penas en ambos casos. Relacionado con esto último, resulta llamativo que la Directiva antes citada no haga ninguna referencia al elemento consistente en la obtención de beneficios o la producción de perjuicios económicos a partir de una determinada cuantía, lo que seguramente obedece a que conformar un delito de resultado de lesión - como propone la reforma- y no de peligro, implica una imposibilidad casi insuperable de probar la relación de causalidad entre la información falsa y la alteración del precio de mercado.

2ª La *utilización de información privilegiada* tiene a su vez dos modalidades (nº 3º):

a) La realización de transacciones u órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros [art. 1, 2), letra a), primer supuesto, de la D 2003/6].

b) El aseguramiento de una posición dominante en el mercado de valores o instrumentos financieros con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales [art. 1, 2), letra a), segundo supuesto, de la D 2003/6, en relación con el primer supuesto del párrafo segundo del mismo nº 2)].

2.3.- En cuanto a las *penas*, a las actuales penas de prisión y multa se añade como pena principal la de inhabilitación (especial) de uno a dos años de duración para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador.

3.- Corrupción en el sector privado

3.1.- La reforma da nueva rúbrica a la Sec. 4ª, que pasa a denominarse *De la corrupción entre particulares*, del Cap. XI del Tít XIII, pasando a actual Sección 4ª a ser la 5ª.

La Sección se compone de un único artículo, el 286 bis, que es consecuencia de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, *relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*. Para la EM, la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de empresas en manera similar a lo que se hace a través del delito de cohecho.

3.2.- En los *elementos del tipo* hay que distinguir entre la modalidad de corrupción activa y la de corrupción pasiva, correspondientes a las conductas previstas en las letras a) y b) del art. 2 de la citada DM.

3.2.1.- *Corrupción activa* (ap. 1 del art. 286 bis, en relación con el art. 2)

a) Como *elemento subjetivo del tipo* está exige la finalidad de ser favorecido o de que lo sea un tercero frente a otras personas.

Sujeto activo puede serlo cualquier persona, mientras que los *sujetos pasivos* de la acción han de tener la condición de directivos, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización.

b) Por lo que respecta a la *acción*:

- ha de consistir en *prometer, ofrecer o conceder un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados*, a cualquiera de los sujetos pasivos.

- se requiere que tales conductas supongan el *incumplimiento de obligaciones* en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3.2.2.- *Corrupción pasiva* (ap. 2 del art. 286 bis).

a) *Elemento subjetivo del tipo* es la finalidad de favorecer frente a terceros a quien otorga o del quien se espera el beneficio o ventaja.

Contrariamente a la anterior modalidad, *sujeto activo* ha de ser quien tenga la condición de directivo, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación o fundación. Por lo que se refiere al *sujeto pasivo* de la acción, será la persona que otorga o de la que se espera el beneficio o ventaja.

b) En cuanto a la *acción típica*:

- consiste en *recibir, solicitar o aceptar un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados*,

- siempre que ello suponga *incumplimiento de obligaciones* en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3.3.- En ambas modalidades se excluye del ámbito subjetivo del delito, según la EM, «a las empresas públicas o a las empresas privadas que presten servicios públicos, las cuales deberán ser sometidas a la disciplina penal del cohecho, obviando, por voluntad legal, la condición formal de funcionario que ha de tener al menos una de las partes». En relación con estas afirmaciones han de hacerse las siguientes precisiones:

1ª En el texto de este artículo se hace referencia a empresas mercantiles, sociedades, asociaciones, fundaciones u organizaciones, sin mayores precisiones, lo que no excluye su carácter público e incluiría, p. ej., a las empresas públicas.

2ª Es más precisa la formula que emplea el art. 1.1 y 2 de la DM, donde se hace expresa alusión a las entidades de derecho privado con fines lucrativos o no lucrativos.

3ª No es en modo alguno "obvio" que los potenciales sujetos de este delito cuando pertenezcan a empresas públicas vayan a tener la "condición formal de funcionario" y que, por tanto, en estos supuestos la punición esté cubierta por el delito de cohecho, ya que por lo general el personal de estas

empresas ni es funcionario público ni ejerce funciones públicas sino mercantiles, con independencia de la titularidad pública -en mayor o menor medida- de la empresa.

También comparten ambas modalidades que las operaciones corruptoras tengan relación con adquisición o venta de mercancías o la contratación de servicios profesionales y no, en cambio, con otras actividades (p. ej., favorecer en las contrataciones laborales), que en principio se incluyen en el ámbito de la DM, que habla de incumplimiento de obligaciones en el art. 2.1. No obstante, el ap. 3 del mismo artículo faculta a los Estados a que limiten el ámbito de aplicación de estas figuras delictivas a los actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o servicios comerciales.

3.4.- En cuanto a las *penas*, ambas modalidades son castigadas con prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio de uno a seis años, y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja. Por último, en el ap. 3 se prevé la posibilidad de reducir las penas «en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable», lo cual parece guardar relación con que el tipo no requiera cuantías mínimas en el valor del beneficio o de la ventaja.

4.- Disposición común a los delitos contra las propiedades intelectual e industrial, el mercado y consumidores

El art. 288, integrado en la nueva Sec. 5ª, anterior Sec. 4ª (*Disposiciones comunes a las secciones anteriores*), del Cap. XI (*De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*) del T. XIII (*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*), prevé la responsabilidad penal de personas jurídicas, ya tratada en el lugar correspondiente del presente Informe.

DELITOS SOCIETARIOS

En materia de delitos societarios [Cap. XIII (*De los delitos societarios*) del T. XIII (*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*)], son reformados los arts. 290 y 295, añadiéndose un nuevo art. 297 bis.

1.- Falsificación de balances y cuentas

La reforma del delito societario del art. 290 se limita a extender la misma responsabilidad penal prevista en la actualidad para los administradores, a «los auditores o cualquier otro profesional que incumpliendo su deber legal hubiera aprobado balances o informes contables falsos», cuya conducta adquiere

relevancia por elaboración de la documentación falsa o su ocultación. Sin embargo, no puede decirse que la participación delictiva de estos profesionales estuviera excluida del régimen penal vigente; así, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 867/2002, de 29 de julio, declara *obiter dictum* que «si bien el legislador ha delimitado el ámbito de los autores o sujetos activos a los administradores de hecho o de derecho, no puede olvidarse (...) que no se debe descartar la posibilidad de la participación, por cooperación necesaria, de las entidades auditoras que al realizar la fiscalización externa de la contabilidad, colaboran y se prestan a la formación de unas cuentas anuales o balances falseados».

Al permanecer sustancialmente igual el contenido de la conducta típica, no resulta correcto, por tanto, lo que sostiene la EM cuando afirma que la nueva redacción «introduce una descripción que además de ser acorde con las exigencias del mercado, amplía poderosamente el radio de acción de la tutela penal al castigar el falseamiento de cuentas apto para causar un perjuicio económico a la Sociedad o a sus socios o accionistas, burlando su derecho a los legítimos beneficios, o para evitar abandonos de accionistas o ventas de acciones».

2.- Obstaculización de la actuación de órganos inspectores.- Responsabilidad penal de sociedades

La modificación del art. 294 ha sido analizada en la parte dedicada a la responsabilidad penal de personas jurídicas.

3.- Disposición fraudulenta de bienes de la sociedad

El estudio de la reforma del art. 295 se ha expuesto junto al de los delitos de apropiación indebida y de administración fraudulenta.

4.- Sociedades "pantalla"

4.1.- Para la EM, «de singular importancia político-criminal cabe calificar la incorporación del delito de creación o mantenimiento de sociedades u organizaciones de cualquier clase que no tengan otro fin, o ese sea el prioritario, que actuar en el mercado encubriendo o tapando actividades económicas ajenas, o presenten como patrimonio propio el que es de otro. Ciertamente esa ocultación puede ser realizada también por personas físicas, pero la forma societaria o análoga proporciona mayor opacidad. Los riesgos que entraña el uso de esas sociedades falsas, ficticias, instrumentales, interpuestas o tapaderas, que todas esas valoraciones pueden merecer, para contratar o para actuar son múltiples, y van desde la burla de obligaciones y responsabilidades laborales hasta la de las de carácter mercantil o tributario, pasando por las propias que se derivan del posible encubrimiento de delitos o de blanqueo de dinero. Las exigencias de la lucha contra las organizaciones criminales, pero más específicamente, la que afecta a la elusión de

obligaciones y al blanqueo de dinero exigía esta nueva tipicidad, con la que se cierra el Capítulo dedicado a los delitos societarios».

4.2.- El nuevo delito societario del art. 297 bis presenta la siguiente estructura:

4.2.1.- Por lo que se refiere al *sujeto activo*, ha de tener la condición de administrador de hecho o de derecho de una sociedad, asociación u organización de cualquier clase. Obsérvese que a pesar de incluirse entre los delitos societarios, se incluye en el tipo, junto a las sociedades y de forma asistemática, a las asociaciones y otras organizaciones "de cualquier clase", lo que da cabida a entidades organizadas que carezcan de personalidad jurídica.

4.2.2.- Otros *elementos objetivos* del tipo objetivo son:

a) Las entidades han de tener como única o principal función *encubrir actividades económicas ajenas*. Consecuentemente, se excluyen aquellas sociedades que puedan ser utilizadas para estos fines pero sin constituir su actividad principal.

b) La acción consiste bien en *actuar y contratar en interés de la persona física o jurídica encubierta*, bien en *declarar como propio el patrimonio perteneciente a la misma*.

c) La acción ha de ser *en perjuicio de los derechos de terceros o para impedir o dificultar el cumplimiento de obligaciones de la persona encubierta*, lo que configura el delito como de peligro concreto.

4.2.3.- La *pena* es de prisión de uno a cuatro años y se contempla la posibilidad de exigir responsabilidad penal de la persona jurídica utilizada para estos fines.

DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

El Anteproyecto afecta a los arts. 325 y 327 [Cap. III (*De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*) del Tít. XVI (*De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*)].

En el art. 325 se ha suprimido el ap. 2 referente a la liberación, emisión o introducción de radiaciones ionizantes y sustancias similares que causen muerte o enfermedades que provoquen lesiones graves, y cuya introducción en este Capítulo por la LO 15/2003 había sido, según la EM, criticada negativamente, en tanto que la gravedad y naturaleza de esta conducta ya estaba castigada, y de forma mucho más severa, en el Título relativo a la Seguridad colectiva y, en particular, a los riesgos catastróficos provocados por

el uso indebido de energía nuclear y radiaciones ionizantes (cfr. art. 341: liberación de energía nuclear o elementos radiactivos).

Sin embargo, el ámbito de ambos delitos no es idéntico, pues en el art. 325.2 el bien jurídico protegido es el *medio ambiente* y se castigan las conductas que lo pongan en concreto peligro mediante una emisión en tal cantidad que haya producido la muerte o enfermedad grave de una persona - sin que ello afecte necesariamente a la seguridad colectiva-; mientras que en el delito del art. 341, el bien jurídico es la *seguridad colectiva*, castigándose la puesta en peligro concreto de la vida, salud o bienes de las personas. Por lo tanto, hay una diferencia importante, dado que el segundo delito es independiente de la situación de peligro para el medio ambiente que no afecte también a la seguridad colectiva.

Quizá la razón que justifique la supresión del ap. 2 del art. 325 sea más bien que la acción puede ser sancionada prescindiendo de un tipo específico, aplicando el concurso entre la modalidad del ap. 1 del mismo artículo -que se refiere con amplitud a "emisiones" y "radiaciones"- y el delito que corresponda dependiendo del resultado producido de muerte o enfermedad grave de personas.

Finalmente, se introduce la *responsabilidad penal de personas jurídicas* en los arts. 325.2 y 327, con el tratamiento ya analizado.

DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

1.- Atenuación facultativa de la penalidad del tipo básico. El apartado septuagésimo cuarto del artículo único del anteproyecto añade un segundo párrafo al artículo 368 CP que abre la posibilidad, si bien con carácter de excepcionalidad, de rebajar en un grado el marco penal previsto para los tipos básicos de los delitos contra la salud pública, en atención a la escasa gravedad objetiva del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

El nuevo apartado dice: *"No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán excepcionalmente imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369, 369 bis y 370 y siguientes"*.

La atenuación facultativa del marco penal de los delitos contra la salud pública vinculados al tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas ha venido siendo reclamada por sectores de la doctrina y de la propia jurisprudencia como medio necesario para evitar una reacción punitiva desproporcionada que se deriva del incremento progresivo de las penas que estas modalidades delictivas han experimentado en los últimos años, en

aquellos casos en que la cantidad de droga es de notoria escasa importancia, o las circunstancias personales del reo ponen de manifiesto una menor culpabilidad en la realización de la acción injusta –singularmente el caso de los traficantes menores que se financian su propia adicción con el menudeo de droga-.

El estado de opinión favorable a una atemperación de las penas de los delitos contra la salud pública que permita a los tribunales una mejor adecuación de las mismas a la menor gravedad del injusto y a la menor culpabilidad del autor llegó a cuajar en una propuesta expresa de reforma legal que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo aprobó, haciendo uso de la facultad establecida en el artículo 4.3 CP, en sesión de 25 de octubre de 2005, en la que se acordó elevar al Gobierno una propuesta alternativa.

De un lado se aprobó la iniciativa avalada por uno de los Magistrados de la Sala que expresaba la conveniencia de modificar la redacción del artículo 368 CP añadiendo que cuando se trate de cantidades módicas las penas deberían ser de seis meses a dos años, cuando se traten de sustancias que no causen grave daño a la salud, y de dos a cinco años si se trata de sustancias que sí causan grave daño a la salud.

Como propuesta alternativa se aprobó la presentada por otro Magistrado de la Sala favorable a añadir un segundo párrafo al actual artículo 368 CP que dijera: *“no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”*.

Es evidente que la iniciativa prelegislativa objeto del presente informe ha optado resueltamente por acoger la propuesta del Alto Tribunal, y que se ha decantado por la segunda de las formulaciones, que aparece reproducida en su literalidad.

Nada hay que objetar a la reforma, en la medida en que viene avalada por la cualificada opinión de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, si bien se echa en falta en la exposición de motivos un razonamiento más pormenorizado de la opción asupiciada por el anteproyecto y que ha conducido a preferir la segunda propuesta sobre la primera, cuestión que desde luego merecería un pronunciamiento expreso.

La primera propuesta del Tribunal Supremo no promueve exactamente la degradación de la pena asignada a los tipos básicos, sino la determinación de un marco penal distinto, de inferior extensión al previsto para el tipo básico en ambos límites inferior y superior, pero parcialmente coincidente con aquel, por lo que representa una propuesta más matizada y prudente. En efecto, en el caso de tráfico de drogas de las que no causan grave daño a la salud, el límite penal mínimo asignado al tipo básico de un año se rebajaría a seis meses, y el límite máximo de tres años se rebajaría a dos años, compartiendo un tramo

común –de uno a dos años- con la pena básica del tipo vigente. En el caso de drogas que causen grave daño a la salud el umbral de la pena pasaría de tres a dos años, y el límite máximo de nueve a cinco años, conservando igualmente un tramo común de tres a cinco años con la pena asignada al tipo básico actual.

Por el contrario la segunda propuesta, que ha sido la asumida en la reforma, implicaría la degradación de la pena en los términos y con las consecuencias previstas en el artículo 70.1.2ª CP, estableciéndose un marco penal que no se solaparía con las penas básicas actualmente previstas, y que en el caso de tratarse de drogas de las que no causan grave daño a la salud abarcaría de seis meses a un año menos un día, y en el caso de drogas que ocasionan grave daño a la salud abarcaría de dieciocho meses a tres años menos un día. Dada la menor extensión de estos marcos punitivos –seis meses en el primer caso, dieciocho meses en el segundo- el arbitrio judicial quedaría más constreñido en el caso en que se apreciase la concurrencia de los motivos de reducción de la pena.

Por otra parte, las propuestas difieren igualmente en el fundamento de su aplicación, pues la primera se justifica exclusivamente en razón del menor contenido de injusto que representaría el hecho de mover cantidades modestas de droga, en razón a la menor afección del bien jurídico protegido, presentándose como una suerte de contrafigura de la circunstancia agravante específica del artículo 369.1.6ª CP, lo que haría previsible la generación de una nueva jurisprudencia cuantificadora de las cantidades de principio activo por debajo de las cuales se suscitaría la aplicación de la reducción penal, en tanto que la segunda presenta un perfil mixto, subjetivo-objetivo, atendiendo a la gravedad del hecho –menor antijuricidad de la acción, no necesariamente vinculada a la modestia de la cantidad de droga objeto de tráfico- y a las circunstancias personales del culpable –culpabilidad- más matizado y complejo, pero por esa misma razón más difícil de reducir por medio de la interpretación jurisprudencial a criterios ciertos y seguros de aplicación.

El Consejo recomienda por ello una reflexión detenida de estas cuestiones antes de efectuar la opción definitiva, admitiendo en todo caso la validez y el acierto de ambas.

2.- Cualificación por integración del culpable en una organización delictiva. El anteproyecto pretende dar un tratamiento nuevo a la circunstancia cualificadora de pertenencia del culpable a una organización criminal en una doble dirección: mediante la introducción de una definición legal de dicha circunstancia, con el propósito de dotar de mayor seguridad a la figura, desglosándola del artículo 369 para configurar un precepto de nuevo cuño bajo el numeral 369 bis, y mediante la atribución expresa de responsabilidad penal a la organización que tenga reconocida personalidad jurídica propia.

El primer objetivo se materializa en el apartado septuagésimo quinto del artículo único, mediante la supresión de la circunstancia 2ª del apartado 1 del artículo 369, que recoge la circunstancia agravante de organización, y en el apartado septuagésimo sexto, que introduce en el Código el nuevo artículo 369 bis.

Este artículo define legalmente la organización delictiva en el contexto de los delitos relativos al tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, determinando en su párrafo segundo que “[A] estos efectos, se entenderá por organización delictiva una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer los delitos a que se refiere el párrafo anterior” (que remite al artículo 368 CP). Se trata de una formulación legal que en gran medida es producto de la síntesis de los elementos básicos constitutivos de la noción de organización delictiva que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido depurando a lo largo de los años en la interpretación y aplicación del artículo 369.1.2ª CP y, anteriormente, del artículo 344 bis a) 6º CP 1973.

En la nueva formulación destaca particularmente la supresión de toda mención a la transitoriedad de la organización o a la ocasionalidad de sus actos que se contienen actualmente en el enunciado de la circunstancia 2ª del artículo 369.2 CP y que tanta incertidumbre generan a la hora de delimitar su ámbito material de aplicación respecto de la esfera de la mera codelincuencia. Como ha destacado la jurisprudencia del TS en reiteradas ocasiones, para la apreciación de la agravación no basta que haya codelincuencia, es decir, varias personas responsables del delito por su acción conjunta, sino que es necesario que esa pluralidad de personas previamente puestas de acuerdo para difundir las drogas se encuentren coordinadas entre sí, normalmente con una estructura jerárquica que determina la existencia de unos jefes, administradores o encargados, cuya mayor responsabilidad está igualmente prevista en la legislación, con distintas tareas encomendadas a cada uno de los partícipes, y con una cierta duración o permanencia en el tiempo (SSTS 12 de julio de 1991, 28 de junio de 2000, 26 de marzo y 8 de junio de 2001, 10 de octubre de 2002 y 10 de enero de 2003, entre otras).

La definición del elemento normativo organización constituye sin duda alguna un esfuerzo loable para dotar de mayor certeza al ordenamiento penal en este concreto ámbito, y sin duda obligará a los tribunales a efectuar una aplicación más restrictiva de la agravación, pero ello no significa que se hayan cerrado en absoluto todos los problemas de interpretación que se entraña la misma. La definición legal sigue presentando rasgos de generalidad, particularmente en lo relativo a la estabilidad temporal de la organización, que seguirán haciendo imprescindible la depuración jurisprudencial de sus límites de aplicación.

Desde el punto de vista de las consecuencias penológicas anudables a esta circunstancia, el anteproyecto no introduce una novedad excesiva en el caso de las drogas que causan grave daño a la salud, para las que sólo prevé un discreto incremento de su límite penológico máximo, que pasa a ser de 14 años –frente a los trece años y seis meses actuales-; sin embargo, en relación con drogas que no causan grave daño a la salud, el marco penal sufre una modificación mucho más relevante, al situar el umbral de la pena en cinco años –dos por encima del actual- y el límite máximo en diez años –frente a los actuales cuatro años y medio que resultan de la elevación en un grado de la pena básica-. Este marco penal repercute en la sanción resultante para los jefes, encargados o administradores de la organización, a quienes se impondrán las penas superiores en grado.

Se observa por otra parte una notable aproximación de los marcos penales previstos para el tráfico de drogas que causan grave daño (prisión de nueve a catorce años) y las que no la causan (prisión de cinco a diez años), cuando las acciones se cometen en el ámbito de organizaciones delictivas. Este acercamiento, que incluso llega a significar el solapamiento parcial de las dos modalidades delictivas en el tramo que va de los nueve a los diez años de prisión, responde a un objetivo de política criminal de endurecimiento de la represión de los consorcios criminales conectados al tráfico de drogas que atiende no sólo al incremento del peligro para la salud pública que representa la acción concertada y planificada de los culpables, sino también a la mayor dificultad que la lucha contra estas organizaciones entraña para el Estado, pasando a ocupar un puesto secundario o de menor relevancia la consideración a la naturaleza de la sustancia o producto objeto de tráfico a la hora de determinar la intensidad de la respuesta penal.

3.- Supresión de la cualificación de introducción o salida ilegal de las sustancias del territorio nacional. El mencionado apartado septuagésimo quinto del anteproyecto suprime además la circunstancia 10ª del apartado 1 del artículo 369 CP, aquella que establece como fundamento agravatorio de la conducta típica el hecho de que el culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional, o favoreciese la realización de tales conductas.

Se trata de una circunstancia que fue añadida recientemente en la reforma del precepto operada por la LO 15/2003, y que en el texto proyectado se hace desaparecer. Algún sector de la doctrina opinó que con la introducción de esta circunstancia el legislador había pretendido corregir el criterio fijado por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala segunda del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1997, conforme al cual se desarrolló una nueva doctrina jurisprudencial restrictiva en virtud de la cual la concurrencia del delito de tráfico de drogas y el contrabando sólo da lugar a un concurso de normas que se resolverá según lo establecido en el artículo 8.3º del CP, alcanzando su artículo 368 toda la ilicitud del hecho al no existir un interés final defraudado en la medida en que, aunque el autor hubiera querido satisfacer las tasas aduaneras,

ello no hubiera sido posible, sin que tampoco exista en estos casos un mayor peligro para la salud pública, toda vez que el peligro proviene de la tenencia de la droga dentro del territorio, quedando la hipotética lesión de bienes jurídicos que trata de proteger la legislación de contrabando subsumida en la lesión de la salud pública que incuestionablemente se produce con la introducción de la droga en España.

Indudablemente, la circunstancia introducida por la LO 15/2003 neutralizaba este criterio jurisprudencial, estableciendo además una exasperación de la pena que iba mucho más allá de la que resultaba de la aplicación de las normas comunes reguladoras del concurso ideal de delitos, que eran las aplicadas con anterioridad al mismo.

En la medida en que la circunstancia 10ª llevaba el fundamento agravatorio más allá de los límites razonables que establece el principio de culpabilidad, que opera no sólo como fundamento de la pena sino igualmente como límite de la misma, se puede acoger favorablemente su supresión.

4.- Otras consideraciones.- El apartado septuagésimo quinto contiene un error en la cita de los números ordinales que corresponderán a las respectivas circunstancias agravatorias tras la supresión de la 2ª y la 9ª, pues obviamente sólo quedarán ocho circunstancias, dejando de existir la circunstancia 9ª.

El apartado septuagésimo séptimo del anteproyecto por su parte incide en el artículo 370.2º únicamente para ajustar la cita a la circunstancia 2ª del artículo 369.

5.- Recomendable supresión de la actual circunstancia 9ª. El Consejo considera oportuno reiterar las consideraciones que vertió en su anterior informe al anteproyecto de la LO 15/2003, respecto de la circunstancia agravante 9ª del artículo 369.1, consistente en que *“el culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho”*.

El Consejo considera innecesario un tipo complejo en el que se incorpora al tipo agravado del delito de tráfico de drogas el empleo de la violencia o la exhibición o uso de armas, pues el empleo de estos medios con carácter previo al inicio de la ejecución será improbable en la práctica, y a diferencia de otros tipos análogos, como el contenido en el artículo 242.2 CP, aquí no se produce una intensificación del injusto, del ataque a la salud pública, sino la lesión de otros bienes jurídicos con ocasión del tráfico que en su caso sólo justificaría el oportuno concurso de delitos.

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL

1.- En sede de delitos contra la seguridad del tráfico la reforma trata de dar respuesta a la preocupación social creciente que generan los comportamientos infractores de las normas de circulación, que año tras año van poblando las estadísticas de siniestralidad con cifras de muertos, heridos y daños cada vez más difíciles de asumir como normales. Esta inquietud ha llegado al Parlamento, que entre las resoluciones aprobadas en el Congreso de los Diputados el 6 de junio de 2006 como resultado del Debate sobre el estado de la Nación incluyó, en su número 19.1, el imprescindible compromiso del Gobierno en el impulso de una reforma legal adecuada para abordar el problema.

El anteproyecto objeto de informe trata de intensificar la persecución penal de las conductas relacionadas con el tránsito rodado de vehículos ensayando tres vías: la creación de nuevas descripciones típicas, la limitación del arbitrio judicial en la apreciación del ámbito material de algunas tipicidades ya existentes por medio de una concreción de sus elementos, y la elevación del cuadro penal previsto para este sector de la criminalidad.

2.- Nuevas conductas típicas.- El apartado septuagésimo noveno del artículo único del anteproyecto introduce un nuevo apartado en el artículo 379 CP –con el cardinal uno- que instituye un nuevo delito de peligro abstracto en la órbita de protección de la seguridad del tráfico, relacionado con la conducción a velocidad excesiva. Se decide sancionar a quien *“condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en 50 kilómetros por hora en vía urbana o en 70 kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente”*.

El objetivo de la reforma en este punto es transparente: se trata de criminalizar toda generación de un riesgo para la seguridad del tráfico que sea consecuencia de una infracción cualificada de las normas que rigen el comportamiento en la circulación en relación con la velocidad, lo que obliga a completar el sentido de la norma, que adquiere los rasgos propios de una ley penal en blanco, recurriendo a la Sección 2ª del Capítulo II del Título II del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, que aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, y a su correspondiente desarrollo reglamentario materializado en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I del RD 1428/2003, de 21 de noviembre, que aprueba el Reglamento General de Circulación.

La citada normativa sectorial establece un deber general de adecuar la velocidad a las circunstancias de la vía, vehículo y del propio conductor (artículo 19 de la Ley y 45 del Reglamento) con el fin de asegurar en todo momento que el vehículo pueda ser detenido dentro de los límites del campo de visión del conductor ante cualquier obstáculo que pueda presentarse, para a continuación pasar a determinar, con la necesaria casuística, los límites generales aplicables a cada tipo de vía y categoría del vehículo (artículo 48 del Reglamento, sobre velocidades máximas en vías fuera de poblado, artículo 50,

en vías urbanas y travesías, artículo 51, en maniobras de adelantamiento, y artículo 52, que impone límites prevalentes a los anteriores, en función de la señalización específica de la vía o en atención a las circunstancias especiales del conductor o vehículo).

Con el fin de evitar el solapamiento de la figura penal con las correspondientes infracciones administrativas, la criminalización de conductas se circunscribe al incumplimiento de los límites de velocidad expresados en kilómetros por hora, estableciendo un diferencial cuantitativo de exceso cifrado en 50 kilómetros por hora en vías urbanas y 70 en interurbanas, que vienen a marcar la frontera entre el límite reglamentario de velocidad y el umbral del delito.

La nueva norma sanciona, en consecuencia, el peligro potencial que para el tránsito rodado por vías públicas representa el exceso de velocidad expresado en la descripción típica de la conducta, con independencia de las circunstancias concurrentes en cada caso, atendiendo a la conexión estadísticamente comprobada entre exceso de velocidad y siniestralidad. Se trata de una opción legítima del prelegislador, que en este ámbito ha decidido imponer un estándar de comportamiento en la conducción especialmente riguroso que no dejará de suscitar cierta polémica social en torno a su necesidad u oportunidad, pero que en modo alguno implica objetivación de la responsabilidad criminal, dado que en este aspecto la selección de las conductas que se consideran dañinas o amenazantes de la seguridad colectiva corresponde al Legislador con amplia libertad de configuración.

Fruto igualmente de esa amplia libertad de configuración es la introducción de una nueva descripción típica en el artículo 384 CP, por mor del apartado octogésimo cuarto del artículo único del anteproyecto, que construye un tipo especial de quebrantamiento de condena que se expande hasta dar cobertura por igual a los incumplimientos de sanciones y medidas cautelares de origen administrativo. El nuevo precepto sanciona al que *“condujere un vehículo a motor o un ciclomotor habiendo sido privado judicial o administrativamente del derecho a hacerlo, o cuando el correspondiente permiso se encontrare suspendido o cancelado”*.

La norma protege por igual la integridad de las resoluciones judiciales penales y administrativas en razón a su común vinculación con el bien jurídico que constituye la seguridad del tráfico, razón por la cual se puede considerar acertada su integración sistemática en el Capítulo IV del Título XVII del Libro II CP.

En caso de quebrantarse una resolución judicial la nueva norma integrará un tipo especial cualificado respecto del delito de quebrantamiento del artículo 468 CP, resultando de preferente aplicación en virtud de la primera regla concursal del artículo 8 CP –*“[E]l precepto especial se aplicará con preferencia al general”*-. En caso de tratarse de resoluciones administrativas,

queda erigido un tipo penal de nueva configuración que lo que protege no es tanto la efectividad de las resoluciones administrativas como la seguridad del tráfico afectada por el hecho de conducir quien ha sido administrativa o judicialmente desapoderado de su derecho a circular por las vías públicas en base a un precedente comportamiento que ha puesto de manifiesto su peligrosidad. En ambos aspectos el precepto se revela útil y adecuado al fin de política criminal propuesto en la reforma.

3.- Determinación mayor de ciertas conductas típicas.- El texto proyectado trata igualmente de reforzar la eficacia preventiva general de la normativa penal en este sector de la criminalidad mediante una mayor concreción de los supuestos típicos integrantes de algunos de los delitos ya existentes que implicará una correlativa reducción del arbitrio judicial en su aplicación y una mayor previsibilidad de las resoluciones judiciales. Con este fin se observa que incide en uno de los delitos de peligro abstracto que más frecuente aplicación ha tenido y que mayor dispersión en la interpretación de la concurrencia de sus elementos típicos ha suscitado en sede judicial, el actualmente contemplado en el artículo 379 CP como delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas, que pasa a ocupar su apartado segundo, introduciendo una determinación legal adicional conforme a la cual *"[E]n todo caso, será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro"*.

Este inciso introduce una mayor concreción en la formulación del tipo del injusto en virtud de la cual se declara inadmisibles desde el punto de vista penal el riesgo potencial que para la seguridad del tráfico entraña conducir con una tasa de alcohol en sangre superior a la indicada en la norma, abstracción hecha de cualquier otra circunstancia concurrente en el conductor y en la vía. Se trata nuevamente de una decisión legítima en el contexto de una reforma penal que trata de abordar de forma más expeditiva ciertos comportamientos atentatorios de la seguridad colectiva, y que aunque reduce la discrecionalidad judicial en la apreciación de los elementos del tipo de conducción alcohólica tal y como aparecen actualmente configurados, mantiene en todo caso la debida conexión con las necesidades de tutela del bien jurídico que representa la seguridad vial dada la evidencia científicamente comprobada de que tasas de alcohol en sangre por encima de un gramo afectan siempre, en mayor o menor grado, a la capacidad psicofísica de respuesta del conductor. Esta regla de experiencia encuentra respaldo en algunas resoluciones del Tribunal Supremo, que han situado precisamente en la tasa de 1,20 gramos de alcohol por litro de sangre, equivalente a 0'60 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, el nivel a partir de cual se presume que cualquier persona vería disminuida su capacidad de percepción, reflejos y facultades para la conducción (STS de 11 de junio de 2001, núm. 1133/2001).

4.- Nuevo marco penal, elevación general de las penas.- Todos los delitos comprendidos actualmente en el ámbito de la protección de la seguridad vial experimentan un incremento del rigor de la respuesta penal. En algunos

casos ese rigor pasa por la elevación de la extensión de las penas asignadas; así ocurre en la conducción con manifiesto desprecio por la vida de los demás, que pasaría a ocupar el artículo 381 CP, para el que la pena de prisión sería de dos a cinco años –ahora es de uno a cuatro años- y la multa de doce a veinticuatro meses –ahora de seis a doce meses-. Nada hay que objetar a este rigor reforzado, en cuando resulta congruente con los fines de política criminal enunciados en la parte expositiva de la norma.

En otras ocasiones el mayor rigor se manifiesta en la imposición obligatoria de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como pena conjunta a la multa: así sucede en los delitos de peligro abstracto relativos a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas o con un exceso cualificado de velocidad, para los que el texto proyectado prevé que en caso de optarse por la multa, en lugar de la prisión, debe añadirse la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días, y también sucede lo mismo en los delitos de colocación de obstáculos, alteración de señalización o no restablecimiento de la seguridad de la vía, que asocian a la pena de multa, igualmente alternativa de la prisión, los trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 40 días.

El Consejo considera que desde un punto de vista doctrinal esta opción es discutible, pues la proscripción constitucional de los trabajos forzados –artículo 25.2 CE: “[L]as penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”- mediatiza la efectividad y aplicabilidad de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad hasta el punto de hacerla inviable como pena de imposición obligatoria, pues sin la previa conformidad del reo no será posible exigir su cumplimiento, como por otra parte establece el artículo 49 CP al disponer su régimen general. Este severo condicionamiento milita a favor de mantener su carácter actual de pena de imposición facultativa.

Por otro lado, el esquema penal que ensaya la reforma, que dispone los trabajos como alternativa de la prisión, suscitará irremediamente la sospecha de que el consentimiento que eventualmente preste el reo se encuentra viciado por la amenaza de privación de libertad, lo que dota de una carga de coactividad al sistema que puede poner en entredicho su adecuación al marco constitucional.

Desde el punto de vista práctico, cabe recordar además que las exigencias logísticas que la ejecución de esta pena conlleva, en la medida en que el trabajo debe ser facilitado por la Administración, directamente, o mediante convenio con entidades públicas o asociaciones de interés general, constituye un dato que desaconseja su excesiva extensión. La generalización de su imposición puede suscitar problemas aplicativos de muy difícil resolución en caso de no existir suficiente oferta de actividades.

DELINCUENCIA ORGANIZADA

El anteproyecto se propone anticipar a los mandatos del proyecto de Decisión Marco relativa a la lucha contra la delincuencia organizada aprobado en el Consejo JAI de 25 de abril de 2006, mediante la incorporación al Código de un Título XVII bis, bajo la rúbrica *“De las organizaciones y grupos criminales”* con el fin de reforzar la respuesta que nuestro ordenamiento brinda a este tipo de delincuencia penalizando la pertenencia o colaboración con grupos y asociaciones delictivas.

Dicho propósito se materializa en los apartados octogésimo sexto, que crea el nuevo Título, y octogésimo séptimo, que introduce el único precepto integrante del mismo, el artículo 385 bis, por el que se sanciona a los que *“formaren parte de organizaciones o grupos que tengan por objeto cometer delitos”*. La pena prevista es prisión de dos a seis años, y se configura como subtipo cualificado que determina la imposición en su mitad superior el caso en que los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, o el patrimonio.

Para los jefes o dirigentes de las organizaciones o grupos se prevé la pena superior en grado –de seis años y un día a nueve años- y la colaboración en las actividades de dichas organizaciones o grupos se castiga con la pena de prisión de dos a cuatro años.

También introduce la reforma la figura del “arrepentido” en términos muy parecidos a los establecidos actualmente en relación con bandas armadas y organizaciones o grupos terroristas en el artículo 579.3 CP. Los Jueces o Tribunales, razonándolo en 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 organizaciones o grupos a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.

Nada hay que objetar a la elevación del marco penal y a la diversificación de conductas típicas que contiene la reforma en este apartado, pero ello no empece para que se advierta la inadecuación sistemática y conceptual que representa la decisión de desglosarlas en un Título separado y distante del que ya recoge las figuras de asociación ilícita, pues en último término la mayor parte de las conductas descritas –excepción hecha de las figuras del colaborador y del arrepentido, actualmente sólo operativas en el ámbito del terrorismo- quedan abarcadas en el tipo de injusto contemplado en el artículo 515.1º CP, que considera punibles las asociaciones que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su

comisión, por lo que no parece estar justificada la creación de una tipicidad específica ni de un nuevo Título en la Parte Especial del Código.

En efecto, la distinción que viene a hacer el texto proyectado entre “organizaciones y grupos criminales” y asociaciones ilícitas, estableciendo un cuadro de penas de diferente intensidad, más grave en el primer caso, resulta cuanto menos artificiosa, pues toda organización criminal constituye una manifestación, si bien patológica, del ejercicio del derecho constitucional de asociación reconocido en el artículo 22 CE. De hecho, el propio precepto constitucional declara ilegales las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito (apartado segundo) y prohíbe expresamente las secretas y las de carácter paramilitar, situándolas fuera de su cobertura (apartado cuarto).

Mediante un sano ejercicio del derecho de asociación, como recuerda el Comité Económico y Social de la Unión Europea en su Dictamen de 28 de enero de 1998, las asociaciones pueden tener una importancia crucial para la conservación de la democracia, ya que permiten a los individuos reconocerse en sus convicciones, perseguir activamente sus ideales, cumplir tareas útiles, encontrar su puesto en la sociedad, hacerse oír, ejercer alguna influencia y provocar cambios.

Las asociaciones constituyen en definitiva una manifestación del poder de autoorganización de los ciudadanos que, cuando tiene por objeto la persecución de fines lícitos por medios lícitos, merece el respaldo del ordenamiento jurídico y su protección como derecho fundamental. Por el contrario, cuando su finalidad es ilícita, no sólo quedan excluidas del ámbito de cobertura del derecho, sino que son objeto de activa persecución por el Estado, constituyendo su ilicitud penal, cuya definición corresponde a la legislación penal, el límite infranqueable de protección del derecho. Que las organizaciones y grupos criminales, por su calidad de tales, no tengan acceso al correspondiente Registro de Asociaciones, no entraña en modo alguno diferencia conceptual con las asociaciones ilícitas, igualmente excluidas del mundo del derecho.

Por otra parte, si se atiende a los rasgos fijados en la jurisprudencia para caracterizar el delito de asociación ilícita y diferenciarlo de los meros actos preparatorios, se comprueba que los mismos son aplicables en su integridad a los denominados en la reforma grupos delictivos, que no presentan diferencia sustancial de concepto. Se exige, en primer lugar, la concurrencia de un determinado número de personas, pronunciándose en alguna ocasión el Tribunal Supremo a favor de que el grupo mínimo pueda consistir en dos personas –Sentencias de 8 de octubre de 1979 y 12 de marzo de 1992-; se exige la existencia de un previo acuerdo entre sus miembros que debe incluir una cierta perdurabilidad en el tiempo, excluyente de los conciertos de voluntades esporádicos; tiene que haber una cierta determinación de la actividad ilícita a la que se tiende sin llegar a una determinación exacta de cada

acción en tiempo o lugar; la asociación ha de presentar una estructura organizada y jerárquica en la que exista una distribución de funciones entre sus miembros; se ha de constituir con el fin de cometer delitos; y finalmente, la asociación como ilícito penal es independiente del delito o de los delitos que se cometan, con los que entrará en concurso.

Todos estos rasgos son comunes a la asociación ilícita y a las nuevas figuras de pertenencia a grupos delictivos. La única diferencia que cabe apreciar *a priori* es que las organizaciones y grupos criminales constituirían supuestos de asociación ilícita *ab initio*, ya que nacen con vocación criminal, en tanto que es posible que existan asociaciones inicialmente lícitas, incluso dotadas de forma societaria o personalidad jurídica reconocible en derecho, que devengan delictivas *a posteriori* por promover, después de su constitución, la comisión de delitos o por decidir emplear medios violentos o de alteración o control de la personalidad para la consecución de fines lícitos.

En resumen: el Consejo recomienda por todo ello que las figuras penales contempladas en este nuevo artículo 385 bis, se viertan en la Sección 1ª del Capítulo IV del Título XXI del Libro II, como manifestaciones que son de delito cometido con ocasión del ejercicio de derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, en concreto, del derecho de asociación, incorporando a dicha esfera las figuras nuevas del colaborador con la organización, y del arrepentido, de utilidad indudable.

FALSEDADES

1.- Falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje

La reforma desvincula de la falsedad monetaria las falsificaciones que tengan por objeto tarjetas de crédito, débito o cheques de viajes –apartado octogésimo octavo del anteproyecto que modifica el tenor del artículo 387 CP-, las cuales pasan a tener un tratamiento penal autónomo en la nueva Sección 3ª bis del Capítulo II del Título XVIII del Libro II que crea el apartado noagésimo segundo, integrada por un único artículo 399 bis –apartado noagésimo tercero-.

La idea de disciplinar autónomamente el régimen jurídico aplicable a la persecución de este tipo de falsedades, de frecuencia creciente en nuestra sociedad, ha de ser acogida favorablemente en la medida en que contribuye a clarificar el panorama actual, tanto desde el punto de vista sustantivo, en lo que se refiere a la concreción de las conductas punibles, como desde el punto de vista procesal, al posibilitar una definición más nítida de la competencia objetiva de los órganos judiciales integrantes de la Audiencia Nacional en una materia que últimamente había sido pródiga en cuestiones de competencia.

La conveniencia de crear una tipificación autónoma y específica de los actos de falsificación de tarjetas de crédito y débito ya había sido expresada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el Acuerdo no Jurisdiccional de 28 de junio de 2002, en consonancia con lo previsto para esta materia en la Decisión Marco 413/2001, de 28 de mayo de 2001, del Consejo de Ministros de la Unión Europea, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo.

Dicha Decisión exige la consideración de estas conductas como delito y su castigo con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias en atención a la dimensión internacional que alcanzan este tipo de conductas en las sociedades modernas.

Actualmente el Código aplica a la falsedad y expendición de tarjetas de crédito y débito el mismo régimen penal que a la falsedad de moneda, cubriendo los objetivos de punición propuestos en la Decisión Marco; ello no obstante, la identificación de la falsificación de instrumentos de pago no monetarios con los monetarios ha generado disfunciones aplicativas importantes que sólo se pueden superar con un tratamiento *ad hoc* de las primeras.

El apartado primero del proyectado artículo 399 bis castiga al que *“falsificare, copiándolos o reproduciéndolos, tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje”*. La pena base prevista es la de prisión de cuatro a ocho años, que se impondrá en su mitad superior *“cuando los efectos falsificados afecten a una pluralidad de personas o los hechos fueran cometidos en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades”*. La descripción del injusto típico resulta excesivamente limitada, pues no comprende en su ámbito material la alteración o manipulación de una tarjeta auténtica con finalidad fraudulenta, conducta cuya persecución penal viene exigida en el artículo 2, b) de la Decisión Marco 413/2001, y que el Tribunal Supremo consideró en su día equiparable a la falsificación monetaria, según el criterio sentado en el meritado Acuerdo no Jurisdiccional de 28 de mayo de 2001, seguido en numerosas Sentencias –SSTS 948/2002, de 8 de julio, 1680/2003, de 11 de diciembre, 2005, de 16 de septiembre, entre otras– refiriéndose en particular al acto de incorporación a la banda magnética de uno de estos instrumentos de pago –tarjetas de crédito o débito– de datos obtenidos fraudulentamente. El Consejo considera por ello necesario que la descripción típica se complete con la inclusión de los actos de manipulación o alteración de tarjetas auténticas.

El apartado segundo del artículo 399 bis proyectado sanciona la tenencia de tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje *“en cantidad que permita suponer están destinados a la distribución o tráfico”*. De nuevo el tipo penal se configura en términos excesivamente limitados, si se contrasta con la previsión recogida en el artículo 2, c) de la Decisión Marco 413/2001, que comprende toda forma de posesión de instrumentos de pago, sin especificar su

número o la necesidad de una pluralidad de ellos, para su utilización fraudulenta. Ello incluye la posesión para uso personal, sin necesidad de buscar su distribución o tráfico ulterior, supuesto que no comprende el tipo proyectado y que debería estar abarcado en el mismo.

Finalmente, el apartado tercero del artículo 399 bis sanciona al que sin haber intervenido en la falsificación, *“usare, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados”*, conducta que se corresponde con el supuesto del artículo 2, d) de la citada Decisión Marco.

Cabe destacar asimismo que de la figura típica desaparece toda mención a las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, entendiéndose por tales las expedidas por entidades mercantiles no estrictamente financieras, con el fin de facilitar el pago de los productos o servicios adquiridos en las mismas y fidelizar su clientela. Estas tarjetas no aparecen incluidas en las prescripciones que sobre instrumentos de pago contiene el artículo 1, a) de la Decisión Marco 413/2001, que los define como todo instrumento material, exceptuada la moneda de curso legal (es decir los billetes de banco y las monedas metálicas), que por su naturaleza específica permita, por sí solo o junto con otro instrumento (de pago), al titular o usuario transferir dinero o un valor monetario –como por ejemplo tarjetas de crédito, tarjetas eurocheque, otras tarjetas emitidas por entidades financieras, cheques de viaje, eurocheques, otros cheques o letras de cambio- que esté protegido contra las imitaciones o la utilización fraudulenta, por ejemplo, a través del diseño, un código o una firma.

La supresión de la mención ha de ser valorada positivamente, pues el régimen de protección reforzada del denominado “dinero de plástico” que supone un importante incremento del rigor punitivo de su falsedad o alteración, sólo está justificado en relación con aquellos instrumentos de origen financiero cuyo uso y circulación internacionales exigen una protección singular. La represión de la falsedad y uso indebido de tarjetas de pago comerciales alcanza un nivel de adecuado y proporcionado mediante la aplicación de las normas comunes aplicables a la falsedad de documentos mercantiles y la estafa.

En el orden procesal, las medidas de reforma sustantiva hallan su correspondencia en la Disposición Final primera del anteproyecto, que modifica el apartado b) del artículo 65 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, definitorio de la competencia objetiva de la Audiencia Nacional, para incorporar una referencia expresa a la fabricación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viajero. Esta mención resulta necesaria en el anteproyecto al haber desvinculado el régimen penal de la falsificación de los instrumentos de pago distintos del efectivo del correspondiente a la falsificación monetaria, pues ahora la competencia de la Audiencia Nacional sobre los primeros viene determinada por la equiparación establecida en el artículo 387 CP, que se

suprime en la reforma, si bien el Tribunal Supremo ha tratado de limitar su fuerza expansiva al disponer que la misma sólo alcanza a las conductas delictivas descritas en el artículo 386 CP -falsificación, expedición, introducción, tenencia para la expedición ulterior-, quedando excluido el mero uso de las tarjetas como instrumento de pago, que se califica penalmente de estafa y se remite a los órganos jurisdiccionales territoriales no especializados –Juzgados de Instrucción, Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales-.

El criterio consolidado del Tribunal Supremo se expresa en el Auto de 7 de diciembre de 2004 que declara que *“[E]s preciso realizar una interpretación que permita dimensionar el tipo penal del artículo 387 del Código Penal con las exigencias de una jurisdicción especializada que es la que compete a la Audiencia Nacional. El artículo 387 del Código Penal cuando equipara la moneda y las tarjetas de crédito lo hace, sin lugar a dudas, respecto a conductas de falsificación y conductas asimiladas en el artículo 386 del Código Penal, de manera que tanto se comete el delito de falsedad de moneda, cuando el objeto de la falsificación son las monedas nacionales como cuando la acción se desarrolla sobre tarjetas de crédito. Respecto a la tenencia de tarjetas de crédito, la típica del delito de falsificación de moneda es aquella detenida “para su expedición o distribución”, se entiende de las tarjetas detenidas, quedando al margen de la conducta del delito de falsificación de moneda, la detención para su utilización como instrumento de pago o, en general, su utilización como instrumento mercantil. En estos casos, esa utilización dará lugar a un delito de falsedad en documento mercantil y una estafa, pero no dará lugar a la subsunción en el delito de falsedad monetaria”*. El Alto Tribunal concluye que *“esa distinta subsunción dará lugar a una distinta atribución competencial. A la Audiencia Nacional si la tenencia resulta indiciariamente acreditada para la participación en la fabricación. A la jurisdicción del lugar competente según las reglas del artículo 14 de la Ley procesal, cuando la tenencia lo sea para su utilización como instrumento mercantil”*. Todo ello sobre la base de que la competencia de la Audiencia Nacional y de los Juzgados Centrales de Instrucción *“ha de ser interpretada restrictivamente tanto para asegurar el funcionamiento de sus órganos en condiciones de eficacia como para garantizar a los justiciables la cercanía del órgano encargado del enjuiciamiento e investigación en los hechos delictivos que se les imputan”*.

El artículo 65, b LOPJ tal y como se proyecta en la reforma limita la competencia de la Audiencia Nacional a la *“[F]alsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales”*. En el caso de moneda metálica o en billetes se vincula la competencia al concepto normativo falsificación, que se ha de integrar, como hasta ahora, mediante remisión al elenco de conductas descritas en el artículo 386 CP, más amplio que la mera fabricación. Por el contrario, en relación con las tarjetas y cheques de viajero, la competencia se circunscribe a los actos de estricta fabricación, dejando fuera conductas asimiladas normativamente como la tenencia para

distribución o tráfico y el uso fraudulento. Responde así el proyecto a la aspiración, expresada igualmente por el Tribunal Supremo, de limitar la jurisdicción especializada a los ámbitos en que resulte estrictamente necesaria. Esta limitación se lleva hasta el punto de excluir, igualmente, las conductas desarrolladas por meros particulares no integrantes de organizaciones o grupos criminales, a los que quedaría circunscrita la competencia de la Audiencia Nacional. En opinión del Consejo, la competencia de la Audiencia Nacional en relación con tarjetas debería incluir las actividades de distribución y tráfico de las mismas, pues normalmente el objetivo de las organizaciones criminales especializadas en falsedades monetarias no se limita a la fabricación, sino que comprende igualmente la distribución de lo falsificado.

2.- Falsificación de documentos de identidad

Los apartados octogésimo noveno a nonagésimo primero del artículo único del anteproyecto incorporan un régimen jurídico específico de falsificación y uso de documentos de identidad, modificando la rúbrica de la Sección 3ª del Capítulo II del Título XVIII del Libro II CP, que pasa a ser “*De la falsificación de certificados y documentos de identidad*”, y reformando los artículos 398 y 399 CP que forman parte de dicha sección.

El anteproyecto, al reunir en una misma Sección la falsificación de certificados y de documentos de identidad, viene a recuperar un aspecto de la configuración sistemática de los delitos de falsedad que era característico del anterior Código Penal –Sección 3ª del Capítulo IV del Título III del Libro II CP 1973-.

El artículo 398 CP describe la conducta de la autoridad o funcionario público que librare certificación o documento de identidad falsos, previendo la pena de suspensión de seis meses a dos años.

El artículo 399 CP, por su parte, sanciona la conducta del particular que falsificare una certificación o documento de identidad con pena de multa de tres a seis meses. El apartado segundo criminaliza el uso a sabiendas de certificación o documento de identidad falsos, así como al que sin haber intervenido en su falsificación traficare con ellos de cualquier modo.

El propósito de política criminal que inspira la reforma es comprensible y saludable, en cuanto trata de asegurar la persecución del tráfico y uso en España de documentos de identidad falsos en cualquier circunstancia en que se produzca y cualquiera que sea el origen del documento objeto de tal conducta. En este aspecto ha de ser valorado positivamente que la penalización del uso no se supedite a que se haga en juicio o en perjuicio de tercero, como exige el artículo 393 CP para los documentos oficiales en general, cercenando la amplitud con que se perseguía el uso en el artículo 310 CP 1973, y que el tráfico pase a ser figura típica autónoma cuando la comete

quien no ha participado en la falsificación. Convendría, sin embargo, que también se previese, como conducta delictiva asimilada al tráfico, la de posesión de documentos de identidad falsos con fines de tráfico, adelantando la barrera de protección penal a conductas preparatorias que ya generan un importante riesgo al interés del Estado en la correcta identificación de quienes transitan por territorio español.

También se ha de acoger favorablemente la regulación contenida en el artículo 399.3 CP cuando determina que *“[E]stas disposiciones son aplicables aun cuando el certificado o documento de identidad aparezcan como pertenecientes a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o hayan sido falsificados o adquiridos en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si son utilizados en España”*. La norma desvincula así a efectos de punibilidad la falsificación del documento de su uso o tráfico ulterior, de modo que el hecho de que la falsedad haya sido cometida en el extranjero por personas de nacionalidad extranjera no impedirá la persecución en España de los actos de uso o tráfico que se produzcan en su territorio, salvando así el espinoso problema de la determinación de la extensión de la jurisdicción española a los actos falsarios perpetrados fuera del territorio nacional –SSTS de 29 de mayo de 2003, 10 de febrero de 2000, 21 de junio de 1999, 18 de junio de 1999-.

No merece, sin embargo, igual consideración positiva la vinculación de los actos de falsificación de los documentos de identidad al régimen penal de las certificaciones, al menos en lo relativo a sus consecuencias penológicas, que quedan muy rebajadas. Con la regulación vigente, la falsedad de un documento de identidad se tipifica en el artículo 390.1 CP como falsedad en documento oficial castigada con pena de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, cuando lo comete una autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones, y en el artículo 392 CP, con pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, cuando lo comete un particular. La plena equiparación que la reforma introduce entre falsedad de documentos de identidad y de certificados en los artículos 398 y 399 CP, también en el plano de las consecuencias penales, nivelándolas conforme a la penalidad mucho más benévola vigente para estas últimas, supone una degradación injustificada de la respuesta penal aplicable a los primeros mediante la creación de un tipo especial privilegiado en virtud del cual la pena queda reducida a suspensión de seis meses a dos años cuando la comete una autoridad o funcionario público, y la multa de tres a seis meses cuando la comete un particular.

El Consejo considera necesario, por ello, que el rigor penal en la falsificación de documentos de identidad se mantenga al nivel actual, debiendo preverse las mismas penas que se establecen con carácter general para la falsedad de documentos oficiales en los artículos 390 y 392 CP, y sin perjuicio de hacer extensiva dicha penalidad a las conductas de uso y tráfico de los mismos.

3.- Nuevas formas de falsedad personal, el uso de documentos auténticos por quien no está legitimado

El apartado nonagésimo cuarto del artículo único del anteproyecto restablece en nuestro ordenamiento penal una forma de falsedad personal, que no documental, que había hecho desaparecer el Código vigente, y que, sin embargo, había tenido presencia en el anterior: se trata del uso de documentos auténticos con intencionalidad falsaria. Esta posibilidad se daba en el artículo 410.2 CP 1973, únicamente en relación con los documentos de identidad y cédulas de carácter personal, castigando con la misma pena prevista para el uso de documento falso a quienes hicieren uso de un documento verdadero expedido a favor de otra persona.

El nuevo artículo 400 bis que el anteproyecto pretende integrar en el Capítulo III del Título XVIII establece que *“[E]n los supuestos descritos en los artículos 393, 394, 396 y 399 de este Código se entenderá por uso de documento, despacho, certificación o documento de identidad falsos el uso de los correspondientes documento, despacho, certificación o documento de identidad auténticos realizado por quien no esté legitimado para ello”*, generalizando la criminalización del uso falsario de documentos auténticos a toda clase de documentos, y no sólo a los de finalidad identificatoria de la identidad del portador.

El Consejo considera que debiera reconsiderarse la necesidad de tan extensa e irrestricta tendencia criminalizadora, en la medida en que conductas tales, que no afectan a la autenticidad ni a la genuidad de los documentos, difícilmente pueden representar un atentado relevante para la seguridad del tráfico jurídico o económico, ni para la fé pública en general, lo que conforme al principio de fragmentariedad e intervención mínima que ha de orientar la actividad legiferente en el ámbito penal hace como mínimo discutible la decisión de crear estas nuevas figuras típicas.

Por el contrario, se ha de apuntar que un ámbito en el que podría estar perfectamente legitimada la incriminación del uso fraudulento de documentos auténticos es el de los instrumentos de pago no monetarios al que se refiere el nuevo artículo 399 bis CP, es decir, tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje. El apartado tercero de dicho precepto castiga con pena cualificada, de dos a cinco años, al que hiciere uso en perjuicio de otro, sin haber participado en su falsificación, y a sabiendas de la misma, de estos instrumentos de pago. La previsión normativa, que integra una auténtica figura especial cualificada de la estafa, se inspira en la necesidad de dotar de un régimen de protección penal más exigente a al conocido como “dinero de plástico” en atención a su implantación internacional, uso generalizado y mayor riesgo colectivo derivado de las conductas ilícitas que le afectan. En atención a estos objetivos de política criminal, no sería desdeñable la idea de promocionar la persecución penal de toda forma de fraude que tenga por objeto estos instrumentos, y no

sólo el fraude documental, sino también el personal consistente en el uso de tarjetas o cheques de viaje auténticos por quien no es su titular legítimo. El Consejo considera por ello recomendable que en la previsión típica del artículo 400 bis, caso de optarse por el mantenimiento de esta figura en el proyecto definitivo, se incluya en igualdad de condiciones la mención al artículo 399 bis, 3 CP.

COHECHO

El anteproyecto objeto de informe efectúa una reordenación general del Capítulo V del Título XIX del Libro II CP en los apartados nonagésimo quinto a centésimo tercero de su artículo único.

El objetivo prioritario de la reforma es adaptar la regulación del cohecho que contiene el ordenamiento penal español a las obligaciones asumidas por nuestro país 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 (Diario Oficial nº C 195 de 25/06/1997, p. 0002-0011).

La principal obligación emanada de dicho Convenio era la de garantizar en los Estados miembros de la Unión Europea la persecución efectiva de los actos de corrupción activa y pasiva en los que participen o se vean afectados funcionarios comunitarios o de otros Estados miembros de la Unión, mediante la tipificación como delitos de dichos actos y la previsión de sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias que incluyan, al menos en los casos graves, penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición.

El anteproyecto cumplimenta dicha obligación elevando el marco general de las penas del cohecho, e introduciendo en el artículo de cierre del capítulo, que es el 427, una cláusula general de asimilación de las conductas típicas descritas en los artículos anteriores a los hechos que sean imputados o afecten a los funcionarios comunitarios o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión. Para ello el citado artículo incorpora al Código las definiciones que recoge el Convenio de funcionario comunitario y de funcionario nacional de otro Estado miembro en las letras b) y c) de su artículo 1.

La ubicación de esta cláusula de asimilación en el artículo 427 CP que cierra el Capítulo y no en el artículo 422 CP, que es donde se contiene la definición del concepto normativo de funcionario público a efectos de la aplicación de los tipos de cohecho pasivo, resulta adecuada, pues el Convenio comunitario demanda la criminalización de todos los actos de corrupción en los que se vea involucrado el funcionario comunitario o nacional de otro país de la

Unión, tanto los de naturaleza pasiva –denominada por algunos autores con mayor precisión cohecho cometido por funcionario- que se define en el artículo 2 como *“el 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, como activa – o cohecho de particular- definida en el artículo 3 como “el 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”.*

En definitiva, la totalidad de las conductas corruptoras abarcadas en el Capítulo V del Título XIX quedan de este modo criminalizadas en el caso de que participe un funcionario comunitario o de un país miembro de la Unión.

En lo que se refiere a la descripción típica de las distintas figuras de corrupción, el anteproyecto efectúa una remodelación de las mismas en aspectos importantes, tales como la determinación del instrumento a través de los cuales se procura ejercer la influencia corruptora, o en la gradación de la penalidad en función del objeto de la instigación corruptora, agrupando las diversas conductas de un modo diverso al que conocemos ahora.

En relación con el instrumento de la acción corruptora se actualiza el lenguaje sustituyendo la referencia a “presente” por la de *“favor o retribución de cualquier clase”* expresión con la que se mejora considerablemente la descripción de este elemento objetivo del tipo en la medida en que integra no sólo el dinero en metálico o los objetos de un valor intrínseco determinado, sino cualesquiera otras formas de favorecimiento que entrañen un provecho económico directo o indirecto, para el propio funcionario o para otra persona que se halle o no en connivencia con él, que ya vienen siendo admitidas ampliamente por la jurisprudencia –piénsese por ejemplo, en la promesa de una promoción funcional que se hace llegar a la autoridad o funcionario al que se intenta influir para que adopte una determinada resolución, o la promesa de otorgamiento futuro de un contrato, o de la dirección de un proyecto tratándose, por ejemplo, de un arquitecto municipal o de un ingeniero o de un profesional de cualquier otra clase que desempeña en ese momento una función pública en alguna Administración y cuya voluntad puede verse comprada por la expectativa de beneficio que le reportarían tales concesiones-.

Como consecuencia de esta configuración amplia del instrumento corruptor, que entraña que en ocasiones el valor económico de la gratificación no sea determinable en sentencia, la reforma trata de salir al paso de los problemas aplicativos que hoy se detectan en este sector de la criminalidad, y modifica la penalidad asignada al cohecho sustituyendo la multa proporcional

actualmente vigente, cuya determinación se debe hacer siempre en función del valor acreditado de la dádiva, por una multa imponible por el sistema de días cuota, desvinculada de la cuantía de la dádiva, favor o provecho prometido o entregado, y vinculada, por el contrario, a la capacidad económica propia del culpable, sin perjuicio, obviamente, del comiso que se acuerde de la propia dádiva en calidad de instrumento del delito. La reforma, en este aspecto, ha de ser recibida favorablemente, en la medida en que impedirá situaciones de eventual inaplicación de la pena de multa prevista en el Código por no alcanzarse en el acto de juicio una prueba suficiente de las bases económicas exigidas en el Código para la cuantificación de la multa proporcional.

A este respecto se ha de recordar que la jurisprudencia ya desde antiguo viene declarando –Sentencias de 9 de noviembre de 1888, 22 de junio de 1948 y 2 de noviembre de 1962- que a los efectos de la incriminación de la conducta no es obstáculo impeditivo el hecho de la gratificación ofrecida o recibida no haya podido ser concretada en una cifra exacta, si bien la inconcreción de ésta puede producir efectos en el momento de la determinación de la pena y dar lugar al rechazo de la aplicación de la de multa –Sentencia de 25 de octubre de 1961-.

Consideración crítica, por el contrario, merece la nueva gradación que de las penas del cohecho se verifica en el texto proyectado en atención al objeto de la instigación corruptora. Actualmente, en función del objeto perseguido, el Código distingue y sanciona con intensidad decreciente los supuestos en los que el cohecho se orienta a la realización por la autoridad o funcionario público de una acción u omisión constitutivas de delito, que se recogen en el artículo 419 CP, de un acto injusto, pero no constitutivo de delito, que se recogen en el artículo 420 CP, discriminando la penalidad según se haya ejecutado o no el acto perseguido, la abstención de un acto debido en el ejercicio del cargo, que se contemplan en el artículo 421 CP, y finalmente la instigación de actos propios del ejercicio del cargo no antijurídicos ni prohibidos por la ley en los artículos 425.1 y 426 CP.

El texto que se proyecta otorga en el artículo 419 CP un tratamiento penológico idéntico a todos los actos corruptores tendentes a que por la autoridad o funcionario público se realice, en el ejercicio de su cargo, *“un acto contrario a los deberes inherentes al mismo”*, sin distinguir las conductas delictivas de las meras infracciones del ordenamiento administrativo regulador del ejercicio de la concreta función pública ejercida. En ambos casos la pena a imponer será la 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, y todo ello *“sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado en razón de la retribución o promesa si fuera constitutivo de delito”*.

La reforma conlleva un endurecimiento extraordinario de la penalidad de los actos corruptores encaminados a la realización de un acto injusto que no sea tipificable como delito –comprensivo no sólo de las infracciones del

ordenamiento administrativo, sino también las infracciones penales leves- que actualmente tienen previstos en el artículo 420 CP pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años si el acto se ejecuta, y pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, si el acto no se ejecuta.

El Consejo General del Poder Judicial considera que la opción por el endurecimiento de las penas, legítima en el plano político criminal, no debe ser incompatible con la necesaria atemperación de la respuesta penal a la distinta intensidad del contenido de injusto que representa cada conducta incriminada. En este sentido, parece más razonable que se mantenga la actual distinción, al menos en lo que se refiere a sus consecuencias penológicas, entre las figuras de cohecho propio que tienen por objeto la ejecución de un comportamiento tipificable como delito, que merecen por ello mismo un reproche superior en el plano de la antijuricidad, de las que tienen por objeto la realización de actos propios del cargo que aunque infrinjan el ordenamiento administrativo, no alcanzan relevancia penal como delitos.

Enlazada con la anterior cuestión, el Consejo ha de poner de manifiesto la incongruencia valorativa en la que asimismo incurre el texto proyectado al desvalorizar, con menor intensidad, aquellas conductas omisivas realizadas en el ejercicio del cargo que pudieran tener relevancia penal como delitos – piénsese por ejemplo en supuestos de prevaricación omisiva o de retardo malicioso en la administración de justicia- y que sin embargo, quedarían englobadas en la descripción típica del artículo 420 CP, y no en el artículo 419 CP, con un considerable descenso de la pena a aplicar.

En efecto, la configuración que se quiere dar al artículo 419 CP en el anteproyecto contempla como objetivo de la instigación o comportamiento corruptor única y exclusivamente conductas activas desarrolladas en el ejercicio del cargo –*“para realizar en el ejercicio del cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo”*- relegando las omisiones contrarias a las prescripciones de la normativa reguladora de la función pública al artículo 420 CP –*“para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar”*-, lo que supone, tanto si se aplica un criterio gramatical de interpretación de ambos preceptos, como un criterio sistemático y finalista, que las abstenciones antijurídicas de la autoridad o funcionario público, sean o no constitutivas de delito, quedan abarcadas en todo caso en el artículo 420 CP y sancionadas con 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. Esta conclusión resulta reforzada por el hecho de que el artículo concluye con un inciso idéntico al del artículo 419 CP, que salva el concurso de delitos al establecer que este marco penal se establece *“sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder, en su caso, si la abstención del acto o su retraso fuere constitutivo de delito”*, lo que evidencia que el prelegislador opta

resuelta y explícitamente por degradar la respuesta penal de la instigación corruptora de un delito, cuando éste es de naturaleza omisiva, o remite a un mero retraso en el ejercicio de las funciones encomendadas.

No se alcanza a entender la razón que lleva al prelegislador a discriminar la severidad de las consecuencias penales asignadas a la influencia o actuación corruptora ejercida por o sobre un funcionario público en función de que la conducta delictiva procurada sea activa u omisiva. En ambos casos nos encontramos ante conductas típicas que, en cuanto objeto de una acción o instigación corruptoras, merecen igual reproche. Este es un argumento que milita igualmente a favor de conservar, respecto de las figuras del cohecho propio, la separación entre aquellas que tienen por objeto la realización de un delito, por acción o por omisión, de las que se orientan hacia otras formas de comportamiento antijurídico del funcionario, no susceptibles de tipificación como delito, y que debieran ser sancionadas con menor rigor.

En lo que se refiere a la determinación típica de los actos de cohecho activo –cohecho cometido por un particular y que tiene como destinatario a un funcionario público- se puede afirmar que la reforma mejora el texto vigente, al sustituir en el proyectado artículo 424.1 CP la referencia al elemento normativo “corrupción” que recoge el vigente artículo 423.1 CP, al referirse a quienes “*corrompieren o intentaren corromper*” a las autoridades o funcionarios públicos, por una más precisa determinación del círculo de comportamientos retribuidos o inducidos mediante el ofrecimiento o promesa de un provecho que quedan englobados en el concepto de corrupción: los actos contrarios a los deberes inherentes al cargo, los propios del cargo no antijurídicos y las abstenciones o retrasos indebidos en el desempeño del cargo.

La claridad expositiva de la norma al incluir los actos propios del cargo no antijurídicos representa una mejora del texto legal, pues la noción de “corrupción” que utiliza nuestro Código para describir los comportamientos de corrupción activa presenta un contorno difuso en lo que se refiere a la definición de su objeto, generador de inseguridad jurídica. De acuerdo con el tenor vigente en la norma lo mismo se puede interpretar que el objeto del acto corruptor es conseguir del funcionario, por medio de la dádiva o gratificación, que infrinja sus deberes obrando de manera distinta a la debida, orientación que patrocina la Sentencia de 7 de noviembre de 1997, que interpretar, por el contrario, en sentido más amplio, que corromper es conseguir que el funcionario acepte la dádiva en atención a su función, y en cualquier circunstancia, ya sea para ejecutar un acto prohibido o no, pues la mera aceptación revela en el funcionario una propensión a claudicar de sus deberes de actuación imparcial suficiente para justificar el recurso al derecho penal.

La reforma de la descripción del tipo de injusto del cohecho activo que se verifica en el proyectado artículo 424 CP resulta por ello singularmente clarificadora al incluir los actos no antijurídicos, lo que disipa las dudas que ahora suscita el artículo 425 CP que sólo prevé, en su literalidad, la sanción de

la autoridad o funcionario público que solicita dádiva o presente, o admite ofrecimiento o promesa, para realizar un acto propio de su cargo, sin referencia alguna a la punición del particular. Lo mismo pasa en el artículo 426 CP que contempla la sanción de la autoridad o funcionario público que admite dádiva o regalo para la consecución de un acto no prohibido legalmente. Dejando de lado la no menos espinosa cuestión de la delimitación recíproca de ambos tipos, en torno a la diferencia que pueda existir entre acto propio del cargo y acto no prohibido en el ejercicio del cargo, lo que es objeto de intenso debate doctrinal es la posibilidad de castigar la conducta del particular que entrega la dádiva, o que ofrece o promete algo para que el funcionario realice un acto propio de su cargo que no sea delictivo ni injusto. En general la doctrina se muestra proclive a considerar que en estas figuras de cohecho propio no es punible la conducta del particular, aunque no de forma unánime. La jurisprudencia, por su parte, se ha decantado en ocasiones por su castigo –v. gr., Sentencia de 7 de noviembre de 1997, que declara que *“en el Código Penal de 1995 y a la vista de la redacción de los artículos 423 y 426, no hay razón para excluir del ámbito de aquél, la conducta del particular que corrompe o intenta corromper al funcionario público mediante la entrega de una dádiva, en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido”*- si bien se trata de un asunto no definitivamente resuelto.

El nuevo texto del artículo 424 CP deja zanjada la cuestión en su mismo tenor literal, al comprender entre los actos objeto de cohecho activo la instigación corruptora ejercida por un particular sobre un funcionario público con el fin de que realice un acto propio de su cargo, sea o no contrario a los deberes inherentes al mismo, por lo que se trata de una novedad que merece ser acogida favorablemente en este particular.

La reforma, por lo demás, mantiene el subtipo especial privilegiado del actual artículo 423.2 CP en el texto del proyectado artículo 424.2 CP, en cuanto prevé que si la iniciativa corruptora emana, no del particular, sino del funcionario público, mediante solicitud de entrega de dádiva o de retribución, el particular que acceda a dicha solicitud verá rebajada la pena en un grado.

Se introduce, sin embargo, en el mismo precepto una nueva figura privilegiada cuya oportunidad es muy discutible. Se trata del supuesto en que el particular que intenta corromper a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de las funciones públicas, vea frustrado su propósito porque éstos no aceptan la oferta o promesa que les hace, en cuyo caso el precepto también prevé la imposición de la pena inferior en grado. Se instituye de este modo una suerte de excusa atenuatoria de más que dudoso fundamento, pues el hecho de que la oferta corruptora sea rechazada por el funcionario, -sea por probidad o porque la considera escasa para mover su voluntad-, constituye una circunstancia que escapa al control del autor del ofrecimiento y que como tal no puede justificar la reducción de la pena ni por razones objetivas de política criminal ni por representar minoración alguna del

grado de culpabilidad del mismo. Se estima por ello recomendable la supresión de esta modalidad atenuatoria.

Destaca, por lo demás, el mantenimiento en el proyectado artículo 425 CP de la figura privilegiada de soborno en causa criminal a favor de reo cometido por parientes del mismo –actualmente en el artículo 424 CP-, que atenúa la punibilidad en atención a los vínculos de afectividad inherentes a los lazos de parentesco, si bien con una discreta elevación de la cuantía de la multa, que de tres a seis meses, pasa a ser de seis a doce meses, así como la excusa absoluta del actual artículo 427 CP, que pasa al artículo 426 CP en virtud de la cual 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, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos.

DELITOS DE CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

1.- Se reforma el art. 445, único precepto del Cap. X (*De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*) del Tít. XIX (*Delitos contra la Administración pública*), modificado a su vez por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre. Lo primero que ha de señalarse es que el tenor del ap. 1 de este artículo en su redacción actual, es casi idéntico al del vigente art. 445 bis [Tít. XIX bis (*De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*)], introducido por la LO 3/2000, de 11 enero, que en este punto, lo mismo que la LO 15/2003, obedecieron a la necesidad de cumplimiento del Convenio OCDE de 17 de diciembre de 1997, *de lucha contra la corrupción de Agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*, por lo que debería aprovecharse la ocasión para salvar esta anomalía, que se seguirá produciendo aunque se modifique el actual art. 445 en los términos previstos, bien es cierto que en medida algo menor pero sin afectar a los contenidos normativos.

2.- La reforma pretende, según la EM, superar las deficiencias que presenta la configuración del tipo penal que, de manera definitiva, acomode nuestro Derecho interno a los términos del Convenio. Además de afectar al nuevo régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas (art. 445.2), como ya se ha visto, la modificación comprende los siguientes aspectos:

1º En la *descripción típica* del art. 445.1, de corrupción activa de esta clase de funcionarios (la pasiva queda excluida de la aplicación del Convenio como consecuencia del régimen de inmunidades de Derecho internacional), se sustituye la referencia a las "dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas"

como instrumentos corruptores, por la corrupción o su intento «mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase».

Así mismo se suprimen:

a) La referencias a las "autoridades" junto a la de los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales.

b) El requisito según el cual los requeridos deban encontrarse "en el ejercicio de su cargo"; esta supresión no se considera relevante, como a primera vista pudiera parecer, pues se mantiene como elemento del tipo que el comportamiento ilícito ha de estar "en relación con el ejercicio de funciones públicas".

2º La determinación de la *penas* se efectúa de modo más correcto, fijándose taxativamente en el ap. 1 del artículo, en lugar de remitirse, como en la actualidad, a las penas del art. 423, que a su vez reenvía a las penas de los artículos anteriores, siendo las penas diversas en función del tipo respectivo.

3º Se delimita el concepto de "funcionario público extranjero" a los efectos de este artículo (ap. 3), que es independiente de la nacionalidad del sujeto: a) Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; b) cualquier persona que ejerza un función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública; y c) cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública. Esta definición se corresponde exactamente con la de "agente público extranjero" del art. 1.4, a) del Convenio OCDE de 17 de diciembre de 1997. De no haberse incluido esta definición de "funcionario público extranjero", la supresión de la mención a las "autoridades" -a la que se ha hecho referencia- habría supuesto, relacionada con las nociones de *autoridad* y de *funcionario* a efectos penales del art. 24.1 CP, que autoridades como los miembros de tribunales de justicia o de asambleas legislativas, quedarían fuera de ámbito subjetivo de aplicación de este delito, contraviniendo el Convenio.

3.- Por lo que se refiere a la corrupción de funcionarios comunitarios o a funcionarios nacionales de otro Estado de la Unión, que exige la adaptación de los derechos nacionales por el Convenio de 26 de mayo de 1997, *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*, la reforma aborda este asunto en el nuevo art. 427, en el Cap. V del mismo Título, dedicado al delito de cohecho, como ya se ha visto *ut supra*.

CORRUPCIÓN DE TESTIGOS, PERITOS E INTERVINIENTES EN UN PROCESO COMO FORMA DE OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA

Conectada con las figuras del cohecho, aunque con una naturaleza jurídica distinta, se presenta la reforma del artículo 464.1 CP, que sanciona como forma de obstrucción a la Justicia el ejercicio de presión coactiva sobre quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal. El apartado centésimo octavo del artículo único del anteproyecto incluye entre los medios de presión ilegítima el precio, alterando profundamente la configuración típica de esta modalidad delictiva.

En principio nada cabe objetar a que el soborno de las partes de un proceso o de sus intervinientes sea objeto de sanción penal en orden a preservar la recta administración de Justicia, que se vería sin duda perturbada por tales insidias. Ello sin perjuicio de que quien soborna pueda ser asimismo incriminado como inductor del correspondiente delito de falso testimonio –de testigo, de perito o intérprete-. En este sentido la ubicación de la conducta en el Capítulo VII del Título XX no parece discutible. El problema que suscita la reforma radica en la dificultad de delimitación típica de la nueva figura respecto de las relativas al cohecho, en aquellos casos en que el influjo corruptor se proyectase sobre persona que participase en el proceso precisamente en su calidad de funcionario público –Médico Forense, perito designado por el tribunal, intérprete-, o de persona llamada a participar del ejercicio de funciones públicas, aunque sea de modo ocasional –miembro de un Jurado-. Recuérdese que el artículo 422 CP prevé precisamente la aplicación de las figuras de cohecho pasivo, entre otros, a los jurados, a los peritos, y, conforme al nuevo tenor que le da la presente reforma en el proyectado artículo 423 CP, también a los administradores e interventores designados judicialmente. En estos casos es indudable que se produciría un concurso de normas que habría de resolverse mediante la aplicación del precepto más gravemente sancionado (artículo 8.4 CP). Consideramos aconsejable, por ello, que el concurso de normas quede salvado expresamente en el mismo artículo 464.1 CP limitando su aplicación a aquellos casos en que el sujeto sometido a influencia corruptora no participe en el proceso precisamente en razón del ejercicio de las funciones públicas que tenga encomendadas.

DENUNCIA O ACUSACIÓN FALSA

El apartado centésimo séptimo del artículo único del anteproyecto introduce una reforma de detalle en el artículo 456.2 CP, en relación con la perseguibilidad del delito de denuncia o acusación falsa. Como es sabido este precepto contempla un presupuesto en virtud del cual no podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras sentencia firme o auto también firme de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada. Según el tenor actual de la norma “[E]stos *mandarán proceder de oficio contra el denunciante o acusador siempre que de la causa*

principal resulten indicios bastantes de la falsedad de la imputación, sin perjuicio de que el hecho pueda también perseguirse previa denuncia del ofendido". El texto reformado pasa a decir que será el Fiscal quien procederá contra el denunciante o acusador. La reforma carece de mayor relevancia, pues el Fiscal tiene del deber de ejercitar la acción penal una vez que se produce el presupuesto de perseguibilidad, dado que el delito es público, sin que la referencia que incluye el precepto añada nada a la exigibilidad de dicho deber, y por otra parte la supresión de la mención de que el Juez o Tribunal mande proceder de oficio tampoco redundará en impedimento para que lo haga si lo estima oportuno.

Más necesario resultaría que se ajustase el tenor del precepto concretando que las sentencias cuya firmeza habilita a perseguir al denunciante o acusador falso son las absolutorias, pues tal y como está redactado ahora indica, con manifiesta impropiedad, que las sentencias declaran el sobreseimiento o archivo de la causa.

REINCIDENCIA INTERNACIONAL EN CASOS DE TERRORISMO

El apartado centésimo duodécimo incide en la regulación de la eficacia internacional de la reincidencia en casos de terrorismo, prevista en el artículo 580 CP, que equipara la condena de un Juez o Tribunal extranjero a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles, para introducir la salvedad de que *"el antecedente penal haya sido cancelado o pudiese serlo con arreglo al Derecho español"*. Se trata de una regulación que dota de mayor seguridad y certeza a la aplicación de dicha agravante, en la medida en que no se podrán tomar en consideración antecedentes vigentes en otros ordenamientos penales si conforme a la legislación española los mismos habrían de ser considerados como cancelables.

RÉGIMEN TRANSITORIO

El anteproyecto regula la sucesión de normas penales en el tiempo en cinco disposiciones transitorias que vienen a reproducir en sus aspectos nucleares los criterios establecidos en la LO 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el vigente Código Penal.

La primera de ellas establece, por evidentes exigencias constitucionales –artículo 9.3 CE-, la irretroactividad general de la nueva norma –*"[L]os delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión"*- dejando a salvo la aplicación retroactiva en lo favorable –*"se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con*

anterioridad a su entrada en vigor”- en una previsión que conecta con lo dispuesto en el texto articulado del Código Penal, artículo 2.2 CP.

El Consejo considera que la disposición debería introducir una salvedad en lo que respecta a la aplicación en el tiempo de la nueva regulación de las causas interruptivas de la prescripción de las infracciones penales que se contempla en el artículo 132 CP, descartando expresamente su vigencia retroactiva. En la medida en que la nueva redacción de este precepto entraña una interpretación de la cláusula legal actualmente vigente *–[L]a prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable*”, y no, en sentido estricto, una mutación sustantiva del desvalor que merecen los hechos delictivos objeto del proceso y de sus consecuencias penales, parece razonable que el anteproyecto haga exclusión expresa del mismo en lo que se refiere a la aplicación de la regla de retroactividad favorable y revisión de procesos, máxime cuando la propia Memoria Justificativa que acompaña el anteproyecto enfatiza el carácter interpretativo de la reforma al señalar que con ella *“[S]e clarifican las reglas de interrupción de la prescripción”*, lo que parece excluir toda voluntad de revisión de procesos pasados.

Se mantienen, por lo demás, los principios ya reconocidos en la LO 10/2005 de valoración completa del Código actual y del resultante de la reforma a los efectos de determinar la ley más favorable y de audiencia preceptiva del reo.

La disposición transitoria segunda habilita al CGPJ para, en uso del artículo 98 LOPJ, asignar a uno o varios de los Juzgados de lo Penal o secciones de Audiencias Provinciales dedicados en régimen de exclusividad a la ejecución de las sentencias penales la revisión de las sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de esta ley.

También contempla la regla de la aplicación taxativa de las normas, y no por ejercicio del arbitrio judicial, para determinar la ley más favorable en la revisión de sentencias.

Las restantes reglas de revisión son idénticas a las previstas en la LO 10/1995, que generaron en su día abundante jurisprudencia aclaratoria. La única novedad radica en la disposición transitoria cuarta, que señala que en los casos en que la pena que pudiera corresponder por la aplicación de esta Ley fuera la de localización permanente, se considerará, para valorar su gravedad comparativa, que cada día de localización permanente equivale a un día de prisión.

VACATIO LEGIS

Se cifra en seis meses el periodo de vacatio de la nueva Ley, - disposición final segunda del anteproyecto-. Se trata de un período razonable, dada la trascendencia de las reformas que se abordan en el nuevo texto.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.