



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

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

I

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de noviembre de 2008 tuvo entrada en el Registro de este Consejo, procedente del Ministerio de Justicia, el 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, del Poder Judicial.

Designada Ponente en fecha 20 de noviembre de 2008 la Excmo. Sra. D.^a Margarita Uriá Etxebarría, la Comisión de Estudios e Informes en su reunión de fecha 18 de febrero de 2009, 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 función consultiva del Consejo General del Poder Judicial se contempla en el artículo 108.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ); en concreto su apartado f) determina que dicha función tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Estado que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a las "Leyes penales y normas sobre régimen penitenciario".

A la luz de esta disposición legal, en 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.

III

ESTRUCTURA Y CONTENIDO

El Anteproyecto consta de una Exposición de Motivos y de un articulado compuesto por un artículo único, subdividido en noventa y un apartados, tres disposiciones transitorias y una disposición final.

Cada uno de los apartados en que se desenvuelve el artículo único está dedicado a un determinado artículo del vigente Código Penal, tanto de la parte general como de la parte especial, siguiendo la exposición sistemática del propio Código, al objeto de introducir modificaciones, adiciones o supresiones, según los casos.

Las tres disposiciones transitorias están dedicadas, respectivamente, a la *legislación aplicable* a los delitos y faltas cometidos hasta la entrada en vigor de la reforma; a la *revisión de sentencias firmes de condena*, que se estén ejecutando o estén pendientes de ejecución; y, en tercer lugar, a las *reglas de*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

invocación de la normativa aplicable en materia de recursos interpuestos frente a sentencias definitivas.

La disposición final tiene por objeto la entrada en vigor de la Ley Orgánica, para lo que se prevé un período de *vacatio legis* de seis meses desde la publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

El Anteproyecto no viene acompañado del informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen, como tampoco de la memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar, exigencias previstas en el artículo 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 noviembre, del Gobierno.

IV

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1) RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y MEDIDAS DEL ARTÍCULO 129

1.1 El artículo 31 bis 1, 2 y 5

Se añade el artículo 31bis, con la siguiente redacción:

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



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.

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

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

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

- a) Haber procedido antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.*
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para declarar su responsabilidad.*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

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

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

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

El Anteproyecto propone la regulación en el propio Código Penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Uno de los fundamentos de esta inclusión hay que situarlo en los numerosos instrumentos jurídicos internacionales (Convenios, Decisiones Marco etc.) que fueron analizados en detalle en el anterior informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de 2006. Aunque estos instrumentos comunitarios no obligan a una respuesta específicamente penal a la intervención de personas jurídicas en los ámbitos delictivos más preocupantes, como son los de corrupción en el sector privado y en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantiles, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, etcétera, lo cierto es que no solo han ido endureciendo las recomendaciones sancionadoras, sino que, además, tal y como analizó el mencionado informe del CGPJ, han surtido un efecto penalizador en muchos países europeos hasta hace poco ajenos a la tradicional responsabilidad penal de las personas jurídicas en los derechos de corte anglosajón.

En este contexto, el artículo 31 bis se erige en el precepto nuclear de la nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Pese a que en la Exposición de Motivos se afirma que “*se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de que*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

exista o no responsabilidad penal de la persona física", la regulación propuesta –más allá de la no transmisión de las eximentes desde las personas físicas a las jurídicas– se basa en la comisión de los delitos por determinadas personas físicas.

Partiendo, pues, de que el delito de referencia tiene que haber sido cometido por una persona física, es decir, que no existen supuestos de responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, el Anteproyecto no establece, sin embargo, ningún criterio específico de imputación del hecho a la persona jurídica como hecho propio. En síntesis, pues, el Anteproyecto sigue un (peculiar) sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas por los hechos de otro, es decir de responsabilidad vicaria.

En efecto, según el artículo 31 bis, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas es acumulativa, es decir, no excluye la responsabilidad criminal individual de las personas físicas que hayan delinquido en su seno. Esto concuerda con las disposiciones de derecho comunitario que entienden la responsabilidad de las personas jurídicas sin perjuicio de las actuaciones penales que procedan contra las personas físicas intervenientes en los hechos. En este sentido, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no está pensada para evitar la asignación de responsabilidades individuales en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas como las empresas.

El Anteproyecto 2008 opta, pues, por el modelo de la doble incriminación, pero, además, por la necesaria comisión del delito de referencia por determinadas personas físicas, tal y como demuestran los números 1 y 2 del artículo 31 bis, que en ningún momento prescinden de la autoría de las personas físicas correspondientes.

Ahora bien, para que la atribución de responsabilidad, o si se prefiere, la imputación del hecho cometido por determinadas personas físicas a la propia persona jurídica no implique una responsabilidad objetiva por el hecho



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

de otro, que es incompatible con el principio jurídico penal de imputación por los hechos propios, es imprescindible identificar el concreto criterio que permite la imputación objetiva y subjetiva del hecho a la persona jurídica.

Esto es así, en primer lugar, por la propia teoría de la imputación, que en el caso de las personas físicas exige que el hecho sea penalmente ilícito (imputación del hecho como hecho típico y antijurídico) y haya sido realizado por un autor culpable (imputación como culpabilidad). La teoría general de la imputación de hechos es igualmente válida cuando se trata de personas jurídicas. En consecuencia, una persona jurídica delinque cuando se le puede imputar como propio un acto penalmente típico y no justificado, y, además, se puede afirmar que en su realización ha mediado culpabilidad de la propia persona jurídica. Es decir, al igual que sucede con las personas físicas, el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye un problema normativo de imputación, tanto a nivel de injusto como de culpabilidad, y, en consecuencia, no puede resolverse mediante el inconstitucional principio de responsabilidad penal objetiva.

En cuanto a la imputación a la culpabilidad, que es la que más atención jurisprudencial y doctrinal ha merecido, pese a que no es posible sin una previa imputación del hecho, así lo entendió la STC 246/1991, de 19 de diciembre, que entendió que el principio de culpabilidad rige también en materia del derecho administrativo sancionador para las personas jurídicas, por imponerlo así el artículo 25.1 de la Constitución, aunque “*ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas*”.

Precisamente, en esa forma distinta de imputar el hecho culpable -que el Tribunal Constitucional fundamentó en la “*capacidad [de las personas jurídicas] de infringir las normas a las que están sometidas*”, y en la “*necesidad de protección eficaz [del bien jurídico]*”, al modo de las modernas teorías normativas de la culpabilidad, que vinculan la culpabilidad a la necesidad



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

preventiva de pena- radica la necesidad y, al tiempo, la dificultad, de definir criterios de imputación específicos para las personas jurídicas, que se echan de menos en el Anteproyecto.

En efecto, la imputación del hecho cometido por las personas físicas parte en el Anteproyecto 2008 de dos supuestos diferentes: que el hecho delictivo haya sido cometido por un –simplificando- directivo o administrador, o bien por un empleado.

Este sistema, que podría denominarse dualista, tiene su origen en las Decisiones Marco de la UE, porque en ellas se diferencian, en efecto, dos regímenes sancionatorios diferentes: cuando el hecho de referencia es realizado por directivos de la persona jurídica se proponen consecuencias más graves; por el contrario, cuando el hecho es cometido por empleados se propone solamente la imposición de “*medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias*”.

El Anteproyecto recoge, pues, el sistema dualista en cuanto a los autores de los hechos delictivos de referencia, pero, sin embargo, no establece consecuencias de diferente gravedad para la persona jurídica. Esto permite una imputación amplia de los hechos a las personas jurídicas, ya que no solo responden por los delitos cometidos por sus directivos y administradores, sino también por sus empleados, pero, a la vez, impone una uniformidad de consecuencias no prevista en los instrumentos jurídicos comunitarios. La trasposición fiel de las Decisiones Marco, la técnica y el fundamento político-criminal del sistema dualista aconsejan diferenciar la gravedad de las penas para las personas jurídicas en cada uno de estos supuestos.

Lo más relevante, sin embargo, en este contexto dualista es que solo en el segundo supuesto –responsabilidad por hechos de los empleados– prevé el Anteproyecto algo que puede entenderse como un criterio específico de imputación del hecho a la persona jurídica, cual es que los empleados hayan



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

“podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control”.

Para que este requisito pueda ser entendido como criterio de imputación a la persona jurídica de su propio hecho y por su propia culpabilidad es imprescindible dotarle de un contenido estructural, es decir, entenderlo como referencia a una conducta social de defecto de control u organización, y no a la omisión individual del deber de control por parte las personas físicas correspondientes. Sin embargo, la reducción del defecto de control a una simple responsabilidad individual se apunta en el artículo 31 bis 3, cuando se refiere a las personas que hubiesen hecho posible los delitos “*por no haber ejercido el debido control*”.

Aunque, como puede comprobarse, la ausencia del debido control puede entenderse como simple omisión dolosa o culposa del deber de control que recae sobre determinadas personas físicas, por ser a éstas a quienes corresponde el correlativo deber de cuidado, lo cierto es que no es ésta la interpretación consolidada en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas que permite una imputación a éstas del hecho como propio. Si el defecto de control se entiende como simple omisión individual de un deber de control, 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, tal y como señaló el informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de 2006.

En consecuencia, el artículo 31 bis 2 debe mejorarse para evitar interpretaciones incompatibles con la atribución del hecho como propio a la persona jurídica. Para ello, es imprescindible una referencia expresa a que la imputación del hecho a la persona jurídica en estos casos se debe a la ausencia de los mecanismos de control adecuados, o, mejor, a un defecto de organización relevante para la comisión del hecho delictivo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Este criterio identificaría una conducta de la propia persona jurídica, al modo de lo que en el derecho penal de sociedades del derecho anglosajón se considera una “conducta de organización contraria a la ley” (*Unlawful Organizational Behavior*). La imputación del hecho a la persona jurídica se fundamenta, entonces, en una estructura defectuosa de funcionamiento, construida, por ejemplo, sobre normas estatutarias o reglamentarias internas que dan soporte a conductas o prácticas ilícitas, o sobre mecanismos contables o de otra naturaleza que permiten camuflar los hechos ilícitos, o bien, en suma, sobre procesos organizativos internos que permiten minimizar el riesgo de detección de las infracciones o de que sean sancionadas.

Según esto, la conducta de las personas jurídicas está sometida a procedimientos operativos estandarizados (*Standard Operating Procedures*), es decir a procedimientos normalizados de trabajo y de toma de decisiones, y la culpabilidad de la persona jurídica se basa, precisamente, en la existencia de prácticas y procedimientos inadecuados por ser ajenos a los estándares de actuación para prevenir la comisión de delitos.

Naturalmente, la imputación por defecto de organización admite las formas dolosa y culposa o imprudente y, por tanto, es compatible con el artículo 5 del Código Penal (“*No hay pena sin dolo o imprudencia*”). A estos efectos, debe tenerse en cuenta que está consolidada la idea de que la conducta dolosa de la empresa se refiere a que tiene capacidad –conocimiento potencial, tal y como exige nuestro Tribunal Constitucional en el ámbito sancionador administrativo- de conocer las normas, es decir la ilicitud de sus procesos organizativos y de la conducta consecuente de sus administradores, directivos y empleados. Basta al respecto que la sociedad no pueda ignorar que la conducta organizativa que se le imputa permite actuar ilícitamente. Se trata, en consecuencia, de una culpabilidad dolosa o imprudente referida al propio defecto de organización y a la relevancia que tiene tal defecto para la comisión de los hechos delictivos en cuestión.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Como puede comprobarse, los criterios de imputación del hecho a la persona jurídica son algo más complejos que la simple referencia al defecto de control relevante para la comisión del hecho al que se refiere el artículo 31 bis 2 conforme al Anteproyecto. Por eso, tal y como se señaló anteriormente, sería recomendable que éste, más que al defecto de control y a la imputación de este defecto a la conducta de determinadas personas físicas, aludiera expresamente al defecto de organización, que es el criterio de imputación del hecho a las personas jurídicas técnicamente más homologable con el derecho, la doctrina y la jurisprudencia comparados.

Pese a las importantes correcciones recién propuestas, lo más llamativo es que este criterio –el defecto de control-, solo se exige en los supuestos de responsabilidad de las personas jurídicas por hechos cometidos por sus empleados (artículo 31 bis 2), pero no cuando los hechos han sido cometidos por los directivos y administradores (artículo 31 bis 1), como si con respecto a éstos no existieran mecanismos legales y estandarizados de control y, por tanto, posibles defectos de organización.

Así pues, con respecto a los directivos y administradores, el Anteproyecto de 2008 sigue claramente un modelo de responsabilidad vicaria (*vicarious liability*) pura¹, es decir, de responsabilidad de la persona jurídica por los hechos de sus directivos o administradores. Esta clase de responsabilidad por transmisión se basa en que solo las personas físicas cometen el delito. Las personas jurídicas son responsables porque se les atribuye el *actus reus* y la *mens rea* de quien es su agente, es decir, del superior que tiene capacidad para actuar en su nombre y obligarla. Por eso, los criterios de imputación a la persona jurídica del hecho ajeno consisten, según este sistema, en que el representante haya actuado en el marco y naturaleza de su empleo y que haya actuado para beneficiar a la empresa.

¹ Responsabilidad vicaria que también se produce en el caso de las actuaciones delictivas de los empleados si la ausencia del debido control se refiere a los superiores, y no al defecto social de organización en cuyo contexto actúan, precisamente, tales superiores y sus empleados.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Como puede comprobarse, el artículo 31 bis 1, no solo regula una responsabilidad vicaria de las personas jurídicas que puede suscitar problemas de constitucionalidad por hacerlas responder por hechos de otros, sino que, además, la regula de forma incompleta, pues ni siquiera exige, como es obligado en este sistema, que el representante haya actuado en el ámbito o ejercicio de sus funciones.

Estas ausencias –no exigencia de un defecto social de organización y no delimitación de la conducta de las personas físicas al marco y ejercicio de sus funciones- provocan una atribución de responsabilidad a la persona jurídica incluso si ésta no padece ningún defecto de organización relevante para la comisión del hecho, como puede suceder, por ejemplo, cuando existe una prohibición seria y expresa de actuar de determinada manera. Es decir, la norma propuesta prevé una responsabilidad penal de la persona jurídica por el mero hecho de que el delito ha sido cometido por el directivo a administrador en beneficio de la persona jurídica. Responsabilidad objetiva, pues, de la persona jurídica.

Para dotar de coherencia a los dos supuestos de responsabilidad de las personas jurídicas es necesario que también el primero –comisión del hecho por los directivos o administradores- incluya un criterio de imputación específico a la persona jurídica por defecto de organización o control con respecto a sus propios directivos y administradores, y, además, que en ambos casos, se exija que las personas físicas que cometen los hechos delictivos lo hagan en el ámbito o con motivo del ejercicio de sus funciones.

La exigencia añadida de que actúen en beneficio de la persona jurídica no es esencial en un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas por sus propios hechos, por lo que, en caso de seguirse las recomendaciones de este informe, debería prescindirse de este requisito en los dos primeros números del artículo 31 bis. Suprimiendo este requisito se



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

ganaría en coherencia político-criminal, pues lo decisivo en un sistema de responsabilidad no vicaria es que el defecto de organización sea relevante para cometer el delito, es decir, el punto de vista de las víctimas y no el de quién resulta beneficiado por el delito.

Si, no obstante, se decide mantener este original sistema dualista de responsabilidad vicaria, entonces debería unificarse, al menos, la exigencia en ambos números de que el autor actúe por cuenta y en beneficio de la persona jurídica, en vez de establecer estos requisitos como alternativos en el número 1 y como acumulativos en el número 2.

1.2. Los delitos que pueden imputarse a las personas jurídicas.

Aunque el inciso primero del artículo 31 bis 1 prevé que la responsabilidad penal solo puede exigirse a las personas jurídicas “*en los supuestos previstos en este Código*”, lo cierto es que las correspondientes normas del Libro II del Código Penal no se limitan a establecer en cada delito las penas que son aplicables a las personas jurídicas de entre las contenidas en el catálogo del artículo 33.7, sino que contienen cláusulas extensivas de su responsabilidad criminal.

En efecto, el texto más frecuentemente utilizado en el Libro II (artículos 177 bis 7, 189.8, 197.3, 264.4, 288, 310 bis, 318 bis, 319.4, 327, 430 y 445.2) es el siguiente:

“Cuando los delitos comprendidos en los capítulos anteriores se hubieren cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de (...)”



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Pues bien, el artículo 31 bis no permite la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas cuando determinadas personas físicas cometan los delitos “*en el marco o con ocasión de las actividades*” de la persona jurídica, sino solo cuando se cumplen los requisitos exigidos en el propio artículo 31 bis. En consecuencia, lo técnicamente correcto es que la previsión de pena en el Libro II esté condicionada exclusivamente a que proceda la declaración de responsabilidad de la persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis.

Esta corrección técnica no es solo de naturaleza formal, ya que, tal y como se indicó más arriba, la exigencia de que la persona física actúe en el ámbito de sus competencias y funciones –lo que no es lo mismo, por cierto, que cometer el delito “*en el marco o con ocasión de las actividades*” de una persona jurídica- debería ser uno de los requisitos exigidos en el artículo 31 bis para poder imputar el hecho a la persona jurídica, y no una parte de las normas sobre previsión de la pena correspondiente a cada delito que permita establecer nuevos presupuestos típicos de misma.

1.3. Las personas jurídicas responsables

El artículo 31 bis 5 delimita las personas jurídicas a las que es aplicable: las “*asociaciones, fundaciones y sociedades*”.

En consecuencia, deben considerarse destinatarios de las normas penales a las personas jurídicas de derecho privado (asociaciones, fundaciones) y de derecho mercantil (compañías colectivas, sociedades comanditarias simples, sociedades anónimas, sociedades comanditarias por acciones, sociedades de responsabilidad limitada), así como las personas jurídicas de derecho público siempre que no actúen en ejercicio de sus actividades públicas, es decir las entidades públicas empresariales a las que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

se refieren los artículos 53 y siguientes de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE).

Cuando el Código Penal de 1995 introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico los delitos societarios, el legislador consideró necesario incluir en el artículo 296 un concepto penal específico de sociedad, que, aunque de naturaleza extensiva, ha evitado problemas interpretativos de los tipos correspondientes.

La regulación por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haría aconsejable la inclusión, asimismo, de una cláusula similar a estos efectos.

Como ejemplo de la utilidad de esta cláusula, obsérvese que, a pesar de que la Exposición de Motivos declara que se ha excluido de este sistema de responsabilidad penal “*al Estado, a las administraciones públicas territoriales e institucionales, a los partidos políticos y a los sindicatos*”, el número 5 del artículo 31 bis no permite excluir, por ejemplo, a las personas jurídicas de derecho público que revistan la forma de fundación o sociedad, pese a que las normas comunitarias excluyen, sin excepción, de la normativa sobre responsabilidad de las personas jurídicas a los Estados u otros organismos públicos que actúan en el ejercicio de la autoridad estatal, de su potestad pública o de sus prerrogativas estatales, o bien como poderes públicos, así como a las organizaciones internacionales públicas (cfr. artículos 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).

1.4. La pena de intervención judicial

Se introduce el número 7 del artículo 33, cuya redacción es la siguiente:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

«7. *Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas al consideración de graves, son las siguientes:*

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

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.»

Con carácter previo al comentario del artículo 129, procede hacer una reflexión sobre la pena o medida de intervención judicial de la letra g) del artículo 33.7. En palabras del Informe al Anteproyecto de 2006 se dijo la respecto que «*su carácter dinámico, sensible a las mutaciones que sufra el estado de la persona jurídica a lo largo del tiempo, parece incompatible con la*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

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, [...] 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, artículo 727.2º LEC) o ejecutivas (administración judicial, artículos 630 y ss. LEC), que se adaptan mejor que la pena a la situación económica de cada momento».

La regulación de esta pena puede tener sentido a fin de preservar los derechos de trabajadores y acreedores de la entidad afectada, por lo que aquélla no debe causar perjuicios a los sujetos protegidos como consecuencia de su inoportunidad por agotamiento o inactividad de la empresa; sin embargo, su configuración como pena o medida de duración determinada impide la flexibilidad que permitiría su naturaleza de medida de seguridad. Además de comportarse como medida cautelar durante el proceso de declaración, sería más oportuno técnicamente regular esta intervención judicial como medida de seguridad revisable en el momento de su ejecución, de acuerdo con la propuesta que más adelante se expone de implantar medidas de seguridad específicas aplicables a personas jurídicas.

Asimismo, debería suprimirse, por ausencia de contenido jurídico, la expresión "en la medida de lo posible" del artículo 66.3, a la hora de determinar los criterios de aplicación de las penas a imponer a las personas jurídicas.



1.5. El artículo 129

Se modifica el artículo 129, que queda redactado como sigue:

“1. El Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de los respectivos titulares o representantes si los hubiere, podrá imponer motivadamente a las asociaciones, sociedades, organizaciones y empresas, como medidas orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma, las privaciones y restricciones de derechos enumeradas en el artículo 33.7.

2. Será requisito necesario para la imposición de las medidas que el delito objeto de la condena haya sido cometido por quien o quienes dirijan o controlen la actividad de la asociación, sociedad u organización o por los miembros de la misma cuando su actuación delictiva haya sido ordenada, instigada o permitida por los primeros.

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.”

La Exposición de Motivos explica la coexistencia de las mismas medidas y penas aplicables a personas jurídicas en los siguientes términos:

“Esa responsabilidad [la del artículo 31 bis] predictable de las asociaciones, las fundaciones y las sociedades, quedando excluido de la misma el Estado, las administraciones públicas territoriales e institucionales, los partidos políticos y los sindicatos, únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Para los demás casos, el nuevo artículo 129, que antes regulaba las consecuencias accesorias, abre la posibilidad de que las medidas del artículo 33.7 puedan acordarse con carácter preventivo para cualquier organización, con o sin personalidad jurídica, siempre que el delito objeto de la condena haya sido cometido por quienes dirijan o controlen la actividad de la organización o por los miembros de la misma cuando su actuación delictiva haya sido ordenada, instigada o permitida por aquellos.”

1.5.1. Penas y medidas para asociaciones y sociedades

Una vez más, el contenido del artículo 129 no corresponde con lo que de él se predica en la Exposición de Motivos. En efecto, la referencia en ésta a “*los demás casos*” indica claramente que el artículo 129 pretende ser aplicable a todos los demás delitos –sistema de *numerus apertus*-, pero también que es aplicable a otras personas jurídicas no incluidas en el artículo 31 bis, aspecto éste que confirma el propio texto del artículo 129 cuando alude a las “*organizaciones y empresas*”.

Ahora bien, es posible que el artículo 129 responda a la pretensión político-criminal de regular un régimen penal específico para las personas jurídicas no comprendidas en el artículo 31 bis, pero el texto propuesto no permite solo esa interpretación.

Por el contrario, el artículo 129 prevé que a las asociaciones y sociedades también les son aplicables las medidas en él previstas, y no excluye que, además, puedan ser penadas a través del artículo 31 bis. Las condiciones para la aplicación de las penas y las medidas son diferentes y no hay norma alguna que las declare excluyentes entre sí. En consecuencia, las asociaciones y sociedades pueden ser penadas cuando se cumplan los requisitos del artículo 31 bis y también sometidas a las mismas consecuencias, pero denominándolas medidas, cuando se cumplan los del artículo 129.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Parecería lógico que este sistema dual de penas y medidas fuera aplicable también a las fundaciones, que están expresamente aludidas en el artículo 31 bis, pero, sin embargo, no lo están en el artículo 129. La consecuencia sistemática debería ser, en consecuencia, que éstas solo pueden ser penadas, pero no sometidas a las medidas del artículo 129, aunque se cumplan los demás requisitos exigidos en éste. Naturalmente, siempre es posible concluir que, pese a no estar expresamente aludidas en el artículo 129, pueden, no obstante, ser sometidas a sus medidas como organizaciones, término éste que sí se encuentra en el artículo 129 y que es tan genérico que, desde luego, es capaz de incluir a las fundaciones. Esta forma espuria de evitar la interpretación sistemática podría y debería corregirse fácilmente: si la pretensión del Anteproyecto es incluir a las fundaciones en el ámbito de aplicación del artículo 129, entonces lo técnicamente procedente es no olvidarse de mencionarlas en él, al igual que se hace en el artículo 31 bis. La alternativa, es decir, dejarlas fuera del artículo 129, pese a que se mantienen en él todas las demás formas organizativas posibles, es arbitraria.

Con independencia de lo anterior, el Anteproyecto de 2008 establece un doble sistema de consecuencias jurídicas para las sociedades y asociaciones, de tal manera que unas -las penas- derivan de la actuación delictiva de sus directivos, administradores y empleados en las condiciones descritas en el artículo 31 bis, y otras, sin embargo, -las medidas- de que los delitos hayan sido cometidos por quienes *“dirijan o controlen la actividad de la asociación, sociedad [u organización] o por los miembros de la misma cuando su actuación delictiva haya sido ordenada, instigada o permitida por los primeros”*.

Este doble sistema para las asociaciones y sociedades es desconocido en la doctrina y carece de sentido político-criminal y de punto de comparación en derecho comparado. Si el Anteproyecto da el paso de incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal, debe incluir allí todos los supuestos que hacen merecedores de consecuencias



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

penales a las asociaciones y sociedades, sobre todo si, como es el caso, las penas y las medidas son idénticas. Lo contrario supone una ampliación arbitraria de la fuente de su responsabilidad mediante un simple fraude de etiquetas: penas en unos casos y las mismas penas, pero denominándolas medidas, en otros.

Además, puesto que el artículo 129 no contiene referencia alguna al *numerus clausus* de delitos, la conclusión debería ser que las sociedades y asociaciones responden penalmente por los concretos delitos cometidos por sus directivos, administradores y empleados expresamente previstos en la ley –artículo 31 bis– y, además, pueden ser objeto de medidas por todos los demás delitos cometidos por quienes dirigen o controlan la sociedad o asociación, u ordenan, instigan o permiten la comisión de los delitos.

La conclusión crítica es, pues, en síntesis, que la previsión de un *numerus clausus* de delitos en el artículo 31 bis es artificial y simbólica, está vacía de contenido, ya que el artículo 129 permite la aplicación de las mismas penas, pero denominándolas medidas, en todos los demás delitos y con unas exigencias más laxas que las del artículo 31 bis en cuanto a las actuaciones de las personas físicas que fundamentan la imposición de las medidas a las personas jurídicas.

Es de hacer notar que, tal y como se ha señalado antes, el artículo 129 no prevé restricción alguna en cuanto a la clase de delito que puede originar la imposición de una medida a la persona jurídica. No obstante, una restricción elemental debe deducirse de la finalidad de las medidas, que, según el artículo 129.1 es la prevención de “*la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma*”. Parece claro, por tanto, que los delitos cometidos por las personas físicas que pueden fundamentar la imposición de las medidas a las asociaciones y sociedades deben, al menos, tener relación con la actividad de las mismas o con los efectos de tal actividad.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

De todo lo anterior se deduce que, tal y como se concluyó antes, las asociaciones y sociedades deberían desaparecer del artículo 129, tal y como está regulado en el Anteproyecto, y estar sometidas exclusivamente al régimen de responsabilidad penal del artículo 31 bis.

No obstante, se comparte la pretensión político-criminal de que puedan serles aplicables a estas personas jurídicas cautelarmente (artículo 129.3) algunas consecuencias similares a las del artículo 33.7. Bastaría para esto prever las medidas cautelares concretas en el propio artículo 31 bis, aunque con distinta duración y régimen de aplicación que las penas correspondientes, pues imponer cautelarmente la misma pena correspondiente al delito sería anticipar el cumplimiento de la condena, con la consiguiente lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia (24.2 CE). Se trataría, en tal caso, de someter estas medidas cautelares restrictivas de derechos a los mismos requisitos para la imputación (indiciaria) de responsabilidad penal a estas personas jurídicas, en vez de exigir unos presupuestos en cuanto a la conducta de las personas físicas –los del artículo 129– para la imposición de las medidas cautelares, y otros –los del artículo 31 bis– para la de las penas.

No obstante, debe dejarse constancia de que el Código Penal no es el cuerpo jurídico adecuado para la regulación de las medidas cautelares a imponer a las personas jurídicas, sino la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Si, tal y como se está proponiendo, se excluyeran expresamente del artículo 129 a las sociedades y asociaciones [y fundaciones], es decir, las personas jurídicas sometidas al régimen de responsabilidad penal del artículo 31 bis, y se previera en este mismo artículo o, mejor, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el régimen de las medidas cautelares aplicables a éstas, quedaría técnica y políticamente delimitado el auténtico fundamento de la coexistencia de los artículos 31 bis y 129 en el Código Penal: El artículo 129 trataría, entonces, de someter a un régimen de medidas, no de penas, a las personas jurídicas no incluidas en el ámbito de aplicación del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

artículo 31 bis -las organizaciones y empresas²- y, además, hacerlo sin *numerus clausus* de delitos, aunque éstos deban tener relación con la actividad de tales personas jurídicas.

1.5.2. Las organizaciones y empresas

Tal y como explica la Exposición de Motivos, del ámbito de aplicación del artículo 31 bis están excluidos “el Estado, las administraciones públicas territoriales e institucionales, los partidos políticos y los sindicatos”. Consecuentemente, ninguno de estos entes jurídicos caben, en efecto, en los conceptos de “asociaciones, sociedades y fundaciones” a los que se refiere el artículo 31 bis.

Resulta claro, por tanto, que la inclusión de las “organizaciones” en el ámbito objetivo de aplicación del artículo 129 no solo hace posible su aplicación a entes irregulares y sin personalidad jurídica, tal y como preveía el Anteproyecto de 2006 con respecto a esta últimas e indicó el informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de 2006, sino que también permite que los partidos políticos, los sindicatos e, incluso, los entes territoriales e institucionales estén sujetos al régimen de medidas previsto en dicho artículo, aunque no al de las penas derivadas del artículo 31 bis. Un problema añadido respecto a las organizaciones sin personalidad jurídica se plantea respecto al modo en que han de actuar en el proceso, ya que siendo preceptivo que sean oídas a través «de los respectivos titulares o representantes si los hubiere», esta fórmula se limita a constatar el problema de representación que puede suscitarse si la entidad carece de personalidad jurídica, pero no proporciona una solución. A estos efectos, se sugiere que en la legislación procesal penal se prevea esta hipótesis, como lo está para el proceso civil en el artículo 7 de la LEC.

La naturaleza subsidiaria y fragmentaria del derecho penal y el principio constitucional de legalidad de las penas y medidas aconsejarían una restricción

² Al menos, en aquellos casos en los que una empresa no es, a la vez, una sociedad.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

expresa del ámbito objetivo de aplicación del artículo 129, en el doble sentido de excluir expresamente a los entes públicos territoriales e institucionales, que deben seguir sometidos exclusivamente a la legislación no penal al respecto, y de establecer un *numerus clausus* de delitos cometidos por las personas físicas que pueden provocar la aplicación del artículo 129, mediante la referencia a que solo serán aplicables las medidas en los casos expresamente previstos en el Código Penal, tal y como prevé el vigente artículo 129. A este respecto era preferible el Anteproyecto de 2006, en cuyo el apartado 1 se preveía la aplicación del artículo 129 tan solo “*en los supuestos previstos en este Código*”

A este respecto se debería superar la contradicción existente entre la pretensión de generalidad o *numerus apertus* del artículo 129, con arreglo a la Exposición de Motivos del Anteproyecto, y la previsión ocasional en artículos del propio texto (cfr. artículos 288 y 302.2) de la adopción de esta medida, lo que podría dar lugar a la razonable interpretación de que solo pueda ser de aplicación la medida cuando esté expresamente prevista en los tipos de la parte especial.

Finalmente, y con independencia de que las precisiones anteriores deben enmarcarse en el contexto de lo que se mantiene a continuación sobre la naturaleza de las medidas a las que se refiere el artículo 129, debe dejarse constancia de la conveniencia de que estas organizaciones sean sometidas también a un sistema de medidas cautelares específico, al igual que se ha mantenido con respecto a las asociaciones y sociedades, pero el cuerpo jurídico adecuado al respecto es la Ley de Enjuiciamiento Criminal y no el Código Penal.

1.5.3. La naturaleza de las medidas a las que se refiere el artículo 129 y la conveniencia de regular un sistema específico de medidas de seguridad para las personas jurídicas.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Sin embargo, las precisiones anteriores no resuelven el principal problema técnico y de constitucionalidad que plantea el artículo 129, cuya solución pasa por la supresión de este artículo y su sustitución, en su caso, por un sistema específico de medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas.

En efecto, el Anteproyecto de 2008 introduce en el artículo 129 un *tertium genus* en el sistema de consecuencias jurídicas del delito, tal y como ya hiciera el Código Penal de 1995 cuando introdujo este mismo artículo en el peculiar y duramente criticado concepto de “*consecuencias accesorias*”, junto al comiso. Desaparecidas del artículo 129 estas consecuencias accesorias, se introduce, sin embargo, en él el concepto de “*medida*”, es decir, una consecuencia a aplicar a las personas jurídicas que pretende no ser pena, ni tampoco medida de seguridad.

No teniendo la naturaleza jurídica de las penas, estas medidas no estarían sujetas a los principios o criterios de imputación objetiva y subjetiva del hecho a las personas jurídicas; y, a su vez, por no ser medidas de seguridad, no entran en colisión con la regulación de éstas en el Título IV del Libro I del Código Penal.

Sin embargo, la pretendida diferencia con las penas es puramente nominal, pues las medidas del artículo 129 son, por remisión expresa desde éste, “*las privaciones y restricciones de derechos enumeradas en el artículo 33.7*”. Artículo que regula, precisamente, “*las penas aplicables a las personas jurídicas*”.

La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos impide que una multa, la disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividades, la clausura de sus locales, etcétera, puedan dejar de ser penas por el simple hecho de que, además de seguir siéndolo, se las denomine también de otra forma. Lo decisivo, al respecto, no es el nombre, sino el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

contenido material de la consecuencia jurídica y su régimen de aplicación. La pretensión, por tanto, de eludir toda la teoría de la imputación penal –y, por tanto, los presupuestos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas regulados en el artículo 31 bis- mediante un simple cambio de nombre, carece de cobertura teórica y constitucional.

Frente a ello no puede oponerse que algunas penas también coinciden nominalmente en el Código Penal vigente con ciertas medidas de seguridad. Es cierto que algunas medidas de seguridad no privativas de libertad del artículo 96 coinciden en nuestro Código Penal con el *nomen iuris* de algunas penas privativas de derechos del artículo 33, como sucede con la privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, la privación del derecho a residir en determinados lugares y de acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximarse a la víctima, etcétera. No obstante, en estos casos la coincidencia es puramente nominal, pues su duración y aplicación son radicalmente diferentes, conforme a su no menos radical diferencia de naturaleza y fundamento. Por eso, el artículo 96 no se limita a remitirse a determinadas penas del artículo 33, como hace, sin embargo, el artículo 129 con respecto al 33.7, sino que en aquél se enumeran las medidas de seguridad, conforme exige el principio de legalidad, pero, además, en el propio Título IV se regulan sus presupuestos, fundamento, duración y régimen de aplicación, todo ello de forma completamente diferente de las penas con las que algunas medidas de seguridad coinciden nominalmente.

En consecuencia, el Anteproyecto de 2008, más que un artificial e inconstitucional *tertium genus* en materia de consecuencias jurídicas del delito, podría haber desarrollado un auténtico sistema de medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas, a modo de Capítulo III del Título IV del Libro I del Código Penal. Este sistema de medidas de seguridad, no solo debería regular su contenido, duración y régimen de cumplimiento –conforme exigen los artículos 1.2 y 3 del Código Penal-, que tendrían que ser diferentes



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

de las penas, sino también los presupuestos de peligrosidad de la persona jurídica que justificarían la imposición de las medidas de seguridad a imponer a las personas jurídicas o, al menos, a las “organizaciones”.

2) LIBERTAD VIGILADA

Puesto que son varias las normas del Anteproyecto de 2008 referidas a la libertad vigilada que es preciso analizar conjuntamente, se reproducen a continuación a efectos de la mejor comprensión del análisis de las reformas propuestas.

Se añade la letra j) al apartado 2 y se añade la letra l) del apartado 3 del artículo 33:

“2. Son penas graves:

j) *La libertad vigilada por tiempo superior a cinco años.*

3. Son penas menos graves:

l) *La libertad vigilada de uno hasta cinco años.”*

Artículo 39. Se añade la letra k):

“Son penas privativas de derechos:

k) *La libertad vigilada.”*

El actual apartado 5 del artículo 40 pasa a ser el apartado 6, y el apartado 5 queda redactado como sigue:

“5. *La pena de libertad vigilada tendrá una duración de uno a veinte años.”*

Se añade el artículo 49 bis, con la siguiente redacción:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

"1. La pena de libertad vigilada tendrá siempre carácter de pena accesoria. Esta pena consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial durante el tiempo que se señale en la sentencia a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las obligaciones señaladas en el apartado siguiente, que el juez de vigilancia determinará en la fase de ejecución. El cómputo de esta pena comenzará a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

2. La pena de libertad vigilada llevará consigo todas o alguna de las siguientes obligaciones:

- a) la de estar siempre localizable.*
- b) la presentación periódica en el lugar que se establezca.*
- c) la de comunicar inmediatamente cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.*
- d) la prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida.*
- e) la de no aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.*
- f) la de no comunicarse con las personas previstas en la letra anterior.*
- g) la de no acudir a determinados lugares o establecimientos.*
- h) la de no residir en determinados lugares.*
- i) la de no desempeñar determinadas actividades que pueda aprovechar para cometer hechos punibles de similar naturaleza.*
- j) la de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.*
- k) la de seguir tratamiento médico externo.*

3. Para garantizar el cumplimiento efectivo de esta pena, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios electrónicos que permitan la localización y seguimiento permanente del reo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

4. Durante la fase de ejecución el Juez de Vigilancia, oído el Ministerio Fiscal, concretará las obligaciones del condenado, pudiendo modificarlas en lo sucesivo conforme a la evolución del reo, y controlará su cumplimiento, requiriendo periódicamente los informes que considere necesarios a las Administraciones públicas correspondientes. Las demás circunstancias de ejecución de esta pena se establecerán reglamentariamente.

5. El Juez de Vigilancia Penitenciaria, oídos el Ministerio Fiscal y el interesado, podrá en cualquier momento reducir la duración de la libertad vigilada o dejarla sin efecto siempre que en vista del pronóstico positivo de reinserción se considere innecesaria la continuidad de las obligaciones impuestas.

6. En caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a vista de las circunstancias concurrentes y oído el Ministerio Fiscal, podrá modificar las obligaciones, o bien deducir testimonio para proceder de conformidad con lo establecido en el artículo 468.”

Se añade el artículo 57 bis, con la siguiente redacción:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores de este capítulo, la pena accesoria de libertad vigilada será impuesta por el Juez o Tribunal junto con la pena principal privativa de libertad en los siguientes casos:

- a) Cuando el autor haya sido condenado por uno o más delitos del Título VIII del Libro II de este Código.*
- b) Cuando el autor haya sido condenado por un delito de terrorismo de la sección segunda del Capítulo V del Título XXII de este Código, a una pena privativa de libertad igual o superior a diez años, o por dos o más*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

delitos de terrorismo de la citada sección habiéndose apreciado la agravante de reincidencia en cualquiera de ellos.

2. En caso de que el delito fuera grave la libertad vigilada tendrá una duración de entre diez y veinte años, y si el delito fuera menos grave, entre uno y diez años. En los supuestos de reincidencia, habitualidad, pluralidad de delitos o extrema gravedad, el Juez o Tribunal impondrá la pena en su mitad superior. Cuando no concurran los anteriores supuestos impondrá la pena en la extensión que estime adecuada en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la naturaleza del hecho delictivo.”

Se modifica el apartado 2 del artículo 468, que queda redactado como sigue:

“2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la pena de libertad vigilada.”

2.1. El derecho comparado como fundamento de la necesidad de introducir la libertad vigilada en nuestro ordenamiento jurídico.

El derecho comparado conoce diferentes formas de libertad vigilada posteriores al cumplimiento de la pena, aunque están reguladas generalmente como medidas de seguridad dirigidas a contrarrestar un estado de peligrosidad deducido de la comisión de determinados delitos.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

El Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de 2006 contiene un detallado análisis de los párrafos 68 y siguientes concordantes del Código Penal alemán, que regula la imposición de la medida de vigilancia orientadora a quienes son condenados a una pena privativa de libertad de al menos seis meses de prisión por la comisión de un delito para el que la ley prevea específicamente esta medida. La medida se fundamenta en el pronóstico de peligro de que estas personas cometerán delitos tras el cumplimiento de la pena.

Tal y como analizó el citado Informe del CGPJ, la vigilancia orientadora es una forma de libertad vigilada que exige la designación judicial de un establecimiento de vigilancia y de un asistente o agente de la vigilancia, que tienen por función supervisar la conducta del condenado y el cumplimiento de las obligaciones que le hayan sido impuestas.

Estas obligaciones o instrucciones al condenado tienen un contenido muy similar al de las previstas en el artículo 49 bis que introduce el Anteproyecto de 2008, si bien la duración de esta medida es muy inferior –de dos a cinco años– a la prevista en el Anteproyecto.

El Código Penal alemán prevé la imposición de esta medida por determinados delitos sexuales (§ 181 b), de lesiones (§ 228), contra la libertad de las personas (§ 239), robo y extorsión (§ 256), blanqueo y receptación (§ 262) y contra la seguridad colectiva (§ 321).

En la mayor parte de los Estados de Estados Unidos de América están previstas medidas de vigilancia para los delincuentes sexuales. El Estado de Washington aprobó por primera vez la “*Community Protection Act*” que, además de registros para delincuentes sexuales, introdujo la medida denominada “*civil commitment*” o “*involuntary commitment*”. En realidad, no se trata de una libertad vigilada, sino de un internamiento civil posterior al cumplimiento de la pena por la peligrosidad para la comunidad, cuya duración



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

puede ser indeterminada, ya que su término depende de que la persona deje de representar un peligro para la sociedad. En la actualidad el modelo de las “*Sexual Violent Predators-Laws*” se ha generalizado en los Estados Unidos de América.

El equivalente a nuestra libertad vigilada en EEUU es la “*lifetime supervisión*”, que consiste en el sometimiento a control tras el cumplimiento de la pena de prisión. Esta medida puede ser perpetua. El control consiste en dar cuenta de cambios profesionales, de domicilio y otras actividades a un funcionario (“*parole officer*”), que puede denegar ciertos movimientos. Junto a la “*lifetime supervisión*” suelen acordarse medidas complementarias, a cuyo cumplimiento queda obligado adicionalmente el sujeto vigilado: prohibición de poseer pornografía, de consumir alcohol, sometimiento a determinados programas, etcétera.

En el Reino Unido existen dos modalidades similares a la libertad vigilada. Según la *Criminal Justice Act* de 2003, la comisión de dos delitos sexuales, unida al riesgo de repetición futura, justifica una “*extended sentence*”, o bien una “*indeterminate sentence*”. La primera consiste en el sometimiento del sujeto a un periodo de seguridad tras el cumplimiento de la pena. La segunda, que está prevista para los supuestos más graves, puede consistir en una “*sentence for public protection*”, cuya duración mínima no puede ser inferior a diez años de prisión, o bien, simple y llanamente, en la imposición de una pena de cadena perpetua (“*life sentence*”).

En Australia, la *Dangerous Sexual Ofenders Act* de 2006 prevé prisión indeterminada o libertad vigilada, si tras la prisión subsiste el pronóstico de peligrosidad.

En Canadá, la sentencia puede declarar al reo “*delincuente a controlar*”, en cuyo caso se verá sometido a un período de vigilancia comunitaria de diez años como máximo después de cumplir una pena de prisión de, al menos, diez



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

años (artículo 753.1 CP canadiense). La sentencia también puede declarar al condenado “*delincuente peligroso*”, en cuyo caso puede permanecer encarcelado de forma indefinida, o bien tras un cumplimiento efectivo en prisión no inferior a siete años, es decir, sin libertad condicional, puede ser sometido a vigilancia continua.

En Francia, la Ley de 17 de junio de 1998, relativa a la prevención y represión de las infracciones sexuales prevé la denominada vigilancia socio judicial, que puede ir acompañada o no de la imposición de tratamiento. Esta medida puede ser acordada en sentencia o tras el cumplimiento de la pena de prisión por parte del juez de aplicación de las penas. Ahora, la Ley 2007/1198, de 10 de agosto, impone límites obligatorios de cumplimiento en caso de reincidencia.

En suma, el derecho comparado de nuestro entorno prevé medidas de control del condenado por la comisión de determinados delitos –generalmente sexuales– tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

2.2. La libertad vigilada ya existe en España en el derecho penal de menores

Tal y como el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de 2006 recordó, la libertad vigilada está regulada expresamente en artículo 7.1, h) de la vigente LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Esta medida de intervención activa en la educación y resocialización del menor puede consistir en 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 señalen la entidad pública o el profesional encargados de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

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.

2.3. Relación entre la pena de libertad vigilada y otras penas accesorias de posible cumplimiento sucesivo a la de prisión.

El artículo 39 del Código Penal prevé entre las penas privativas de derechos "*la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos*" [letra f]), "*la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal*" [letra g]), y "*la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal*" [letra h])), con el contenido que más adelante prevé el artículo 48. Estas penas accesorias coinciden con una parte de las "obligaciones" que la pena de libertad vigilada lleva aparejada a tenor de las letras e), f), g) y h) del apartado 2 del artículo 49 bis.

A su vez, el artículo 57, ubicado en la sección dedicada a las penas accesorias, dispone lo siguiente:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

«1. Los jueces o tribunales, en los delitos [...] contra [...] la libertad e indemnidad sexuales [...] atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 (prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal) por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.

[...]»

La introducción en el Código Penal del artículo 57 bis que propone el Anteproyecto implica que los delitos contra la indemnidad y la libertad sexuales podrán ser penados con las penas accesorias del artículo 57 y con la nueva pena de libertad vigilada.

El régimen de aplicación de ambas clases de penas es, sin embargo, muy diferente. En primer lugar, porque las penas accesorias del artículo 57 tienen que cumplirse, la menos en parte, de forma simultánea a la pena de prisión, en tanto que la libertad vigilada ha de cumplirse siempre después de la pena privativa de libertad; y, en segundo lugar, porque las penas accesorias del artículo 57 no están sujetas al régimen de determinación de su contenido, y posible revisión de su duración o cancelación por el Juez de Vigilancia Penitenciaria que prevé, sin embargo, el artículo 49 bis 5 para la pena de libertad vigilada.

Debido a la prohibición constitucional de *bis in idem*, es indiscutible que, dada la identidad de fundamento, ambas clases de penas accesorias no pueden ser impuestas a la vez a la misma persona por el mismo hecho.

A esto se refiere el artículo 57 bis cuando prevé que la pena de libertad vigilada se impondrá "sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores de este capítulo", es decir, a los efectos de este informe, sin perjuicio de los dispuestos en el artículo 57. El juez tendrá, por tanto, la razonable opción de someter los delitos contra la indemnidad y libertad sexuales al régimen más inflexible, pero más breve y de cumplimiento simultáneo, del artículo 57, o bien al de la libertad vigilada del artículo 57 bis.

No obstante, para evitar dudas interpretativas podría ser aconsejable que el artículo 57 bis expresara más claramente la posible opción por uno de los dos sistemas de penas accesorias.

2.4. El sistema progresivo de cumplimiento de las penas de prisión y la necesidad de normas que aseguren su compatibilidad con el cumplimiento posterior de la pena de libertad vigilada.

El hecho de que la pena accesoria de libertad vigilada tenga que cumplirse, según el Anteproyecto de 2008, tras el cumplimiento progresivo de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

la pena de prisión previsto en la LOGP y en su Reglamento, fuerza a analizar esta nueva pena en ese contexto legal.

Aunque el artículo 49 bis) 4 según el Anteproyecto de 2008 prevé que las circunstancias sobre la ejecución de esta pena, más allá de las señaladas en el propio artículo, se desarrollarán reglamentariamente, el análisis técnico de la misma padece insuficiencias esenciales, si, como es el caso, la reforma penal no viene acompañada de las concretas y simultáneas reformas reglamentarias (o en el propio Código Penal) sobre el cumplimiento de esta pena.

En consecuencia, el informe no puede prescindir de referirse a los requisitos básicos de la ejecución de esta pena, pese a la remisión contenida en el Anteproyecto de 2008 a una futura regulación reglamentaria. El artículo 49 bis) 4 es, pues, el primer objeto de análisis crítico, precisamente por no ir acompañado de estas normas esenciales para el análisis de la pena de libertad vigilada y no prever, tampoco, aspectos esenciales de la ejecución de esta pena en el propio Anteproyecto.

En efecto, en el Anteproyecto de 2008 la libertad vigilada se configura como una pena que se impone en la sentencia como accesoria de la privativa de libertad, cuya duración puede alcanzar veinte años, cuyo cumplimiento es posterior al de la pena de prisión, y cuyo contenido tiene que ser determinado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria tras el cumplimiento de la pena de prisión.

De acuerdo con nuestra legislación penitenciaria, la libertad vigilada está, pues, llamada a ejecutarse después de la fase de libertad condicional de cumplimiento de la pena de prisión, o bien después de una pena de prisión cumplida de modo excepcional sin acceso a la libertad condicional, pero sometida, en todo caso, al sistema de progresión en el grado en cuanto al régimen de cumplimiento. Progresión que, según la legislación penitenciaria,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

depende fundamentalmente de la evolución periódicamente revisada por la Administración penitenciaria de los efectos del tratamiento penitenciario individualizado.

Teniendo esto en cuenta, sería incompatible con el régimen progresivo penitenciario, que se basa en el modelo constitucional diseñado en el artículo 25.1 de la Constitución, que la libertad vigilada pudiese suponer una obligación legal para el Juez de Vigilancia Penitenciaria de imponer al penado un retroceso con respecto al régimen de cumplimiento de la pena de prisión en libertad condicional, en caso de que el condenado haya accedido al mismo, es decir, un viaje hacia un régimen más restrictivo que ésta o, incluso, más restrictivo que el tercer grado penitenciario.

En suma, la libertad vigilada tiene que cumplirse de forma compatible en cuanto a las obligaciones que impone al condenado con el sistema progresivo de cumplimiento de las penas de prisión.

Así pues, allí donde el progreso individual del sujeto le haya hecho merecedor de la libertad condicional o del tercer grado penitenciario, la libertad vigilada no debería poder ser más gravosa que éstos, si no concurren nuevos elementos de juicio que acrediten la necesidad de un régimen más restrictivo debido a un juicio de peligrosidad inexistente en las fases previas de cumplimiento de la pena de prisión.

Esto obliga a prestar especial atención a las llamadas obligaciones que pueden integrar la libertad vigilada, así como a los sistemas para garantizar su cumplimiento.

La vigilancia electrónica, por ejemplo, está prevista en el artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario como un instrumento idóneo para el cumplimiento de la pena de prisión en el tercer grado penitenciario, en la medida en que se supedita al consentimiento del reo en semilibertad y opera



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

como sustitutivo de la pernocta, es decir, de una medida más restrictiva de la libertad. La extensión de estos mecanismos de control a un preso que se encuentra disfrutando de la libertad condicional, por ejemplo, ha de justificarse con nuevos elementos de juicio que acrediten la necesidad de un régimen vital más restrictivo. Lo mismo debería preverse con respecto a quienes son condenados a la pena de libertad vigilada, ya que ésta implica un retroceso con respecto al régimen de cumplimiento de la pena de prisión, cuando éste, como es normal, ha sido progresivo y ha permitido el acceso al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional.

Sería, pues, técnicamente necesario que el desarrollo reglamentario simultáneo de la ejecución de la pena de libertad vigilada, o bien este mismo artículo, incluyera normas específicas sobre el cumplimiento de la pena de libertad vigilada que evitaran antinomias y retrocesos penitenciarios con respecto al régimen de cumplimiento de las penas de prisión.

Deben, pues, considerarse condiciones imprescindibles para la ejecución de la pena de libertad vigilada, en primer lugar, que el penado no haya cumplido antes la parte correspondiente de la pena de prisión en régimen de libertad condicional, por no haber reunido los requisitos correspondientes, salvo que exista un pronóstico de peligrosidad posterior e inexistente en esta fase previa de cumplimiento de la pena de prisión, y, en segundo lugar, con el mismo fundamento y con la misma salvedad, que se excluya la posibilidad de ejecutar esta pena mediante obligaciones o sistemas de control que supongan un régimen de vida más restrictivo que el del tercer grado penitenciario, en caso de que el penado haya accedido a él.

Ambas condiciones son materia de ley orgánica, porque se refieren directamente al desarrollo de los derechos fundamentales que resultan afectados por las restricciones de derechos que implica la pena de libertad vigilada, y son coherentes con el fundamento político-crílminal de la libertad vigilada.



Por último, ha de observarse que el régimen general de prescripción de las penas accesorias puede ser inadecuado para la pena de libertad vigilada. La reforma no contempla ninguna previsión específica a este respecto, por lo que serán de aplicación los plazos de diez años previsto para las *restantes penas graves* y de cinco años para las penas menos graves. Consecuentemente, para un delito al que se impusiera una pena de 10 a 12 años de prisión, como por ejemplo de violación (artículo 179), debido a que el inicio del cómputo del plazo de prescripción se produce desde la firmeza de la sentencia, la pena de libertad vigilada habría prescrito en el momento de comenzar su ejecución. Por tal motivo, habría que contemplar una excepción a la regla según la cual el cómputo de la prescripción de las penas accesorias se corresponde con el de la pena principal. Al ser el fundamento de esta nueva pena un juicio de peligrosidad más propio de una medida de seguridad que de una pena, puede adoptarse la fórmula prevista en el artículo 135.3, según el cual «*[s]i el cumplimiento de una medida de seguridad fuere posterior al de una pena, el plazo se computará desde la extinción de ésta*», lo que incluye la extinción de la pena de prisión por prescripción, por lo que existiendo un pronóstico de peligrosidad del penado que determine la necesidad de la pena de libertad vigilada, el *dies a quo* del plazo de prescripción de esta pena sería la fecha de prescripción de la pena privativa de libertad.

2.5. La necesidad de prever la figura del asistente o agente de ejecución de la libertad vigilada en el propio Anteproyecto, y de desarrollar su estatuto y funciones en la regulación reglamentaria sobre el cumplimiento de la pena de libertad vigilada, así como de regular en el Anteproyecto la necesidad de determinados informes al respecto.

La regulación propuesta atribuye al Juez de Vigilancia Penitenciaria la competencia sobre la ejecución de esta nueva pena, pero esa función jurisdiccional es de imposible cumplimiento racional si el juez no cuenta con medios personales que le faciliten los informes necesarios.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

El artículo 49 bis 4) debería prever, por tanto, en primer lugar, la obligación de la Administración penitenciaria de remitir al Juez de Vigilancia Penitenciaria un informe específico previo al comienzo de la ejecución de la pena de libertad vigilada, al modo del que está previsto en la legislación penitenciaria para el acceso a la libertad condicional. La Administración penitenciaria puede formular, ciertamente, pronósticos racionales de peligrosidad del reo basados en sus antecedentes durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Junto a este primer informe específico, olvidado en el Anteproyecto, deben introducirse, asimismo, normas que aseguren los informes pertinentes también durante el cumplimiento de la pena de libertad vigilada, ya que el artículo 49 bis) 4 conforme al Anteproyecto prevé los informes periódicos correspondientes, pero se limita a referirse a que serán realizados por “*las Administraciones públicas correspondientes*”, sin fijar la periodicidad de los mismos, ni prever los medios personales especializados para su elaboración.

Fijar el plazo periódico de revisión obligatoria de los informes y, por tanto, de revisión del contenido y duración de la libertad vigilada es una condición constitucionalmente imprescindible para evitar la arbitrariedad y la inseguridad jurídicas.

Pero, además, para que el Juez de Vigilancia Penitencia pueda cumplir adecuadamente su función de control del cumplimiento de la pena de libertad vigilada, es, asimismo, imprescindible la previsión reglamentaria simultánea, o bien en el propio artículo 49 bis 4, de los agentes administrativos de control de la ejecución de esta pena, a la manera del agente responsable de la *FührungsAufsicht* al que se refiere el Código Penal alemán, que debe ser responsable ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Estos agentes no sólo han de cumplir las funciones de control del penado y de información al Juez de Vigilancia Penitenciaria, sino que son,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

además, quienes están llamados a orientar al juez, precisamente, sobre el cambiante contenido de la concreta ejecución de la pena de libertad vigilada, de acuerdo con sus finalidades de aseguramiento del colectivo social y de reinserción social.

2.6. El quebrantamiento de la pena de libertad vigilada

El artículo 468 en términos del Anteproyecto de 2008 establece que se impondrá la pena del quebrantamiento de condena (prisión de seis meses a un año) “*a aquellos que quebrantaren la pena de libertad vigilada*”.

Esta regulación es contradictoria con la contenida en el artículo 49 bis) 6, ya que éste no prevé la pena por quebrantamiento de condena como único efecto en caso de incumplimiento de las obligaciones de la libertad vigilada, sino también la modificación de las obligaciones del penado. Esta incoherencia se produce, precisamente, porque el quebrantamiento de la pena de libertad vigilada solo puede tener lugar mediante el incumplimiento de las obligaciones correspondientes. Así pues, en tanto que el artículo 468 obliga a imponer la pena de prisión por quebrantamiento de condena en caso de incumplimiento de las obligaciones de la libertad vigilada, el artículo 49 bis) 6, sin embargo, ofrece también la posibilidad de que simplemente sean modificadas las obligaciones en tales casos.

Esta contradicción pone de manifiesto, además, la necesidad desde el punto de vista de la seguridad jurídica y, por tanto, del principio de legalidad penal de regular más detalladamente los efectos del incumplimiento de las obligaciones de la libertad vigilada, de acuerdo con la muy diferente naturaleza de muchas de ellas y de la extraordinaria duración que pueden alcanzar, así como los requisitos para que tales incumplimientos puedan ser considerados delictivos.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

En algunas obligaciones solo la reiteración debería poder ser demostrativa de un quebrantamiento de la condena, como sucede, por ejemplo, con las de acudir a programas formativos, culturales, laborales, de educación sexual o similares. El criterio de la reiteración es, pues, capaz de dotar de un mayor contenido de desvalor al incumplimiento de determinadas obligaciones y, por tanto, de convertirlo en delito.

También el quebrantamiento de distintas obligaciones –inasistencia a actividades formativas, cambio sin permiso de ciudad de residencia y aproximación a la víctima, por ejemplo– podría servir como criterio para la comisión del delito de quebrantamiento de condena, pues el concurso real entre varios delitos de quebrantamiento de condena en tales casos no es técnicamente posible, ya que el sujeto estaría quebrantando la misma condena, aunque ésta le imponga distintas obligaciones y, además, aunque fuera posible podría dar lugar a penas desproporcionadas y, por tanto, inconstitucionales. Debe, pues, llamarse la atención sobre la necesidad de prever el efecto del quebrantamiento de diferentes obligaciones.

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, sería, asimismo, necesario regular el régimen de cumplimiento de la pena por quebrantamiento de la libertad vigilada con respecto al de la propia pena de libertad vigilada. El Anteproyecto no prevé si en tales casos debe interrumpirse o suspenderse el cumplimiento de la pena de libertad vigilada para cumplir la de prisión del artículo 468, o si, por el contrario, la duración de la pena de libertad vigilada debe empezar de nuevo a contarse tras el cumplimiento de la pena de prisión por quebrantamiento de condena, en caso de que aquella no haya sido cumplida.

El problema de fondo reside en que se trata de una pena en la que, debido a su posible extraordinaria duración, pueden tener lugar multitud de incidencias, que si tuviesen lugar durante el cumplimiento de una pena de prisión determinarían con frecuencia consecuencias jurídicas de menor



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

gravedad que un quebrantamiento de condena, y que, incluso, si tuviesen lugar durante el plazo de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión serían tratadas con mayor flexibilidad, conforme al artículo 84 del Código Penal.

En efecto, este artículo prevé los siguientes efectos del incumplimiento de las obligaciones o deberes de la suspensión de la ejecución de las penas de prisión:

“1. Si el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión fijado, el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena.

2. Si el sujeto infringiera durante el plazo de suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el Juez o Tribunal podrá, previa audiencia de las partes, según los casos:

a) Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta.

b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años.

c) Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado.

3. En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1, 2 y 5 del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena.”

Probablemente, el régimen de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión sea un buen modelo para la necesaria regulación específica de los efectos del incumplimiento de las obligaciones de la libertad vigilada.



2.7. La presunción de peligrosidad

La regulación de la libertad vigilada establece una presunción *iuris tantum* de peligrosidad.

El sistema de libertad vigilada del Anteproyecto de 2008 parte de la presunción de que la peligrosidad de las personas en el momento de ser condenadas por determinados delitos subsistirá tras el cumplimiento de la pena de prisión, pero esta presunción tiene que ser confirmada, o bien quedar desvirtuada cuando, después, se inicia la ejecución de la pena de libertad vigilada, y también posteriormente durante su cumplimiento.

Esta es la razón por la que el Anteproyecto de 2008 prevé que el Juez de Vigilancia Penitenciaria no solo puede cambiar las obligaciones del penado durante la ejecución de la pena de libertad vigilada, de acuerdo con ese pronóstico de peligrosidad cambiante, sino también reducir la duración de la pena de libertad vigilada impuesta en sentencia o, incluso, dejarla sin efecto en cualquier momento de su cumplimiento, es decir, incluso en el mismo momento del comienzo de su ejecución (artículo 49 bis 5).

El modelo propuesto parte, pues, de una presunción de peligrosidad futura, esto es, a confirmar, en su caso, tras el cumplimiento de la pena de prisión; pena de prisión que, dados los delitos a los que puede aplicarse, puede extenderse desde uno a cuarenta años de cumplimiento efectivo.

Este juicio de peligrosidad futura se deduce, pues, de la propia naturaleza de los delitos cometidos: algunos de terrorismo y los que atentan contra la libertad e indemnidad sexuales, e implica la presunción de la posible ineeficacia resocializadora de la pena de prisión en estos supuestos y, por tanto, la presunción de la subsistencia de la necesidad preventiva especial y, consecuentemente, de seguir asegurando a la sociedad frente a estas personas cuando accedan a la libertad.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

La vinculación entre la presunción de peligrosidad futura del condenado a una pena de prisión y la presunción del fracaso resocializador del cumplimiento de la pena de prisión se deduce, no solo del artículo 49 bis 5, sino, sobre todo, de que éste es el fin prioritario del cumplimiento de las penas privativas de libertad, según la legislación penitenciaria y la jurisprudencia constitucional. Por eso, el pronóstico positivo de reinserción en cualquier momento de la ejecución de la pena de libertad vigilada no solo debe permitir que el Juez de Vigilancia Penitenciaria la reduzca o deje sin efecto, como prevé el Anteproyecto, sino que debe obligar a que el juez tenga necesariamente que dejarla sin efecto. Ninguna peligrosidad ni, por tanto, necesidad de aseguramiento del colectivo social, puede, en efecto, afirmarse de quien tiene un juicio positivo de resocialización. En consecuencia, solo mediante esta obligación de dejar sin efecto la ejecución de la pena de libertad vigilada en estos casos se evitaría la posible inconstitucionalidad de un juicio de peligrosidad futura que, a modo de derecho penal de autor, acompañaría a la persona condenada a penas de prisión por determinados delitos, con independencia de su resocialización.

No obstante, como quiera que durante el periodo de duración de la pena fijado en sentencia ese juicio de peligrosidad pudiera dar un resultado positivo con posterioridad, podría concederse al Juez de Vigilancia Penitenciaria la posibilidad de retomar el cumplimiento de la pena si la declaración de extinción tiene carácter temporal o provisional y por tiempo determinado, posibilidad ésta que sería semejante a la suspensión provisional de la ejecución de la pena de prisión y que podría contemplarse junto con la extinción definitiva de la pena de libertad vigilada.

2.8. La obligación de someterse a tratamiento médico



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Las medidas de seguridad para inimputables o semiinimputables, entre las que se encuentra la sumisión a tratamiento médico (artículos 96.2.11^a y 105.1.a) del Código Penal parten de dos presupuestos básicos:

- a) La inimputabilidad o semiinimputabilidad en el momento de la comisión del hecho.
- b) La incapacidad o capacidad disminuida, o, si se prefiere, la subsistencia de los estados de inimputabilidad o semiinimputabilidad en el momento del cumplimiento de la medida.

La incapacidad plena o disminuida en el momento de cumplimiento de la medida implica que el sujeto sometido al tratamiento no puede ejercer, o no puede ejercer plenamente la decisión autónoma sobre la admisión o el rechazo del tratamiento médico. En consecuencia, esa decisión puede ser adoptada por otra persona en su lugar. Algo similar a lo que sucede en el internamiento no voluntario por razones de trastorno psíquico del artículo 763 de la ley de Enjuiciamiento Civil. La combinación entre comisión del hecho y peligrosidad criminal legítima, entonces, al Estado para adoptar esa decisión.

Sin embargo, esta misma lógica no puede aplicarse en el ámbito de las penas. No solo porque el sujeto en el momento de la comisión del delito fue imputable sino, sobre todo, porque en el momento de la aplicación de la medida es plenamente capaz.

En la legislación civil ordinaria, las cuestiones relativas al derecho a admitir o rechazar el tratamiento médico se recogen en la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente. En ella se recoge un desarrollo del derecho a la autodeterminación personal, una de cuyas implicaciones básicas es el régimen de consentimiento, que somete de modo general el tratamiento médico a la voluntad del sujeto. El corolario fundamental de esto es el derecho del paciente a rechazar el tratamiento, que impide los tratamientos médicos coactivos de personas capaces.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Convertir el tratamiento médico en una de las obligaciones de la pena de libertad vigilada puede implicar, según esto, un atentado contra la dignidad humana, y, por tanto, la vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución. Una vulneración que puede implicar, además, que el ejercicio del derecho a rechazar un tratamiento médico pueda constituir un delito de quebrantamiento de condena. Para evitar estas consecuencias, la sumisión a tratamiento médico solo puede ser una opción que el derecho penal ofrezca al reo plenamente capaz, como condición para situaciones punitivas más favorables, por ejemplo, sin que su rechazo pueda constituir, en ningún caso, un delito de quebrantamiento de condena.

De no ser así, nos encontraríamos ante un modelo penal incompatible con el respeto a la dignidad humana, en el que sería pensable que el Estado se arrogase la facultad de someter a tratamientos médicos coactivos químicos, quirúrgicos o psiquiátricos a personas capaces.

No parece, por lo demás, que la relación de sujeción especial con la Administración penitenciaria y el específico deber de ésta de preservar la vida de los internos, que justifican en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la alimentación forzosa de penados huelguistas de hambre cuando se encuentran en peligro grave de muerte, pueda servir de fundamento para la sumisión a tratamiento médico obligatorio de los condenados a libertad vigilada, pues el propio Tribunal Constitucional tiene declarado que la relación de sujeción especial no permite, en sí misma, prescindir del principio de proporcionalidad de las penas y sanciones (STC, 234/1991, de 10 diciembre) y, además, las propias condiciones extremas impuestas por el Tribunal Constitucional para la intervención coactiva en aquellos casos evidencian su inaplicación a los muy diferentes supuestos de libertad vigilada, en los que no solo no existe peligro grave de muerte de nadie, sino que, además, el Estado cuenta con otras muchas posibilidades de intervención coactiva menos lesivas de los derechos fundamentales de los condenados.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

El modelo promocional no coactivo que se propone es el que se aplica en otros países, como en Alemania, donde se establece para ciertas clases de delitos y sujetos activos una doble vía: libertad vigilada de determinada duración si el sujeto se somete a tratamiento médico, o de duración más prolongada si no se somete. Debe subrayarse que la segunda opción no es una sanción por negarse al tratamiento médico.

3) COMISO

Dos son las reformas básicas que introduce el Anteproyecto de 2008: El comiso para delitos imprudentes y una ampliación de su contenido

Antes de entrar a analizar estas cuestiones, debe constatarse que el mantenimiento de una regulación unitaria de todas las formas de comiso trae consigo problemas, sobre todo cuando se trata de ampliaciones de su ámbito de aplicación, como es el caso de la reforma propuesta.

En efecto, es tradicional la diferencia entre el comiso de ganancias y el de instrumentos. El de ganancias busca eliminar el incentivo para la comisión de delitos. Su función fundamental es preventivo general: neutralizando el estímulo de la ganancia perseguida, se elimina un factor criminógeno de primer orden. Este comiso pretende, pues, ante todo desplegar efectos hacia el futuro y en relación con la generalidad de las personas, desincentivando futuros delitos. El de instrumentos busca, por el contrario, prioritariamente eliminar la peligrosidad individual del concreto reo al que se aplica, privándole de medios para cometer nuevos delitos. Su función es, pues, fundamentalmente preventivo especial.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Los problemas surgen cuando se pretende ampliar el ámbito de aplicación de ambas modalidades, pero se sigue solo el fundamento de una de las dos, tal y como se analiza a continuación.

3.1. El comiso en delitos imprudentes.

Al comiso en delitos imprudentes se refiere el Anteproyecto 2008 en la Exposición de Motivos y en el artículo 127.2, en los siguientes términos:

Exposición de motivos: “*Asimismo, en cumplimiento de la precitada Decisión Marco se faculta a los jueces y tribunales el acordar el comiso cuando se trate de un delito imprudente que lleve aparejado en la ley la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año*”.

Artículo 127. 2. *En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.*

Así pues, la Exposición de Motivos afirma que la expresa ampliación del comiso a los delitos imprudentes es obligada por la Decisión Marco 2005/212/JAI. Sin embargo, lo cierto es que dicha Decisión Marco sólo dice en su artículo 2º lo siguiente:

“*Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de los instrumentos y productos de infracciones penales que lleven aparejadas penas privativas de libertad de duración superior a un año, o de bienes cuyo valor corresponda a tales productos*”.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Dado que el derecho español solo prevé hasta el momento el comiso para los delitos dolosos (artículo 127.1 del Código Penal), parece que el Anteproyecto ha entendido que la Decisión Marco obliga a ampliarlo a los delitos imprudentes cuya pena privativa de libertad sea superior a un año.

Sin embargo, la definición que hace la propia Decisión Marco de los conceptos “producto” (“beneficio económico derivado de una infracción penal”) e “instrumento” (“bien utilizado o destinado a ser utilizado (...) para la comisión de una o varias infracciones penales”) no indica que esté dirigida a delitos imprudentes. Por el contrario, parece cortada a medida de las infracciones dolosas, y, además, si la anulación del beneficio económico tiene la función preventivo general de eliminar un estímulo motivador del delito, parece claro que su función se dirige a los delitos dolosos. Y, en cuanto a los instrumentos, pese a que cabe hablar de elementos materiales con los que se cometan los delitos imprudentes (por ejemplo, un automóvil en relación con unas lesiones imprudentes por atropello), no obstante el término instrumento parece apuntar también a una cierta intencionalidad.

Por otra parte, en relación con los escasos tipos penales imprudentes del Código Penal vigente el único problema real que se plantea es el comiso del vehículo en los accidentes de tráfico que producen lesiones o muertes. Sin embargo, en el ámbito del tráfico vial la cuestión ya se planteaba respecto de delitos dolosos como la conducción bajo los efectos del alcohol, conducción temeraria, etcétera, y constantemente se ha venido interpretando que, pese a que en los delitos dolosos el comiso es obligatorio, la cláusula de prohibición de desproporción impide el comiso de los vehículos en esta clase de delitos. En estos casos de delitos de peligro abstracto, puede, no obstante, compensarse su menor gravedad a efectos de la imposición de la consecuencia accesoria del comiso del vehículo, con la reiteración o reincidencia, en cuyo caso puede no resultar vulnerado el principio de proporcionalidad.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Aunque el verdadero efecto preventivo especial no reside en el comiso del concreto vehículo conducido durante la infracción, sino en la privación del derecho a conducir vehículos de motor, ya que sin esta sanción, pese al decomiso del vehículo utilizado, el infractor podría seguir conduciendo otros vehículos de su propiedad o vehículos ajenos para cometer imprudencias delictivas, lo cierto es que los delitos imprudentes que producen resultados de muerte o lesiones son de mayor gravedad que los delitos de mera actividad y, por tanto, el interés político-criminal justifica que en aquellos se prevea el comiso del vehículo. En estos casos no resulta vulnerado el principio de proporcionalidad por el hecho de que a la pena prevista se le añada el comiso del vehículo, precisamente por la mayor gravedad de las consecuencias de la imprudencia.

3.2. Comiso ampliado.

El Anteproyecto de 2008 propone el siguiente texto:

Artículo 127.1, 2º párrafo: “*El Juez o Tribunal podrá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de una actividad delictiva cometida en el marco de una organización criminal. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de las personas condenadas por cualquier delito cometido en el seno de dicha organización criminal*”.

La propuesta obedece a la conveniencia político-criminal de privar a quienes cometen delitos en el seno de una organización criminal del beneficio procedente de actividades delictivas previas puestas de manifiesto, no por estar dicha procedencia probada en sentencia firme alguna, sino por el incremento patrimonial injustificado del sujeto. Como se verá, aún sin discutir esta conveniencia político-criminal –dada la dificultad de la prueba sobre la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

procedencia del patrimonio en estos casos, especialmente cuando se trata de organizaciones transnacionales y cuando, como es frecuente, la actividad delictiva lucrativa es variada— la propuesta presenta importantes problemas desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

El punto de partida del análisis del texto propuesto: “*(...) podrá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de una actividad delictiva cometida en el marco de una organización criminal*” es que el objeto del comiso en estos casos son efectos, bienes, instrumentos o ganancias procedentes de una actividad delictiva distinta, es decir, previa de la que motiva la ampliación del comiso, ya que, de no ser así, el precepto no hablaría de “*ampliar*”, sino, simplemente, de decomisar todos los beneficios económicos que en la propia sentencia se consideren procedentes de esa concreta actividad delictiva objeto de enjuiciamiento. Para esto no sería necesaria la nueva norma, que pretende ampliar el decomiso a ganancias que van más allá de las correspondientes a la concreta conducta delictiva objeto de enjuiciamiento.

Es, pues, éste el único significado político-criminal real de esta norma, ya que, como antes se ha apuntado, en el ámbito de la criminalidad organizada solo suele conseguirse probar la intervención de sus integrantes en algún concreto delito y su pertenencia continuada a la organización, pero es poco frecuente que sea posible probar sus concretas intervenciones en otros delitos anteriores. Actividad delictiva previa que, sin embargo, parece notoria, a veces, a la vista, precisamente, del injustificado patrimonio de los implicados.

Esto es lo que inspira la idea del comiso ampliado propuesto por la Decisión Marco 2005/212/JAI: Considerar suficiente la prueba de esos dos extremos para proceder al comiso de los efectos de una carrera delictiva en una banda organizada, sin necesidad de probar también la concreta intervención del condenado en delitos previos lucrativos vinculados a su actividad delictiva organizada.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Este objetivo político-criminal debe ser tenido en cuenta a la hora de analizar la reforma propuesta, que viene, por tanto, impuesta por la Decisión Marco recién mencionada.

El Anteproyecto de 2008 prevé, en realidad, una inversión de la carga de la prueba sobre el origen del enriquecimiento de estas personas, es decir, una presunción, que, para ser constitucionalmente válida solo puede ser *iuris tantum*, de un enriquecimiento procedente de la comisión de delitos (“*de la actividad delictiva*”, en la terminología propuesta)

La inversión de la carga de la prueba para el comiso en relación con la delincuencia organizada es una de las tres posibles opciones que ofrece la Decisión Marco 2005/212 a los legisladores nacionales para fijar la ampliación del comiso, en los siguientes términos:

“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, 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*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

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.”

Como puede comprobarse, el Anteproyecto parece haber optado por el modelo de presunción del epígrafe c) de la Decisión Marco. Se trata, como se avanzó antes, de establecer una *praesumptio iuris tantum* de ilicitud penal del patrimonio, que, en consecuencia, puede ser desvirtuada mediante prueba del origen lícito, o bien ilícito, pero no delictivo de los concretos elementos patrimoniales en cuestión.

Los modelos de inversión de la carga de la prueba en relación con incrementos patrimoniales injustificados existen desde hace años en los instrumentos jurídicos internacionales sobre lucha contra la delincuencia organizada de nuestro entorno. Propuestas similares se contienen ya, por ejemplo, en el Convenio de Viena 1988 relativo al blanqueo y delitos de tráfico de drogas, y la legislación de algunos Estados de nuestro entorno, como por ejemplo, la Ley del Reino Unido de 1986 sobre delitos de tráfico de drogas y la Ley de Portugal 5/2002 de 11 de enero contra el crimen organizado. Más allá, incluso, iba la ley italiana antimafia de 13 de noviembre de 1982 (“Ley Rognoni-La Torre”), que permitía la incautación del patrimonio de los investigados aún no condenados, pero que fue declarada constitucional y sustituida por la Ley 50/1994, que restringe su aplicación a los condenados por delitos mafiosos.

La consideración del comiso como consecuencia accesoria no punitiva parece eliminar, en el plano puramente formal los problemas que plantearía esta presunción si se tratara de aplicar una pena. Debe recordarse, en efecto, que el comiso era una pena en el ordenamiento penal español antes de la LO 15/2003, de reforma del Código penal, pero que, desde entonces, no es más



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

que una “*consecuencia accesoria*”, eufemismo que sirve formalmente a los efectos de evitar que la presunción en materia de comiso implique una inconstitucional presunción de culpabilidad, ya que ésta –la culpabilidad por el hecho delictivo– es la base irrenunciable de cualquier pena.

En cualquier caso, el Anteproyecto de 2008 presume que procede de la actividad delictiva todo el patrimonio desproporcionado cuyo origen no pueda demostrarse que es legal, pero siempre que esté relacionado con la actividad delictiva de la organización por la que el sujeto resulta condenado. Esta vinculación del patrimonio de origen presuntamente ilegal con la actividad delictiva en el seno de la organización evita que el origen simplemente ilícito, aunque no delictivo, del patrimonio sea suficiente para fundamentar el comiso ampliado de los bienes. Esta precisión es de gran importancia para delimitar el ámbito del comiso ampliado, pues la ampliación del comiso no puede extenderse, y menos por vía de presunción, a cualquier patrimonio ilícito del sujeto, sino solo a aquel que se presume, salvo prueba en contra, vinculado directa o indirectamente a la actividad delictiva de la organización por la que el sujeto es condenado.

En suma, pues, para delimitar conforme al principio de legalidad el concreto ámbito del comiso ampliado, de acuerdo con el artículo 6 de la Decisión Marco antes citada –que establece que: “*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*”–, así como para que sea coherente con la pretensión político-criminal que justifica esta presunción y la consiguiente inversión de la carga de la prueba, sería aconsejable que el texto propuesto especificara claramente que a los efectos de la ampliación del comiso se entenderá, salvo prueba en contra, que procede de la actividad delictiva realizada en el marco de la organización criminal el patrimonio cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

personas condenadas por cualquier delito cometido en el seno de dicha organización.

4) PRESCRIPCIÓN

Se modifica el párrafo tercero del apartado 1 y el apartado 4 del artículo 131, que quedan redactados como sigue:

“1. Los delitos prescriben:

[...]

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

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

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

Se modifica el apartado 2 del artículo 132, que queda redactado como sigue:

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



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Instructor o cuando éste ordene a la Policía judicial la práctica de diligencias orientadas a su detención.

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

Se modifica el apartado 2 del artículo 133, que queda redactado como sigue:

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

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

En lo que a este informe se refiere, la reforma afecta fundamentalmente a las siguientes materias:

1^a) El plazo de prescripción de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

2^a) El nuevo régimen de interrupción de la prescripción de las infracciones penales

3^a) La introducción de la suspensión del cómputo de prescripción.

4^a) La ampliación a los delitos de terrorismo de los supuestos de imprescriptibilidad de delitos y penas.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

En lo coincidente, se seguirán en este punto el análisis y algunas conclusiones del *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, aprobado por el Pleno del CGPJ en su reunión del tres de noviembre del año dos mil seis.

4.1. Plazo de prescripción de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social

La modificación consiste en la ampliación a diez años del plazo de prescripción de los delitos tipificados en los artículos 305 a 309, que en el vigente Código Penal es de cinco años. La reforma afecta a la casi totalidad de los tipos penales del Título XIV del Libro II, ya que solo quedan excluidos los tipos del artículo 310 (delito contable tributario).

La institución de un plazo de prescripción *ad hoc* desvincula los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social del sistema general, que atiende a la gravedad de las penas y prevé el plazo de prescripción de 10 años para delitos cuya «*pena máxima señalada por la Ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez*». Recuérdese que los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social están penados con prisión de uno a cuatro años –en su mitad superior los tipos agravados– y multa proporcional

A este respecto en la Exposición de Motivos se afirma lo siguiente:

«*Se ha elevado el plazo de prescripción de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la seguridad social hasta los diez años a fin de evitar que queden impunes, en determinados supuestos, por la imposibilidad técnica de su detección y comprobación en los plazos hasta ahora previstos.*»



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Sobre este particular, destaca el hecho de que, una vez asentada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo la desvinculación funcional del plazo de cinco años para la prescripción del delito fiscal con respecto al de cuatro años de las infracciones tributarias (*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 la administrativa por motivos 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 que pone de manifiesto el interés por proteger las arcas públicas, pero que plantea dudas de congruencia político-criminal y desde el punto de vista de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, ya que existen otros muchos delitos que afectan igualmente a intereses colectivos y presentan similares dificultades de investigación, pero que, no obstante, no quedan exceptuados de la aplicación del régimen general de la prescripción (pueden citarse como ejemplos el delito de abuso de información privilegiada del artículo 285.1; el delito contra la ordenación del territorio del artículo 319; el delito contra los recursos naturales y el medio ambiente tipificado en el artículo 325; y las modalidades de delitos contra la salud pública de los artículos 359, 362, 363 y 364). El Anteproyecto prescinde, pues, sin fundamento técnico alguno del sistema de proporcionalidad entre la gravedad del delito, es decir, de la pena correspondiente y el plazo de prescripción, ya que se acude al previsto con carácter general para infracciones de inmediata superior gravedad.

4.2. Nuevo régimen de interrupción de la prescripción de las infracciones penales

De especial relevancia resulta la regulación de las causas interruptoras del plazo de prescripción en el apartado 2 del artículo 132.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Téngase presente que el texto vigente, que 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*», ha ido generado a lo largo de los años una copiosa jurisprudencia con frecuencia contradictoria, cuyos vaivenes han estado en gran parte motivados por la imprecisión y consiguiente dificultad de determinar las actuaciones que permiten afirmar que el procedimiento se dirige contra el culpable.

Desde la perspectiva del derecho comparado nuestro ordenamiento penal ha estado siempre situado entre los países que resuelven el problema de la identificación de las causas interruptoras de la prescripción mediante el empleo de una cláusula general, en vez del mucho más seguro sistema de lista cerrada.

En efecto, por un lado están los países en los que la determinación de los actos con genuina eficacia interruptora 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 de los códigos penales más próximos a nuestra cultura jurídica, como el Código Penal italiano (artículo 160), el Código Penal suizo (artículo 72.2), el Código Penal alemán (§ 78c) y del Código Penal portugués (artículo 121). Se trata, según los estudiosos de la historia del derecho, de una tendencia que emana de una tradición legislativa arraigada en el siglo XIX 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 intérprete la determinación de los concretos actos a los que se concede eficacia interruptora, lo que en último término significa relegar a la jurisprudencia su determinación última. Es el caso del Código Penal danés de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

1930 (§ 94.4), que se refiere a «*toda medida judicial referida al inculpado por el hecho*», el Código Penal esloveno de 1994 (artículo 112), el Código de Procedimiento Penal francés (artículo 7), que remite a todo acto «*de instrucción o persecución*», o el Código de Instrucción Criminal belga (artículo 22).

El Anteproyecto se revela en este punto conservador, pues no se decide a introducir el sistema de lista cerrada, como ha recomendado en alguna ocasión el Tribunal Supremo, para reforzar la seguridad jurídica (*vid. STS de 20 de mayo de 1994*), sino que mantiene una referencia genérica a lo que habrá de entenderse como momento en el que el procedimiento se entenderá dirigido contra quien aparezca como indiciariamente responsable, que se sitúa en el instante en que se produce una “*actuación material sustancial*” del juez instructor.

Sin embargo, el precepto incluye un supuesto concreto de imputación material: la orden judicial para la práctica de diligencias orientadas a la detención del indiciariamente responsable. Esta mezcla de cláusula genérica y de supuesto concreto propio de un sistema de listado, es técnicamente discutible, pues, en realidad, el supuesto concreto es superfluo por estar incluido en la previsión genérica, salvo que se entendiera que una orden de detención no constituye una “*actuación material sustancial*”. El mantenimiento en el texto del Anteproyecto de esta mención a la orden de detención puede deberse a la inercia por efecto del Anteproyecto de 2006 y posterior Proyecto de Ley, que otorgaba efecto interruptor a la orden de detención dictada, además de por el Juez Instructor, por el Ministerio Fiscal, cuya actividad, obviamente, queda fuera de la noción de «*actuación material sustancial del Juez Instructor*», es decir, de la imputación judicial.

La cláusula general reguladora de la interrupción del plazo de la prescripción no especifica la calidad ni la intensidad de la conexión entre la actuación procesal y la persona indiciariamente responsable a la que se refiere



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

la STC (Pleno) nº 69/2001, de 17 de marzo (FJ 32). Esta técnica legislativa legitima constitucionalmente un amplio margen de interpretación judicial, pero no permite avanzar significativamente en el plano de la seguridad jurídica con respecto al, asimismo, impreciso, texto vigente.

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 se distanció históricamente de las posiciones doctrinales más rigoristas, que han venido exigiendo un acto formal de imputación, como, por ejemplo, un auto de procesamiento o la citación personal del inculpado para declarar, inhabilitando todo el tramo procesal previo a efectos de interrupción. La jurisprudencia mantuvo, en efecto, hasta hace muy poco 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 querella 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, que no exige una formalización estricta de la imputación en una resolución separada, fue muy significativa en la jurisprudencia, como acreditan, por ejemplo, las SSTS 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.

Este criterio jurisprudencial coexistió con otra línea más aperturista, que terminó imponiéndose, al estimar que incluso los actos de parte, como son la propia denuncia o querella que motivan la iniciación de un procedimiento penal se integran en el mismo y generan, en consecuencia, el efecto interruptivo, aún antes de que se produzca el acto judicial de admisión, de modo que si en los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

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 acabó consolidándose y se defiende, por ejemplo, en las SSTS 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, 774/2005, de 2 de junio, y 331/2006, de 24 de marzo, entre otras.

El Anteproyecto que ahora se informa sigue la doctrina fijada en las sentencias del Tribunal Constitucional nº 63/2005, de 14 de marzo, y 29/2008, de 20 de febrero, que, como es conocido, impugna la línea interpretativa del artículo 132.2 auspiciada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo favorable al reconocimiento de eficacia interruptiva a los actos de parte iniciadores del proceso. El Tribunal Constitucional considera incompatible esa interpretación 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 Tribunal Constitucional, en cuanto afectan a los derechos fundamentales a la libertad (artículo 17 CE) y a la legalidad penal (artículo 25.1 CE), exigen una interpretación axiológica, conforme a la *ratio legis* de la prescripción o fin de protección de la norma. A este respecto, la última de las sentencias citadas declara lo siguiente:

«Por ello la jurisdicción constitucional no puede eludir la declaración de inconstitucionalidad en aquellos casos en los que la interpretación de la norma penal – en el de este proceso, la reguladora del instituto de la prescripción –, aunque no pueda ser tildada de irrazonable o arbitraria, lleve consigo, al exceder de su más directo significado gramatical, una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo. Y es por ello



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

también que la expresión “[la] prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable” no pueda entenderse en sentido distinto al de su claro tenor literal, es decir, en el de que es indispensable para dicha interrupción que haya comenzado un procedimiento que, al tener que estar dirigido contra el culpable – cualquiera que sea la impropiedad con que este término haya sido empleado –, no puede ser otro que el procedimiento penal o, lo que es lo mismo, el abierto o iniciado por quien tiene atribuido el ejercicio del ius puniendi del Estado en el actual estado de la legislación; esto es, el Juez» (FJ 10).

«En efecto, al fijar como momento interruptivo de la prescripción, no ya el público y formal relativo a la decisión judicial de iniciación de un procedimiento jurisdiccional, sino el de mera recepción por parte del órgano judicial de la notitia criminis, ha atendido a una circunstancia no rodeada de una publicidad y cognoscibilidad mínima y por ello inidónea como soporte de una interpretación constitucionalmente admisible para delimitar una institución que sirve precisamente a la seguridad jurídica en relación con la libertad. [...]»

La incertidumbre, precisamente, que supone fijar cuál deba ser el máximo de dilación permisible contribuye a introducir la máxima inseguridad en este punto. [...]»

Pues bien; si el fundamento de la prescripción es la imposibilidad de ejercicio del ius puniendi del Estado como consecuencia de la renuncia al mismo, es evidente que sólo puede interrumpirse en el ámbito penal cuando se realicen actuaciones (naturalmente, por quien tenga la competencia para ejercer el ius puniendi en dicho campo, quien en el actual estado de nuestra legislación únicamente puede ser el juez) de las que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del ilícito» (FJ 11).

Sectores cualificados de la doctrina han opinado que la confrontación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en punto a prescripción



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

–que reiteradamente sostiene su plena jurisdicción en materia de legalidad ordinaria *ex artículo 123 CE* (*cfr.* Acuerdos de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 12 de mayo de 2005, 25 de abril de 2006 y 26 de febrero de 2008, que se plasmó en la Sentencia nº 430/2008, de 25 de junio)–, 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 perseguidabilidad temporal de los ilícitos penales y la eficacia de los actos procesales en este ámbito.

En este contexto, la iniciativa legislativa supedita 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 una persona que es *indiciariamente responsable*–.

De conformidad con estas exigencias, los escritos de parte iniciadores del proceso –denuncia o querella–, carecen, según el Anteproyecto, de eficacia interruptora en tanto no se dicte por el juez de instrucción la correspondiente resolución de admisión (sin perjuicio de la eficacia suspensiva que se analiza en el siguiente epígrafe de este informe), e igualmente si en los mismos no aparece nominado o identificado el sujeto o sujetos contra los que se dirigen.

Llegados a este punto, conviene detenerse en las dos expresiones relevantes a este respecto utilizadas en el texto del Anteproyecto. En primer término, la exigencia de que el procedimiento «se *dirija contra persona determinada*» deja claro que aunque no sea precisa la individualización nominal del imputado, sí será necesario, sin excepción, que aparezcan aquellos elementos circunstanciales que lo hagan determinable, de lo que,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

además, se deriva otra consecuencia, como es que la interrupción que afecta a persona determinada no podrá extenderse simultáneamente en perjuicio de otras que no lo estuvieran inicialmente.

En segundo lugar, la expresión «*actuación material sustancial*» (de imputación, se entiende), empleada en el precepto a efecto de determinar normativamente lo que hay que entender como procedimiento dirigido «*contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable*», puede ser fuente de problemas hermenéuticos. Lo primero que se observa es que los adjetivos "*material*" y "*sustancial*" no califican ambos al sustantivo "*actuación*", pues, además de no ir unidos mediante conjunción copulativa, ello supondría una duplicación redundante de adjetivos que en su primera acepción tienen igual significado. Por el contrario, el adjetivo "*material*", en oposición a "*formal*", califica a "*actuación*", mientras que el adjetivo "*sustancial*" va referido a "*actuación material*", pero no en su primer significado equivalente a sustancial, sino en el sentido de mayor importancia. Por lo tanto, el problema al que habrá de enfrentarse el intérprete será doble: por un lado, determinar cuándo está ante resoluciones que sean materialmente de imputación, aunque no vengan canalizadas a través de una resolución formal de esta naturaleza (como, v. gr., los autos de admisión de querella, procesamiento, prisión provisional y, en general, todas aquellos actos que se extraen del artículo 118 LECrim); y por otra parte, el problema de emitir un juicio de valor acerca de la entidad de la imputación que la califique de "*sustancial*", lo que guarda relación indirecta con la "*argumentación axiológica*" a que se refiere la STC 63/2005, de 14 de marzo (FJ 3), que ha de ser respetuosa con los fines perseguidos por el instituto de la prescripción penal.

Por otra parte, en aquellos casos en que el proceso se ha incoado y sufre paralización, la nueva configuración jurídica de la cláusula general, asentada en los criterios de judicialidad y determinación del culpable, conlleva una reducción drástica de los actos procesales con capacidad interruptora de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

la prescripción, al menos desde la perspectiva defendida hasta la fecha por la jurisprudencia.

La nueva norma niega al proceso iniciado todo efecto interruptivo en tanto la investigación del hecho criminal no haya progresado lo suficiente como para permitir la determinación de la identidad del sujeto o sujetos a los que se atribuya indiciariamente participación en el hecho criminal. La identidad de los mismos debe recogerse en una resolución expresa o, al menos en una actuación debidamente documentada y fechada del juez de instrucción. Ello conlleva que todo el tramo 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 las integran o dirigen.

La doctrina jurisprudencial ha efectuado un esfuerzo delimitador 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 Tribunal Supremo 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



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

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 definidas, doctrina también acogida sustancialmente en los Autos dictados en la Causa Especial nº 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 STS de 25 de enero de 1994, *caso Ruano*, declaró que el carácter aparentemente indeterminado o genérico del atestado y correspondiente sumario abierto por la muerte de un detenido con respecto de los autores del delito no era obstáculo para que se interrumpiera la prescripción con respecto a los mismos, pues se estaba señalando desde el principio al círculo cerrado de las personas que, aun no identificadas como autores de ningún delito, pudieron intervenir en los hechos, sin que puedan ignorarse, al respecto, las dificultades muchas veces existentes para las partes de nominar a los eventuales culpables.

La STS nº 2/1998, de 29 de julio, *caso Marey*, reiterada en la Sentencia nº 1559/2003, de 19 de noviembre, 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 pueden ser conocidos más fácilmente y condenados, y otros, los jefes o mandos intermedios de la colectividad, que actúan en la sombra dirigiendo, planificando y ordenando a los inferiores, ha de entenderse que se dirige el procedimiento contra el culpable cuando la querella 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.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Esta interpretación fue confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Decisión de 2 de mayo 2007, *asunto Francisco Saiz Oceja, Julio Hierro Moset y Miguel Planchuela Herrera Sánchez contra España*, que inadmitió la demanda fundamentada en la vulneración del derecho a la legalidad penal reconocido en el artículo 7 CEDH:

«En este caso el Tribunal constata que, en su Sentencia de 27 (sic, el día correcto es 29) de julio 1998, el Tribunal Supremo declaró que el plazo de prescripción de diez años fijado por el artículo 113 del Código Penal en vigor en la época de los hechos, fue interrumpido por la apertura del proceso penal, y que al haber sido cometido el delito en litigio por una "colectividad", la prescripción fue interrumpida por la presentación y admisión a trámite de la querella criminal contra [...] (agentes de la policía), así como "cualquier otra persona susceptible de haber sido partícipe en las actividades de la organización terrorista denominada Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL)".

Señala, esta sentencia, que el Tribunal Supremo hizo referencia a las líneas de jurisprudencia que existían en su seno, pero considera el presente asunto diferente a los casos ya decididos, debido a que el objeto del proceso en los casos de delitos cometidos por una colectividad es, entre otros, precisamente el de conocer quiénes son las personas que componen dicha colectividad criminal.

El Tribunal señala que, por tanto, no se trata de un cambio brusco en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la interpretación de los plazos de prescripción, sino de la aplicación de la jurisprudencia existente en un nuevo concepto de colectividad que todavía no había sido identificado por la jurisprudencia precedente. En consecuencia, el Tribunal Supremo consideró que, en un caso como el presente, el proceso iba dirigido contra el culpable cuando la querella admitida a trámite o el proceso inicial de oficio se dirigían contra la colectividad, y esto a pesar de que no existía designación nominativa o individual de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

los responsables del delito. Esta interpretación no es contraria a la jurisprudencia precedente, sino que se limita a responder de manera precisa a una situación específica diferente a aquéllas por las que fue establecida.

En opinión del Tribunal Constitucional, esta decisión no fue arbitraria sino bien motivada en la medida en que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo había justificado, en la decisión recurrida, el rechazo de la prescripción por el hecho de que el proceso iba dirigido contra personas que, a posteriori, fueron declaradas culpables. Existía, por tanto, la conexión exigida por el artículo 114 del Código Penal en vigor en la época de los hechos, entre el proceso y la persona condenada, para considerar interrumpida la prescripción.

Esta interpretación del “dies a quo” de la prescripción de los delitos en litigio en este caso tiene, ciertamente, por efecto permitir enjuiciar y posteriormente condenar a los demandantes y, por tanto, les ha sido desfavorable, frustrando sus esperanzas. Dicha situación no supone, en cambio, una vulneración de los derechos garantizados por el artículo 7, ya que el Tribunal Supremo es la jurisdicción en última instancia en lo que concierne a la interpretación de la legalidad ordinaria.

El Tribunal constata que los demandantes fueron legalmente condenados por actos por los que la acción pública no había sido extinguida por la prescripción.»

Por su parte, la STS nº 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».



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

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 nº 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.

La nueva exigencia proyectada en el texto objeto de informe de que la persona que aparezca indiciariamente como penalmente responsable esté “determinada” limita más allá de lo razonable la validez a efectos prescriptivos de múltiples actos procesales que implican un impulso efectivo de la acción penal.

Exigir que el proceso se dirija contra persona “determinada” redundará en beneficio precisamente de las estructuras criminales complejas 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 Tribunal Supremo, 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).

Desde la perspectiva político-criminal es recomendable, por tanto, que la norma prevea un régimen jurídico específico para delitos cometidos en el seno de colectivos u organizaciones, en el que se relativice la exigencia de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

determinación de las personas contra las que se dirige el procedimiento, bien por tratarse de un círculo cerrado de personas que pueden haber intervenido en los hechos, bien por estar dirigido el proceso contra los integrantes de una colectividad u organización determinadas, o bien por tener las personas innominadas conexión directa con los hechos objeto de la instrucción.

4.3. La suspensión del cómputo de prescripción

La suspensión de la prescripción no es una institución desconocida en el derecho penal comparado. En el derecho alemán, el § 78b StPO prevé unos supuestos tasados que se refieren a la minoría de edad o especial vulnerabilidad de la víctima en delitos de abusos sexuales hasta que alcancen la capacidad suficiente para ejercer su derecho a denunciar, a la existencia de condiciones u obstáculos de perseguidabilidad (v. gr., imposibilidad legal de comenzar o continuar la persecución, o en caso de procesamiento de un parlamentario federal o de Estado federado) o a la litispendencia. En el Código Penal italiano, el artículo 159 prevé supuestos de suspensión relativos a autorizaciones para proceder, en asuntos diferidos a otro juicio o, finalmente, cuando la suspensión viene impuesta por disposición legal.

El Anteproyecto que ahora se informa sigue otros derroteros. Añade un nuevo segundo párrafo al apartado 2 del artículo 132, que tiene como antecedente el Anteproyecto de 2006.

Se trata de un único supuesto de suspensión de la prescripción, redactado en los siguientes términos:

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



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

La Exposición de Motivos justifica esta novedad en los siguientes términos:

«Se considera necesario abordar el problema de los efectos que para la interrupción de la prescripción puede tener la presentación de denuncias o querellas y para ello se opta por dar efecto suspensivo a dicha presentación siempre que sea ante un órgano judicial y contra una persona determinada. Si el órgano judicial no la admite a trámite continúa el cómputo de prescripción desde la fecha de presentación.»

Como es sabido, la interrupción es acto obstativo de la prescripción, que revigoriza el derecho subjetivo (en derecho penal el *ius puniendi* de titularidad estatal) y que no sólo impide el curso de la prescripción, sino que inutiliza el tiempo transcurrido para el cómputo de aquélla. Por el contrario, la suspensión de la prescripción paraliza ésta, no corre el tiempo para la misma, pero no inutiliza el ya transcurrido; así, cuando desaparece la causa de suspensión, sigue –no comienza de nuevo, como en la interrupción– el cómputo del tiempo para la prescripción.

La suspensión se condiciona en el Anteproyecto al cumplimiento de tres requisitos: en primer lugar, la *notitia criminis* debe formalizarse mediante denuncia –entendida en sentido estricto dada la excepcionalidad de la suspensión– o querella; en segundo término, es precisa la concreta determinación del sujeto imputado; y, finalmente, debe presentarse ante un órgano judicial, sea competente o no para el esclarecimiento de los hechos.

En cuanto a sus efectos, dependerán de si la denuncia o querella es o no admitida a trámite, dándose dos supuestos:

En primer lugar, se prevé expresamente que si no hay pronunciamiento judicial de admisión a trámite, se reanudará (*"continuará"*) el cómputo del plazo de la prescripción desde el día de la presentación de la denuncia o querella. Es



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

decir, en tal caso la suspensión no tiene efecto alguno a efectos de plazos y el cómputo de prescripción se reanudará desde el momento de la presentación.

Debe advertirse aquí que el empleo de la expresión «*no la admitiese a trámite*» es equívoco, pues parece referirse a que se dicte una resolución formal de inadmisión. Por lo tanto, no se prevé el supuesto en que el juez no llegue a pronunciarse en un plazo razonable sobre la admisión, lo que conduciría a una situación inaceptable de suspensión *sine die* del período de suspensión (pues ni se reanuda el cómputo de prescripción ante la inadmisión, ni tampoco se produce la interrupción de la prescripción, porque no se está ante la admisión a trámite), «*convirtiendo en ilusorio el plazo de prescripción legalmente establecido y produciendo una flagrante inseguridad jurídica en el ciudadano afectado*» (STC 79/2008, de 14 de julio, que rechaza la inoperatividad de la prescripción cuando la paralización se atribuye a causas estructurales no imputables al órgano judicial).

En segundo lugar, ante el silencio de la norma y siguiendo una interpretación *contrario sensu*, habría que entender que si se produjera la admisión a trámite –en términos ajustados a la denuncia o querella, se sobreentiende– tendría plena eficacia la suspensión y, por ello, el tiempo de suspensión transcurrido entre la presentación y la admisión no se computaría a efectos de prescripción. Siendo esto así, no se produciría la prescripción de la infracción si la admisión, en cuanto imputación formal interruptiva de la prescripción, se produce dentro del plazo de prescripción incrementado por el de suspensión. Otra interpretación, que entendiera inoperante el tiempo de suspensión, haría inútil la reforma en los supuestos de admisión.

Esta modificación parece ser un intento por conciliar las tesis enfrentadas sostenidas por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional a las que se ha hecho antes mención, pues, por una parte, asume los argumentos que invoca la jurisprudencia del Tribunal Supremo para retrotraer el momento de la imputación a la presentación de la denuncia o querella,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

mientras que, por otra, establece un supuesto legal que evitaría el exceso interpretativo, proscrito por el Tribunal Constitucional, de lo que ha de entenderse por «procedimiento dirigido contra el culpable».

La novedad que se introduce merece unas breves consideraciones, además de las expuestas respecto a los supuestos en que no hay resolución de admisión o inadmisión:

1ª) El supuesto de suspensión constituye una excepción al régimen sobre cómputo del plazo de prescripción y su interrupción, en tanto en cuanto añade de *iure* el tiempo de suspensión al plazo de prescripción en los supuestos de admisión de denuncia o de querella. Es decir, será posible que desde el *dies a quo* del cómputo de prescripción hasta la fecha de la resolución judicial de admisión haya transcurrido el plazo legal sin haberse interrumpido el cómputo conforme al párrafo primero del apartado 2 del mismo artículo, aunque ello no producirá efectos extintivos de la responsabilidad criminal al descontarse el tiempo de suspensión. Con otras palabras, esta suspensión, al no estar limitada temporalmente con la determinación de un *dies ad quem*, permite prolongar el plazo legal de prescripción durante el tiempo añadido e indeterminado de suspensión, con efectos en la seguridad jurídica y posible pugna con lo declarado por el Tribunal Constitucional en la tantas veces citada Sentencia nº 63/2005.

2ª) El requisito para que opere la suspensión consistente en que esté determinada la persona imputada, reproduce los problemas que se han apuntado con relación a manifestaciones delictivas en las que no es posible esa previa determinación, al menos, con respecto a aquellos que ocupan los escalones superiores en la estructura de la organización criminal. Por consiguiente, podrá producirse la situación anómala de que el delito no prescriba para unos responsables (los determinados en la denuncia o querella) a quienes afecta negativamente el tiempo de suspensión, mientras que sí



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

prescribirá para los responsables del mismo fenómeno delictivo que sean inicialmente desconocidos o estén insuficientemente determinados.

4.4. La ampliación a los delitos de terrorismo de los supuestos de imprescriptibilidad de delitos y penas.

La Exposición de Motivos justifica la reforma de los artículos 131.4 y 133.4 en los siguientes términos:

«Las modificaciones en materia de prescripción del delito se completan con la declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona o lesiones susceptibles de ser encuadradas en el artículo 149, o bien cuando hubieren consistido en el secuestro de una persona. El fundamento de la institución de la prescripción se halla vinculado en gran medida a la falta de necesidad de aplicación de la pena tras el transcurso de cierto tiempo. La presente reforma se fundamenta en que esta premisa no puede cumplirse frente a conductas delictivas que presentan las características de los tipos mencionados.»

Se trata, en primer lugar, de una legítima opción de política criminal, reconocida así por el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre la configuración legal del instituto de la prescripción:

«En efecto, en nuestra Sentencia de Pleno 63/2001, de 17 de marzo, afirmábamos que, más allá de que “sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico penal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y las faltas” (STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3), es “al legislador a quien corresponde determinar, con plena libertad, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica (STEDH de 22 de junio de 2000, caso Coëme c. Bélgica, § 146), así como los criterios de política criminal que estime idóneos y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

atendibles en cada caso concreto, el régimen jurídico, el sentido y el alcance de la prescripción de las infracciones. Y es en este sentido, en relación con el legislador, en el que puede afirmarse, sin riesgo de confusión, que la regulación de la prescripción es una cuestión de libre configuración legal, es decir, que queda deferida a la voluntad del legislador sin condicionamientos materiales que deriven de la Constitución. Su establecimiento no merma el derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso Stubbings c. Reino Unido, § 46 y ss) ni las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar (delitos a los que afecta, plazos de prescripción, momento inicial del cómputo o causas de interrupción) afectan, en sí mismas, a derecho fundamental alguno de los acusados» (STC nº 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7, que reitera lo declarado en la STC nº 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2).

Por otra parte, puede considerarse la ampliación de la imprescriptibilidad por razones técnico-jurídicas a los siguientes supuestos:

1º) En relación con las conductas y penas del artículo 572.1.2º afectadas por la imprescriptibilidad, ha quedado excluida en los artículos 131.4 y 133.2 la referencia a las lesiones del artículo 150 (lesiones consistentes en la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad), castigadas en el citado artículo 572.1.2º con la misma pena que las lesiones del artículo 149 y el secuestro de personas, lo que significa que estos tipos en el ámbito de los delitos de terrorismo tienen idéntica gravedad, con independencia de que sacados de este contexto, los tipos penales de los artículos 149 y 164, por un lado, y 150, por otro, sean de desigual gravedad.

Esta misma razón que atiende a la gravedad del delito, sería igualmente determinante para incluir las modalidades de terrorismo del artículo 571 (delitos de estragos o de incendios tipificados en los artículos 346 y 351), castigadas



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

con la misma pena de prisión de quince a veinte años que las del citado artículo 572.1.2º.

2º) Respecto a las tentativas de homicidio o asesinato en las que aparece un mayor grado de ejecución, si bien es cierto que atendiendo a este último la pena sufriría la reducción en un grado, resultaría paradójico que las tentativas de homicidio o asesinato con resultado de lesiones del artículo 149 prescribieran, mientras que con idéntico resultado pero calificada la acción como delito de lesiones –cuyo bien jurídico es de rango inferior al de los delitos de homicidio y asesinato– al apreciar dolo de lesionar y no de causar la muerte, el delito y la pena fueran imprescriptibles.

5) ACOSO LABORAL

5.1. La necesidad del tipo penal

El AP 2008 añade un segundo párrafo al apartado 1 del artículo 173, con la siguiente redacción:

«Con la misma pena serán castigados los que, en el marco de cualquier actividad laboral, realicen contra otro de forma reiterada actos de grave acoso psicológico u hostilidad que naturalmente generen en la víctima sentimientos de humillación y los que, en el marco de cualquier otra relación contractual, provoquen situaciones gravemente ofensivas en la dignidad moral de la otra parte, mediante la alteración sensible de las condiciones de disfrute de los derechos derivados de la misma.»

No hay Decisión Marco que trasponer en este ámbito, pero sí hay dos documentos europeos relevantes, tal y como destacó el Informe del CGPJ sobre Anteproyecto de 2006:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

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, como 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 estaba generando, poniendo de relieve las consecuencias perniciosas que tal situación genera en la salud, desembocando a menudo en enfermedades relacionadas con el estrés.

A su vez, el Grupo de Estudio de Violencia en el Trabajo de la Comisión Europea³ definió 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 esto, la violencia en el lugar de trabajo constituye un factor de riesgo que el empresario está obligado a evaluar y prevenir o reducir a través de medidas específicas, con arreglo al artículo 6 de la Directiva Marco 89/391/CEE

El *mobbing* o acoso laboral viene siendo caracterizado en la jurisprudencia social como causa justificativa de la extinción unilateral del contrato de trabajo a instancia del trabajador prevista en el artículo 50 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, o bien por constituir incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario.

A partir de estas bases, el informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de 2006 consideró que era manifiesta la afinidad del *mobbing* con el supuesto

³ Dictamen adoptado el 29 de noviembre de 2001 –Doc.1564/2/01 ES-



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

típico actualmente recogido en el artículo 173.1 del Código Penal, lo que permitiría sin necesidad de reforma legal abarcar la mayoría de estas conductas. No obstante, consideró que la tipificación expresa de esta modalidad de trato degradante podía tener un singular valor pedagógico.

La idea de que el tipo de acoso laboral está incluido en el vigente artículo 173.1 del Código penal constituye doctrina científica mayoritaria. Sin embargo, esta idea parte de la existencia muy criticada de un tipo penal tan genérico, indeterminado y, por tanto, tan ajeno al principio de determinación de los tipos penales, como el del recién mencionado artículo 173.1⁴. El debate sobre la necesidad de introducir un tipo penal específico de acoso laboral debe tener en cuenta, pues, que la existencia de tipos no taxativos, abiertos e indeterminados, no han impedido nunca la existencia de tipos penales especiales, ni ha resuelto adecuadamente los problemas técnicos de tipicidad de las conductas, y, por supuesto, tampoco han servido para el fin de prevención general de las normas prohibitivas penales.

Ahora bien, si, por estas razones, se considera técnico y políticamente criminalmente adecuado introducir un delito específico de acoso laboral, la opción del Anteproyecto de que sea de la misma gravedad que el vigente atentado genérico contra la integridad moral, exige que ambos delitos tengan

⁴ Cfr. STS, 2^a, nº 489/2003, de 2 de abril de 2003: “*La impugnación realizada exige, por nuestra parte, dar contenido al tipo penal del artículo 173 del Código Penal, precepto que, según una opinión generalizada en la doctrina, adolece de graves defectos en su redacción al declarar como acción típica la de infligir a una persona un trato degradante que menoscabe gravemente su integridad moral*”. En el mismo sentido, STS, 2^a, nº 2101/2001, de 14 de noviembre: “*Como es sabido durante el debate parlamentario se oyeron autorizadas voces que consideraron superfluo este tipo penal y que subrayaron la imprecisión de su contenido. Es evidente que el hecho de que el artículo 15 CE garantice la interdicción de tratos degradantes, no constituye todavía una justificación de un tipo penal específico, dado que el reconocimiento de un derecho fundamental no es considerado como un mandato constitucional de protección penal, sin más*”.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

un ámbito típico propio, es decir, que se comporten de forma complementaria entre sí.

Según esto, la justificación del segundo párrafo del artículo 173.1 del Anteproyecto de 2008, exige que, al menos en lo referente al tipo de acoso laboral, describa una situación de hostigamiento en la actividad laboral que no esté contemplada en el primer párrafo como trato degradante.

Pese a ser discutible y estar discutido, el delito del vigente artículo 173.1 puede estar constituido por un solo acto, siempre que éste conlleve en sí mismo un menoscabo grave de la integridad moral, en tanto que el acoso laboral requiere en todo caso una reiteración de actos. Es, precisamente, esa reiteración la que concede relevancia penal a cada uno de los actos de acoso, cuya gravedad por separado, aun siendo expresamente exigida en el Anteproyecto, no puede constituir trato degradante, ya que, en tal caso, la conducta entraría en el ámbito típico del vigente artículo 173.1.

Por tanto, hay tratos degradantes en el vigente artículo 173.1 que por ser únicos y delictivos en sí mismos, no pueden integrarse en el nuevo tipo penal de acoso laboral. Ambos tipos describen diferentes formas igualmente graves de lesionar el bien jurídico “integridad moral”.

Es significativo el hecho de que apenas existen sentencias condenatorias penales por conductas graves constitutivas de acoso laboral, lo cual corrobora este argumento diferenciador. Es más, reiteradas sentencias penales han reclamado este nuevo tipo, y muchas sentencias consideran que el *mobbing* no puede encuadrarse en el artículo 173.1.

El hecho, pues, de que existan algunas sentencias penales que han incluido graves conductas de acoso laboral en el vigente tipo del artículo 173.1 no invalida la necesidad del tipo, ni tampoco este argumento diferenciador, pues la ausencia de un tipo penal específico de acoso laboral y la existencia,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

sin embargo, de un tipo absolutamente indeterminado de atentado contra la integridad moral han forzado la interpretación del vigente.

Cabe recordar que la vaguedad de los términos que se emplean en el tipo de trato degradante del artículo 173.1 ya generó opiniones contrapuestas en relación con las conductas de acoso en el ámbito familiar. Así, la sentencia del Tribunal Supremo 489/2003, de 2 de abril de 2003, antes citada, rechazó interpretar las conductas de violencia habitual en el ámbito familiar como trato degradante porque “*carenecen de la nota de envilecimiento y humillación que corresponde al tipo penal del artículo 173*”. En cambio, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998, sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, reconoció que el delito de trato degradante bastaba para regular la violencia psíquica habitual doméstica.

El problema no está, pues, en la introducción en el Código Penal de un nuevo tipo específico de acoso laboral, que nos homologa, por cierto, con otros ordenamientos jurídicos europeos y resuelve una situación técnicamente muy confusa, sino en la existencia en el nuestro de un tipo tan abierto e indeterminado, tan escasamente respetuoso con el principio de determinación de los tipos penales como el del vigente artículo 173.1. Un tipo que está compuesto exclusivamente de conceptos indeterminados: “*trato degradante*”, “*menoscabando gravemente*”, “*integridad moral*”.

Esta indeterminación típica del vigente artículo 173.1 es, precisa y cabalmente, la mejor justificación de la necesidad del nuevo tipo específico de acoso laboral, que permitirá ir reduciendo el ámbito residual de aplicación del vigente, que es más que dudosamente compatible con el principio de legalidad.

5.2. El acoso laboral en la función pública



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

La expresión “*actividad laboral*” (el Anteproyecto anterior se refería a “*relación laboral*”) se introduce para acoger a los funcionarios, tal y como reconoce la propia exposición de motivos, aunque permite cualquier interpretación extensiva.

En el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de 2006 se criticó que no se hubieran incorporado a la descripción típica los supuestos de hostigamiento psicológico del que pueden ser víctimas los funcionarios públicos o el personal estatutario en sus centros de trabajo, alegando que la repercusión del acoso moral en el ámbito de la función pública no es menos intenso que en el del trabajo por cuenta ajena.

El acoso laboral en el ámbito de la función pública también ha obtenido carta de naturaleza en el ámbito de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por trato moralmente lesivo a sus funcionarios, o bien conectadas con el régimen disciplinario. El CGPJ recomendó, por eso, en su informe que también en el orden penal se extendiera a los funcionarios el régimen protector de los trabajadores.

Ahora bien, las peculiaridades de la relación laboral en la función pública hacen aconsejable que el tipo penal tenga elementos diferentes de los del acoso laboral fuera de las Administraciones Públicas.

Efectivamente, esta clase de comportamientos en el ámbito de la función pública no son fácilmente subsumibles en el concepto jurídico penal de acoso laboral, puesto que el requisito de la reiteración de la conducta hostil se desdibuja notablemente debido a que los actos de acoso pueden materializarse en un solo acto administrativo de efectos permanentes. Por eso, se sugiere que el elemento de la reiteración sea sustituido en el ámbito de la función pública por “*la permanencia de sus efectos*”, que deben ser reveladores de un proceso de grave hostigamiento, incluso si han existido resoluciones administrativas consentidas o infracciones no penales prescritas.



5.3. Marcos penales de los acosos laboral y sexual

El acoso sexual es una estrategia más de hostigamiento en el trabajo (de hecho en algunas sentencias se solicita la aplicación del delito de acoso sexual y, subsidiariamente, el delito del artículo 173.1). Ambos delitos de acoso comparten los rasgos esenciales del acoso moral, ya que son un modo de hostigamiento que provoca un clima objetivo y gravemente intimidatorio, hostil y humillante

Sin embargo, la pena prevista para la realización del tipo del artículo 173. 2 convierte el acoso sexual en una modalidad privilegiada de acoso en el trabajo. En cambio, en el ámbito laboral y administrativo la normativa sancionadora equipara la gravedad de las conductas de acoso sexual y el resto de las formas de acoso, ya que todas son infracciones muy graves. Así está previsto, en efecto, en los apartados 13 y 13 bis del artículo 8 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, y en los apartados b) y o) del artículo 95. 2 del Estatuto Básico del Empleado Público.

El componente sexual no explica suficientemente un tratamiento privilegiado. La idea de instrumentalización o humillación del trabajador es igualmente significativa.

Ahora bien, ya que el tipo de acoso sexual del artículo 184 puede consumarse con una sola solicitud, puede encontrar cierta justificación la pena notablemente inferior a la del acoso laboral. No obstante, debe dejarse constancia de que la técnica legislativa consistente en considerar acoso sexual un solo acto es contrario a la propia semántica del término, que se caracteriza por la reiteración. Se debería reflexionar, por tanto, sobre la defectuosa técnica legislativa del delito de acoso sexual, no sólo en relación con el acoso laboral, sino también con el delito de amenazas condicionales de un mal no constitutivo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

de delito, que es en lo que consiste normalmente la conducta de acoso sexual, pero al que corresponde, no obstante, una pena muy superior.

Por otro lado, la disfuncionalidad penológica entre ambos tipos de acoso se diluye en el acoso sexual con prevalimiento. Reduciendo, pues, la pena correspondiente al acoso laboral sin prevalimiento y previendo éste como tipo agravado con la pena prevista en el Anteproyecto de 2008 para cualquier delito de acoso laboral, se evitaría la disfunción de la muy notable diferencia de marcos penales con el delito de acoso sexual, y se adaptaría la gravedad de las penas a la diferente gravedad de ambas clases de acoso laboral: el horizontal como tipo básico y el de prevalimiento como tipo agravado.

5.4. El tipo de atentado contra la dignidad moral en las relaciones contractuales

El segundo inciso del artículo 173.2, regula el acoso “*en el marco de cualquier otra relación contractual*”. En este tipo penal, sin embargo, la conducta no se limita expresamente al hostigamiento psicológico, sino que basta con “*provocar 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*”. Sus diferencias típicas son, pues, muy notables.

Salvo en el denominado *mobbing inmobiliario*, las razones político-criminales existentes para la inclusión en el Código Penal de este peculiar acoso, referidas a la existencia de relaciones contractuales que quedan fuera del tipo de acoso laboral, como las de los trabajadores autónomos, a las que se refirió el informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de 2006, han dejado de tener relevancia en gran parte, ya que el texto ahora propuesto elude el ámbito estricto de las relaciones laborales, que son sustituidas por las actividades laborales.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Sin embargo, puede haber supuestos merecedores de una atención penal específica, como formas de acoso muy diferentes del acoso laboral. Esto no justifica una tipificación extensiva de cualquier abuso grave en las relaciones contractuales civiles, sino que aconseja la específica tipificación de estos supuestos peculiares, al igual que se hace, ahora, con el acoso laboral y se hizo antes con los acosos sexual y doméstico. El principio de legalidad que recoge el artículo 25 de la Constitución y el artículo 1 del Código Penal (principio de seguridad jurídica) no se satisface sólo con la incriminación previa de la conducta, sino con una descripción precisa de la misma.

Este sería el caso del llamado *mobbing* inmobiliario, término que se refiere a situaciones en las que una persona o un grupo de personas ejercen un conjunto de comportamientos caracterizados por una violencia psicológica, aplicada de forma sistemática durante un tiempo sobre otra persona con la cual mantienen un vínculo contractual de arrendamiento urbano, para forzarla a alterar el contrato o a que renuncie a él.

Este fenómeno delictivo se denomina en inglés *blockbusting* (revientacasas). Una aproximación muy adecuada a una forma de *blockbusting* puede encontrarse en la ley estadounidense denominada “*The Fair Housing Act*”, que se refiere a la utilización de colectivos marginales para expulsar a los habitantes de un área.

Sin más precisiones, el tipo penal propuesto no aporta nada a los de coacciones, amenazas o vejaciones de carácter leve. No hay que olvidar que los delitos de coacciones o amenazas se castigan con más pena que el del artículo 173.2, que se comportaría, por tanto, como un tipo privilegiado de los anteriores. Este es un efecto contrario del que parece pretender el Anteproyecto



6) EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS

Con la inclusión del artículo 177 bis se armoniza el Código Penal español con el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de mujeres y niños, del Anexo II de la Convención de la ONU contra la delincuencia organizada transnacional, aprobado el 15 de diciembre de 2000. España ratificó este protocolo el 21 de febrero de 2002 (BOE, de 11 de diciembre de 2003).

Asimismo, con la introducción del artículo 177 bis se da cumplimiento a la Decisión Marco del Consejo de la UE de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (DOCE núm. L 203/2002, de 1 de agosto de 2002).

El artículo 177.1 bis enumera una serie de conductas –“*captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar*”– mediante la utilización de violencia, intimidación, engaño o abusos de diversa índole (de superioridad, de la necesidad o vulnerabilidad de la víctima) con ciertas finalidades: explotar sexual o laboralmente, o extraer órganos.

Llama la atención que en el Anteproyecto no se incluya como medio comisivo determinado la «*recepción o concesión de pagos para obtener el consentimiento de la víctima*», pese a que lo recogen tanto el Protocolo de la ONU⁵ como la Decisión Marco de 2002⁶.

⁵ Art 3 del Protocolo ONU: «Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esta explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos».

⁶ La Decisión Marco de 2002 en su art 1.d) menciona: «Se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona (...»).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Por otro lado, tal y como señala la Exposición de Motivos y se deduce de la propia redacción del nuevo precepto, es indiferente que las víctimas sean nacionales o extranjeras, o que estén o no relacionados los actos de trata de personas con la delincuencia organizada, ya que en este caso se prevé un tipo agravado.

6.1. Sobre la penalidad prevista

El marco penal del tipo básico de trata de personas supera ampliamente el de las conductas de explotación sexual de los tipos básico del artículo 188. 1 (prisión de dos a cuatro años y multa) y de explotación laboral, en el caso de que se entienda que ésta está tipificada en los artículos 311 y siguientes del Código Penal, como es habitual.

Teniendo en cuenta el elevado marco penal correspondiente al tipo básico de trata de personas –cinco a ocho años de prisión– y dado que el tipo básico se refiere a actos no realizados por una organización criminal, así como la variedad de conductas típicas de más que posible diferente gravedad – piénsese, por ejemplo, en el alojamiento, frente al transporte–, parece conforme al principio de proporcionalidad de las penas la introducción en el artículo 177 de una cláusula de atenuación facultativa de la pena, al modo de la que prevé el vigente artículo 318 bis) 6, que se refiere a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros:

“Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada”.

Ha de llamarse la atención, asimismo, sobre la elevada penalidad prevista en los subtipos agravados [artículo 177 bis) 4.5.y 6] con respecto a lo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

dispuesto en la Decisión Marco del Consejo de 2002, que en su artículo 3.2 dispone que:

«Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar la punibilidad de las infracciones indicadas en el artículo 1º con penas máximas privativas de libertad no inferiores a ocho años cuando se cometan en cualesquiera de las siguientes circunstancias:

- a) que se ponga en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima;*
- b) que se cometan contra una víctima que sea particularmente vulnerable. Se considerará que una víctima es particularmente vulnerable al menos cuando la víctima esté por debajo de la edad de mayoría sexual según la legislación nacional y la infracción se haya cometido con fines de explotación de la prostitución ajena o a ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía;*
- c) que se cometan mediante violencia grave o hayan causado a la víctima daños particularmente graves;*
- d) que se cometan en el marco de una organización delictiva como se define en la Acción común 98/733/JAI con independencia del nivel de la pena que en la misma se contempla.»*

Como puede comprobarse, la Decisión Marco opta por una pena máxima no inferior a ocho años, mientras que el Anteproyecto opta por situar el límite mínimo de la pena de prisión correspondiente a los tipos agravados en ocho años.

6.2. Conductas típicas y delimitación con otros delitos

Las conductas típicas del artículo 177 bis pueden solaparse con otras infracciones, como, por ejemplo, la prevista en el artículo 188.1, que tipifica el hecho de determinar a la prostitución mediante violencia, intimidación, engaño,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

abuso de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad, y que, sin embargo, es mucho menos grave.

Para justificar la mayor gravedad del delito de trata de personas conviene reforzar en este tipo la necesaria vinculación de las conductas típicas con el tráfico de personas, pues es éste el que atribuye un juicio de desvalor muy específico a las conductas. Si estas conductas no tuvieran relación dolosa con el tráfico de personas tendrían necesariamente que ser mucho menos graves, de acuerdo con el principio de proporcionalidad de las penas.

Aunque el propio concepto de trata incluido en el tipo penal implica el tráfico, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la mayor parte de las conductas típicas no implican conceptualmente el tráfico de personas. Este es el caso de la acogida, la recepción y el alojamiento, pero, también puede serlo la captación en determinadas circunstancias. Por eso, parece necesario que el tipo penal refuerce la vinculación dolosa de todas las conductas con el tráfico de personas, de tal forma que el peso central de la conducta típica no recaiga en las acciones de captar, alojar, recibir, o acoger, sino, precisamente en la de traficar con personas. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o alojamiento, a los que se refiere el Anteproyecto de 2008 deben ser descritas, por tanto, como formas concretas de traficar con personas⁷.

En caso de no ser aceptada esta propuesta será muy difícil distinguir el delito de trata de personas del antes referido delito de prostitución del artículo 188.1, cuando, por ejemplo, se capte a una persona para prostituirla, pues éste exige los mismos medios comisivos previstos en el delito de trata, conducta

⁷ El tipo podría quedar redactado como sigue: “Será castigado con la pena de 5 a 8 años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, ya en territorio español ya desde, en tránsito o con destino a España, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, traficare con personas, mediante su captación, transporte, traslado, acogida, recepción o alojamiento con cualquiera de las finalidades siguientes...”



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

ésta, sin embargo, merecedora de una pena muy inferior (dos a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses). Asimismo, si las conductas típicas no se vinculan expresamente al tráfico de personas, la redacción del Anteproyecto planteará problemas de delimitación entre las conductas de favorecimiento, inducción, promoción, etcétera de la prostitución de menores de edad (187.1 CP) y el delito de trata de menores de edad (177.2 bis conforme al Anteproyecto).

Por otro lado, la finalidad o elemento subjetivo típico de la trata de personas consistente en “*explotar su trabajo o sus servicios*”, a la que se refiere el artículo 177 bis 1 a), no está limitada a la de someterlas a “*servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre*”, ya que estas últimas no son en el Anteproyecto más que unas formas concretas de explotación laboral o de servicios, pero no las únicas.

Visto el muy grave marco penal propuesto para la trata de personas con el fin de una explotación laboral que no constituye trabajo o servicios forzados, esclavitud, ni prácticas similares, y la existencia en nuestro Código Penal de los menos graves delitos contra los derechos de los trabajadores, que incluyen la explotación laboral, parece que las conductas de trata de personas con la finalidad de la explotación del trabajo, que no constituyan servicios forzados, esclavitud o prácticas similares deberían quedar fuera del tipo y remitirse a los de imposición de condiciones laborales contrarias a los derechos reconocidos legalmente.

Sería conveniente, por eso, cualificar la explotación del trabajo o servicios a la que se refiere este elemento subjetivo del tipo de trata de personas, de tal manera que el artículo 177 bis 1 a) se limitara a las finalidades de imponer trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares.



7) DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y LA INDEMNIDAD SEXUALES, PROSTITUCIÓN Y CORRUPCIÓN DE MENORES

7.1. Agravación de la pena del delito de agresión sexual sin acceso carnal.

El artículo 178 en la redacción del Anteproyecto de 2008 prevé una agravación de la pena que corresponde al delito de agresión sexual sin acceso carnal. El marco penal pasa de ser uno a cuatro años a uno a cinco años.

Se trata de una exigencia de la Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003. Esta Decisión establece en su artículo 5.2 una pena privativa de libertad de una duración máxima de al menos cinco años para la práctica de actividades sexuales con menores haciendo uso de coacción, fuerza o amenaza. Puesto que “menor” es para esta Decisión cualquier persona menor de 18 años, y que el nuevo artículo 183 establece un régimen más severo para las víctimas menores de 13 años, la modificación propuesta del marco penal del artículo 178 es imprescindible.

7.2. Tipos penales con víctima menor de 13 años: el artículo 183

Se modifica el artículo 183, que queda redactado como sigue:

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

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



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

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

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

- a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión, y, en todo caso cuando sea menor de 4 años.
- b) Cuando los hechos se cometan de forma conjunta por dos o más personas.
- c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
- d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
- e) Cuando el autor haya puesto en peligro de forma deliberada la vida del menor.
- f) Cuando la infracción se haya cometido en el marco de una organización delictiva, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.”

El nuevo artículo 183 recoge todas las conductas en las que la víctima es un menor de 13 años. La regulación propuesta sugiere las siguientes reflexiones.

El texto se refiere al “menor de 13 años”. Para incluir en el tipo sin lugar a dudas a los niños o niñas de 13 años, como parece razonable, el tipo debería



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

decir: “*de trece años o menos*”. Una precisión similar debe hacerse también en el artículo 182, que regula el abuso sexual con “*persona mayor de 13 años y menor de 16*”. Si se quiere que quede aquí incluida la persona de 16 años de edad, debe decirse: “*personas mayores de 13 años y de 16 años o menos*”.

Por otra parte, el artículo 183.1 recoge actos que “*atenten contra la indemnidad sexual de un menor de 13 años*”. No obstante, el apartado 2 incluye un tipo más grave en caso de intimidación. La intimidación revela un residuo de libertad en el menor. Por lo tanto, el artículo 183.1 debe ser objeto de una precisión, que incluya la referencia al bien jurídico libertad –no solo indemnidad– sexual de los menores de 13 años.

El artículo 183.4 regula circunstancias agravantes específicas. Merecen una consideración especial las siguientes:

“*b) Cuando los hechos se cometan de forma conjunta por dos o más personas*”.

En el catálogo de circunstancias del vigente artículo 180, que no se modifica, se incluye “*la actuación conjunta de dos o más personas*” (180. 1. 2^a). Para no plantear nuevos problemas interpretativos, si, como parece, lo que se pretende es una extensión al artículo 183 de la regla del artículo 180, deberían emplearse en los dos artículos los mismos términos, es decir: “*actuación conjunta de dos o más personas*”.

“*e) Cuando el autor haya puesto en peligro de forma deliberada la vida del menor*”.

Este tipo agravado se refiere a la creación de una situación de peligro concreto para la vida del menor sin dolo de homicidio, pues si se incluyesen aquí los casos de concurrencia de dolo homicida el desbarajuste penológico sería completo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Si se acepta este punto de partida, debe excluirse, entonces, la expresión “*de forma deliberada*”, pues resulta inapropiada para expresar el matiz no doloso con respecto al resultado muerte. La alternativa podría ser: “*Cuando el autor haya puesto en peligro conscientemente la vida del menor*”. Un tipo así indicaría la exigencia de un dolo de peligro concreto, o bien de imprudencia de peligro, y facilitaría bastante la interpretación que deja fuera del tipo penal las conductas realizadas con dolo de matar al menor.

Ahora bien, puesto que el debate doctrinal sobre la relación entre el dolo de peligro concreto y el dolo con respecto al resultado somete a discusión la diferencia entre ambos, podría aclararse el debate reafirmando la pervivencia de las reglas generales de los concursos de normas y de delitos, empleando, por ejemplo, la siguiente expresión: “*Cuando el autor haya puesto en peligro conscientemente la vida del menor, salvo en caso de homicidio consumado o intentado*”.

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

Esta circunstancia agravante se corresponde con la de los vigentes artículos 187.3 y 189.3. e), y con la incluida en el artículo 188. 4. b) a tenor del Anteproyecto: “*Cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades*”.

Pese a esta relación sistemática entre las tres normas, la expresión utilizada en el artículo 183.4 f) conforme al Anteproyecto de 2008 es: “*en el marco de una organización delictiva [...]*”. A diferencia del tipo agravado de los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores, en éste no es necesario, por tanto, que el culpable pertenezca a la organización.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

La Decisión Marco mencionada emplea la expresión “*en el marco de [...]*” para los delitos relacionados con la prostitución o la participación de niños en espectáculos pornográficos. Estos son, sin embargo, los casos en los que el Código Penal vigente exige la pertenencia a la organización para la aplicación de la circunstancia agravante.

Por su parte, la Acción Común 98/733/JAI define el concepto de organización delictiva y establece reglas para la punición de conductas no ejecutivas⁸, pero no contiene la expresión “*en el marco de [...]*”.

⁸ “Artículo 1: A efectos de la presente Acción común, 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 delitos sancionables con una pena privativa 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, 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 autoridad pública. Los delitos a que se refiere el párrafo primero incluyen los mencionados en el artículo 2 del Convenio EUROPOL y en su anexo y que pueden ser sancionados con una pena al menos equivalente a la mencionada en el párrafo primero.

Artículo 2: 1. Para facilitar la lucha contra las organizaciones delictivas, los Estados miembros se comprometerán, conforme al procedimiento contemplado en el artículo 6, a garantizar que uno o los dos comportamientos contemplados a continuación estén sujetos a sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasorias:

a) el comportamiento de toda persona que, de forma intencional y teniendo conocimiento bien del objetivo y de la actividad delictiva general de la organización, bien de la intención de la organización de cometer los delitos en cuestión, participe activamente:

- en las actividades delictivas de la organización contempladas en el artículo 1, aún cuando esta persona no participe en la ejecución propiamente dicha de los delitos de que se trate y, sin perjuicio de los principios generales del Derecho penal del Estado miembro, incluso cuando no tenga lugar dicha ejecución,

- en las demás actividades de la organización teniendo, además, conocimiento de que su participación contribuye a la ejecución de las actividades delictivas de la organización contempladas en el artículo 1;

b) el comportamiento de toda persona consistente en concertarse con una o varias personas para llevar a cabo una actividad que, en caso de materializarse, equivalga a la comisión de los delitos contemplados en el artículo 1, aunque dicha persona no participe en la ejecución propiamente dicha de la actividad”.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Así pues, en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales el empleo por la Decisión Marco de la expresión “*en el marco de una organización delictiva*” no conduce necesariamente a la incorporación de los no pertenecientes a la organización al ámbito de aplicación de las circunstancias agravantes específicas. Esta incorporación es una decisión político-criminal del Anteproyecto de 2008.

Puesto que no hay una razón que explique la diferencia entre los tipos penales referidos a los abusos y agresiones sexuales a menores, que están agravados en el Anteproyecto de 2008 por haberse cometido “*en el marco de una organización criminal*”, y los referidos a la corrupción y pornografía infantiles, que lo están por “*pertenecer a una organización*”, y puesto que los instrumentos jurídicos de la Unión Europea no permiten explicar esta diferencia, es aconsejable que coincidan las expresiones utilizadas en los diversos delitos. La agravación “*cuando el culpable pertenezca (...)*”, es menos indeterminada y, por tanto, preferible desde el punto de vista del principio de taxatividad, pero, si el Anteproyecto de 2008 pretende que esta circunstancia agravante sea aplicable también a quienes intervienen como autores o partícipes en el hecho delictivo sin pertenecer a la organización, puede optarse por la expresión que utiliza la Decisión Marco. En tal caso, para evitar antinomias arbitrarias sería conveniente reformar en el mismo sentido los artículos 187.3 y 189.3. e) del Código Penal vigente.

7.3. Los marcos penales y el principio de proporcionalidad

Los principales marcos penales previstos en el Anteproyecto de 2008 para las agresiones y los abusos sexuales, en el contexto de la legislación vigente, son los siguientes:

A) General (trece años de edad o más; debería ser "de más de trece años", según lo que se sostiene en el presente informe):



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Agresión sexual: 1-5 años de prisión (artículo 178)

Violación: 6-12 años de prisión (artículo 179)

Agresión sexual con una circunstancia agravante: 5-10 años de prisión (artículo 180)

Agresión sexual con dos o más circunstancias agravantes: 7.5-10 años de prisión (artículo 180)

Violación con una circunstancia agravante: 12-15 años de prisión (artículo 180)

Violación con dos o más circunstancias agravantes: 13.5-15 años de prisión (artículo 180)

Abuso sexual con acceso carnal: 4-10 años de prisión (artículo 181)

Abuso sexual con acceso carnal agravado: 7-10 años de prisión (artículo 181)

B) Menores de 13 años (artículo 183) (debería ser "de trece años o menos", según este informe):

Agresión sexual: 5-10 años de prisión

Agresión sexual con una circunstancia agravante: 7.5-10 años de prisión

Violación (sin mención expresa del término): 12-15 años de prisión

Violación con una circunstancia agravante: 13.5-15 años de prisión

Abuso sexual con acceso carnal: 8-12 años de prisión

Abuso sexual con acceso carnal agravado: 10-12 años de prisión

Con respecto a estos marcos penales deben hacerse dos consideraciones:

1º) Se siguen planteando problemas de proporcionalidad con el homicidio. Así, por ejemplo: Violación de un menor de 13 años: 12-15 años de prisión; homicidio de un menor de 13 años: 10-15 años de prisión.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

2º) Como el artículo 183 no incorpora el efecto penológico de dos o más circunstancias agravantes, que, sin embargo, sí está previsto en el vigente artículo 180, quedan equiparados los marcos penales de la agresión sexual general con dos o más circunstancias agravantes (7½ -10 años de prisión) y de la agresión sexual a menor de 13 años con una o más circunstancias agravantes (7½ -10 años de prisión). Lo mismo sucede con la violación general con dos o más circunstancias agravantes (13½ -15 años de prisión) y la violación de menor de 13 años con una o más circunstancias agravantes (13½ -15 años).

Esto diluye la pretensión de mayor rigor punitivo del Anteproyecto de 2008 cuando la víctima es menor de 13 años, que se corregiría previendo en el artículo 183.4 la imposición de la pena superior en grado cuando concurren dos o más circunstancias agravantes, puesto que la pena en su mitad superior ya está prevista en el artículo 183.4 para los supuestos de concurrencia de una sola agravante.

No obstante, vistos los elevados marcos penales previstos para estos delitos en el Anteproyecto de 2008, esta solución podría ser conflictiva desde el punto de vista de la proporcionalidad de las penas. Esta reflexión conduce a la conveniencia de revisar en general los marcos penales del artículo 183 según el Anteproyecto.

7.4. Los tipos penales del artículo 187.1

El artículo 187.1 incorpora al tipo a quien “*solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz*”.

El artículo 2 de la Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, establece que:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

“Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas intencionales siguientes: [...] c) practicar con un niño actividades sexuales recurriendo a alguno de los medios siguientes: [...] ii) ofrecer al niño dinero u otras formas de remuneración o de atenciones a cambio de que se preste a practicar actividades sexuales”.

Con el tipo en vigor del artículo 187.1 las conductas de quienes mantienen relación sexual a cambio de precio con menores son típicas, tal y como ha confirmado la jurisprudencia, pero solo si determinan la entrada o el mantenimiento del menor en la prostitución⁹.

Por lo tanto, la nueva redacción del artículo 187.1 debe entenderse, de acuerdo con las exigencias de la Decisión Marco mencionada, como una extensión del tipo a las conductas de ejercicio de la prostitución sin necesidad de mayores distinciones cualitativas. Se trata de penar a quien aprovecha una situación ya creada de prostitución para obtener como único fin la realización de actividades sexuales con el menor.

Para este propósito, el tipo incluye las conductas de solicitud, aceptación u obtención de la relación sexual. Debe tenerse en cuenta que el actual artículo 187 incluye un elemento de tendencia –la entrada o el mantenimiento del menor o incapaz en la prostitución como derivado potencial de la relación sexual– que en el nuevo tipo no es necesario. Por ello, es

⁹ Así, por ejemplo, STS, 2^a, 1207/1998, de 7 de abril: “(...) 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 artículo 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”.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

aconsejable que el ámbito del tipo se circunscriba a las conductas de consumación, que han de entenderse coincidentes con el inicio de la actividad sexual, dejando la mera solicitud y aceptación a las reglas de la tentativa, que tiene que estar menos penada que el delito consumado. La redacción alternativa podría ser: "*La misma pena se impondrá al que obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz*". Esta redacción no compromete la exigencia de la Decisión Marco, que habla en todo caso de "practicar" con un niño actividades sexuales.

7.5. Intervención de personas jurídicas

El artículo 189.8 incluye una nueva redacción en los siguientes términos:

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

Tal y como se señaló en el apartado correspondiente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no es necesaria referencia alguna al "marco" o la "ocasión", expresiones que por su indeterminación generan problemas interpretativos y, por tanto, inseguridad jurídica. Bastaría para evitarlo la referencia a: "*Cuando una persona jurídica sea declarada responsable de algún delito comprendido en este capítulo...*".

7.6. La privación definitiva de la patria potestad



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Por último, debe hacerse una breve referencia a la modificación del artículo 192.2. Queda aquí incluida la privación definitiva de la patria potestad, que merece la siguiente reflexión.

El Anteproyecto incorpora la pena de privación de la patria potestad a la lista del artículo 39 en una nueva letra j): “*Son penas privativas de derechos: (...) j) La privación de la patria potestad*”. No se hace aquí ninguna referencia al carácter definitivo de esta privación, es decir, a la imposibilidad de la recuperación de la patria potestad. Por una elemental exigencia de coherencia y congruencia sistemáticas tienen que evitarse penas en los delitos del Libro II que no estén previstas como tales en el catálogo general de penas del Libro I. En consecuencia, el artículo 192.2 debería prescindir de la referencia a la naturaleza definitiva de la pérdida de la patria potestad.

Al anterior razonamiento se añade que la pérdida de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, según prevé expresamente el artículo 46 en la redacción del Anteproyecto, pero ello no implica la prohibición de recuperarla. Por el contrario, la regla general para estos casos es la inversa, tal y como prevé el artículo 170 del Código Civil:

“El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 192.2 conforme al Anteproyecto de 2008 debería suprimir la referencia a la naturaleza definitiva de la pérdida de la patria potestad, de acuerdo con el principio de unidad del ordenamiento jurídico.



8) DELITOS INFORMÁTICOS

En el artículo 197 se introduce un nuevo apartado 3, y se añade el apartado 8, en los siguientes términos:

Artículo 197:

“3. El 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.

Cuando el delito se hubiere cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de multa del tanto al duplo del perjuicio causado.

(...)

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

Los tipos penales del artículo 197.3 y 8 obedecen al mandato armonizador contenido en el artículo 2 de la Decisión Marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero de 2005 relativa a los ataques contra los sistemas de información, 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.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

El acceso ilegal a un sistema informático protegido por mecanismos de seguridad está tipificado de forma similar en el artículo 615 ter) del Código Penal italiano, y en el parágrafo 202 a) del Código Penal alemán.

El informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de 2006 cuestionó la necesidad de esta reforma, pues advertía 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”.

Sin embargo, el tipo del apartado 3 no es redundante, porque no hay tal solapamiento con el actual artículo 197.2. Este artículo protege datos personales registrados en ficheros, en tanto que la conducta del artículo 197.3 en términos del Anteproyecto afecta a datos que no necesariamente son personales, ni necesariamente están registrados en ficheros. En segundo lugar, la incorporación de este nº 3 del artículo 197 pretende tutelar penalmente, de acuerdo con el mandato de la Decisión Marco citada, los sistemas de información protegidos por barreras de seguridad, pero el tipo penal no exige que mediante ese ataque a los sistemas de información se produzca atentado alguno contra la intimidad. Lo que se tipifica es el mero intrusismo informático, caracterizado por saltar las barreras del sistema. Este delito no requiere el elemento subjetivo específico de vulnerar la intimidad, aunque lleva implícito el de descubrir secretos, ya que éstos solo requieren que los datos estén protegidos por algún mecanismo que demuestre la voluntad de que no sean accesibles a los demás.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

De acuerdo, pues, con sus elementos típicos, el bien jurídico protegido no es la intimidad, sino la integridad y la indemnidad del propio sistema que protege los datos. Tal y como ha propuesto la doctrina, la conducta típica afecta a la seguridad colectiva del tráfico informatizado.

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 una sociedad de la información segura.

De acuerdo con esto, 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 *Europe*, 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 debe tenerse en cuenta la Resolución del Parlamento Europeo de 5 de septiembre de 2001, en la que 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 cuanto al tipo agravado del artículo 197.8, hay que tener en cuenta que la Decisión Marco reclama en sus consideraciones iniciales una mayor



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

sanción para quien comete la conducta a través de organizaciones criminales, en los siguientes términos:

“Es conveniente establecer sanciones más severas cuando un ataque contra un sistema de información se comete el marco de una organización delictiva, tal como se define en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea”.

Esta previsión se concreta posteriormente en el artículo 7 de la Decisión Marco, que claramente impone a los Estados la obligación de previsión de una determinada sanción penal:

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

En cumplimiento de este mandato el Anteproyecto incorpora un nuevo apartado 8 al artículo 197, que prevé la pena superior en grado en estos casos.

9) CAPTACIÓN FRAUDULENTA DE INVERSORES Y OBTENCIÓN FRAUDULENTA DE CRÉDITO

El Anteproyecto incorpora un nuevo artículo 282 bis, cuyo texto es el siguiente:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

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

La falsificación de “*las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica*” de una sociedad “*de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero*” está tipificada como delito societario en el primer párrafo del artículo 290 y penada con prisión de uno a tres años de prisión y multa de seis a doce meses. El segundo párrafo de este artículo prevé que si se llega a causar el perjuicio económico las penas tienen que ser impuestas en su mitad superior.

En consecuencia, el Anteproyecto pretende introducir en el Código Penal un tipo especial agravado con respecto a los del artículo 290 por tratarse de sociedades cotizadas y por haber conseguido el autor captar inversores u obtener crédito.

Sin embargo, el delito no se regula como forma de estafa, ni tampoco como delito societario, sino como delito contra el mercado y los consumidores, aunque solo contra el mercado de valores y los consumidores de inversiones y créditos o préstamos en ese ámbito.

No es comprensible la razón por la que el Anteproyecto da el muy necesario paso de tipificar las estafas de inversores y de crédito, pero, sin embargo, las reduce al mercado de valores, mezcla las inversiones con la financiación, segregá estos delitos de la estafa, que resulta ignorada incluso en cuanto a los marcos penales, y no atiende, tampoco, a su relación con el antes mencionado delito de falsedad societaria del artículo 290.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Si la pretensión político-criminal es atender específicamente a estas prácticas delictivas en el concreto ámbito del mercado de valores, la técnica utilizada debería ser la agravación de estas modalidades de delito societario o, si se prefiere, de estafa en el ámbito de las sociedades cotizadas, pero no la exclusión de otros mercados y posibles perjudicados. O, dicho de otro modo: la necesidad de introducir tipos penales autónomos de estafa de inversores y de crédito en nuestro Código Penal es inobjetable, pero la mezcla de ambos, la ausencia de sistema, y la exclusiva atención al mercado de valores y a determinados productos hacen muy objetable la propuesta del Anteproyecto.

En efecto, la regulación de la estafa de crédito es una laguna constantemente puesta de manifiesto por la doctrina y la jurisprudencia. Su inexistencia fuerza la interpretación extensiva del tipo de estafa, cuando, como sucede en las estafas de crédito, la contraprestación de una de las partes contratantes se difiere en el tiempo. Considerar que en estos casos el perjuicio económico para quien concede el crédito se produce cuando concede el crédito o préstamo mediante engaño bastante, aunque en ese momento el deudor no ha incumplido su obligación de pago, produce una confusión entre los elementos típicos objetivos del acto de disposición y el perjuicio patrimonial, y provoca la confusión entre el dolo civil entendido como vicio de la voluntad contractual (artículo 1.269 del Código Civil) y el dolo penal. Éste siempre ha sido entendido, sin embargo, como asechanza contra el patrimonio, es decir, como dolo de ocasionar un perjuicio, lo que va más allá de la mera voluntad de conseguir mediante engaño el contrato y, por tanto, el acto de disposición. Naturalmente, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado interpretaciones que permiten llenar la impunidad de la estafa de crédito y, por tanto, incluirla en el tipo de estafa consumado, pero a costa de críticas muy razonables desde el punto de vista del principio de legalidad, que en otros países llevaron a tipificar expresamente la estafa de crédito como tipo autónomo de estafa, en vez de a seguir el atajo de la interpretación extensiva y *contra legem*.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Es, pues, muy oportuno que el Anteproyecto aproveche la oportunidad de introducir la estafa de crédito en nuestro ordenamiento jurídico penal y evite, así, los atajos por vía interpretativa, que son de más que dudosa compatibilidad con el principio de legalidad. Pero, acto seguido, es incomprensible que el Anteproyecto reduzca esta estafa al ámbito objetivo del crédito en el mercado de valores, como si esta circunstancia fuera la única que justifica la incriminación de la estafa de crédito, en vez de constituir un posible tipo agravado de ésta.

Por su parte, la estafa de inversores suele ser analizada al modo de la prevista en el parágrafo 264 a) del Código Penal alemán, es decir como un delito de peligro abstracto para el colectivo indeterminado de posibles inversores, en cualquiera de sus formas, es decir, que pretende proteger directamente al mercado de hipotéticos inversores frente a determinados engaños. A diferencia de la estafa de crédito, en la que el interés político-criminal se centra en la protección del patrimonio concreto de quien concede crédito, es decir, en la que el resultado típico es, precisamente, la concesión de un crédito o préstamo debido al engaño padecido, en la estafa de inversiones la atención penal se concentra en el mercado de inversores en general, y no en un inversor concreto. Esto no evita, naturalmente, que el concreto patrimonio de los inversores también sea objeto de protección penal, lo que puede hacerse por la vía del concurso de delitos entre el de peligro abstracto –estafa de inversores– y el delito de estafa intentado o consumado, o bien por la vía de los tipos de estafa de inversores agravados por la producción de un perjuicio patrimonial o por la simple captación cierta de una inversión concreta.

Pese a ser lo anterior un punto común en la doctrina y el derecho comparado, el Anteproyecto propone un tipo penal que no es de peligro abstracto, sino de resultado consistente en la efectiva captación de inversiones. Este tipo penal se asemeja, pues, al de la estafa de crédito en que su consumación se produce mediante la realización de un acto de disposición patrimonial.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Dada esta estructura típica, será inevitable aplicar el primer párrafo del artículo 290 cuando la conducta engañosa no haya conseguido captar inversiones, sino solo generar un peligro económico abstracto para los posibles inversores. Debe suponerse, en efecto, que el Anteproyecto no pretende dejar sin castigo las estafas de inversores más consolidadas en derecho comparado, que son, precisamente, las que protegen a los inversores antes de que lleguen a realizar sus inversiones. No cabe, pues, más remedio que interpretar que el nuevo tipo penal no excluye la aplicación del delito de peligro abstracto del primer párrafo del artículo 290.

Siendo esto así, éste debería entrar en concurso de delitos con el nuevo tipo penal, cuando se hayan captado inversiones concretas. Esto generará problemas de delimitación típica con el segundo párrafo del artículo 290, que prevé otras consecuencias jurídicas cuando llega a producirse un perjuicio económico, es decir, en este caso, la efectiva captación engañosa de un inversor.

Todas las razones apuntan, pues, a la conveniencia de que la estafa de inversores sea regulada como un supuesto específico y agravado del delito del artículo 290.

Ahora bien, como quiera que el segundo párrafo del artículo 290 ha sido unánimemente criticado por establecer un marco penal arbitrariamente privilegiado con respecto a la estafa o al concurso ideal entre falsedad documental y estafa, y, especialmente, porque no tiene en cuenta los tipos agravados de estafa, sería imprescindible que el Anteproyecto contuviera, al menos en la estafa de inversores, una llamada específica a la aplicación de las penas de los tipos agravados de estafa cuando se produzcan perjuicios –léase, la captación cierta de inversiones- de especial gravedad, el aprovechamiento de credibilidad profesional o empresarial, o ambas circunstancias a la vez.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

En síntesis, pues, sería aconsejable separar la regulación de la estafa de inversiones y la estafa de crédito, y regular ésta como modalidad de estafa no limitada al ámbito objetivo del mercado de valores, y aquélla como estafa de inversores agravada junto al delito del artículo 290.

10) CORRUPCIÓN PRIVADA

Se integra como artículo único de la Sección Cuarta del Capítulo XI del Título XIII del Libro II el artículo 286 bis, que queda redactado como sigue:

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

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



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

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

10.1. Ámbito objetivo de aplicación

La Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2008 afirma que el nuevo delito de corrupción privada:

“[...] excluye de su ámbito 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.”

Sin embargo, nada de eso dice el artículo 286 bis, que ninguna exclusión contiene al respecto. Tampoco en la regulación del cohecho se hace mención a esta cuestión.

Por tanto, pese a lo indicado en la Exposición de Motivos, también las empresas privadas que prestan servicios públicos estarán sujetas a este nuevo delito y no a la disciplina del cohecho.

Esto resulta razonable, dado que la falta de condición funcional de los sujetos implicados y la imposible infracción del deber específico extrapenal que corresponde a aquellos, justifica que a las empresas privadas se les dé tratamiento de particulares, igual que sucede, por ejemplo, con la apropiación de bienes en estas empresas privadas que prestan servicios públicos, cuyos responsables son sancionados por la vía de los delitos patrimoniales ordinarios y no por medio del delito de malversación de caudales públicos, salvo casos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

excepcionales que están expresamente tipificados como malversación impropia.

Tampoco queda claro en la redacción propuesta lo que pasará en aquellos casos de conciertos fraudulentos en contrataciones cuando la empresa contratante sea de propiedad pública, aunque revista forma mercantil de derecho privado. En estos supuestos, puede ser aplicable el delito de contrataciones fraudulentas (artículo 436), que incrimina a los funcionarios y autoridades que se concierten con los interesados (particulares) en cualquier acto de contratación pública o en la liquidación de efectos o de haberes públicos para defraudar a cualquier ente público. En este delito los particulares son tratados como cooperadores necesarios, a los que corresponde la misma pena que a los funcionarios (uno a tres años de prisión), pero con la posible rebaja en grado establecida en el artículo 65.3 para los *extranei*. Por tanto, si los conciertos fraudulentos en estos casos se remitieran al delito del artículo 436, no solo los funcionarios podrían resultar privilegiados, ya que la pena del delito de corrupción privada es de seis meses a cuatro años de prisión, sino que, además, se estaría privilegiando también a los particulares intervenientes.

Esta conclusión carece de sentido político-criminal. El delito del artículo 436 debe implicar un *plus* de gravedad con respecto a la misma conducta realizada por los particulares, pues éstos no lesionan bienes jurídicos relativos al funcionamiento de las Administraciones Públicas.

Si, no obstante, se quiere mantener el marco penal de seis meses a cuatro años de prisión en el delito de corrupción privada con la posibilidad de reducción a la inferior en grado prevista en el nº 3 del artículo 286 bis, sería necesario prever la pena en su mitad superior y sin posibilidad de reducción a la inferior en grado para quienes intervienen en el delito de corrupción privada en representación o como directivos o empleados de sociedades de derecho privado, pero de propiedad pública.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

10.2. Los sujetos activos

Las referencias a los directivos y a los empleados han sido tomadas directamente de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de Europa, de 22 de julio de 2003, relativo a la lucha contra la corrupción en el sector privado, que se refiere, primero, a quienes desempeñen “*funciones directivas o laborales de cualquier tipo*” y, luego, a los “*empleados*”, y de la que se ha reproducido prácticamente la tipicidad completa del artículo 286 bis. Ahora bien, la propia Decisión Marco define a los directivos como aquellas personas que ejercen el poder de representación de la empresa, o bien que tienen la autoridad para adoptar decisiones sobre ella o para ejercer su control.

En nuestro sistema jurídico mercantil y laboral, sin embargo, el concepto de directivo no incluye a los administradores, por lo que la trasposición de la directiva requiere la del propio concepto de directivo, o bien la inclusión expresa en el tipo de los administradores –por cierto, de hecho o de derecho–, ya que, éstos no son directivos, empleados, ni colaboradores en nuestro derecho.

En segundo lugar, la Decisión Marco no se refiere a los “*colaboradores*”, pues semejante indeterminación no respeta el estándar de legalidad europeo, ni, por tanto, tampoco el español. El Anteproyecto no ofrece ninguna pista para concretar este concepto, que es, en consecuencia, incompatible con el principio de determinación de los tipos penales y, por tanto, con el principio de legalidad. Es, pues, necesario suprimir a los colaboradores como posibles sujetos activos. Probablemente lo menos complicado habría sido referirse, como hace la Decisión Marco, a personas que realicen cualquier función laboral para la empresa, sociedad, asociación, fundación u organización.

10.3. El incumplimiento de obligaciones



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

El núcleo del desvalor de la conducta típica reside en la infracción de las obligaciones que tienen los directivos, empleados y colaboradores en la contratación de mercancías o servicios.

La lógica, que, como es sabido, no exime de la necesidad de concreción de los tipos penales, parece indicar que el tipo se refiere a las obligaciones que tales sujetos tienen con la entidad de la que son directivos, empleados o colaboradores. Pero, frecuentemente, sucede que quien ofrece la ventaja para la consecución de un contrato, lo hace en beneficio de la propia empresa y en perjuicio de la competencia, de modo que ninguna obligación para con su propia empresa está incumpliendo, y ninguna puede incumplir con respecto a las otras empresas perjudicadas, porque ninguna tiene hacia ellas.

Para evitar interpretaciones puramente economicistas o patrimoniales en este ámbito delictivo, la Decisión Marco 2003/568/JAI indica que la violación de las obligaciones debe entenderse de conformidad con la legislación nacional de cada Estado, debiendo cubrir el concepto, al menos, “*todo comportamiento desleal que constituya violación de una obligación legal o de normas profesionales*”. Parece, pues, conveniente, especificar que deben incumplirse esta clase de obligaciones, añadiendo, tal vez, las que provienen de los propios contratos, como se exige, por ejemplo, en los delitos de revelación y abuso de los secretos de empresa (artículo 279).

11) BLANQUEO DE CAPITALES

Se modifica el párrafo primero del apartado 1 del artículo 301, que queda redactado como sigue:

«1. *El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, cometido por él o por terceras personas, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.»

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

«En tales casos, los jueces y tribunales impondrán, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años e impondrán, asimismo, a la organización, bien como penas si procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 bis de este Código, bien como medidas en los casos previstos en el artículo 129, además de la prohibición de contratar con el sector público durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuestas, una de las siguientes:

- a) Disolución de la organización y clausura definitiva de sus locales o establecimientos abiertos al público.*
- b) Suspensión de las actividades de la organización y clausura de sus locales o establecimientos abiertos al público por tiempo de dos a cinco años.*
- c) Prohibición a la organización de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo de dos a cinco años.*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

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.»

La redacción dada al artículo 301.1 incluye como nueva forma de acción la posesión de los bienes por quien sabe que tienen su origen en un delito, incluso si el delito se hubiere cometido por el propio sujeto que los posee.

Es de hacer notar que las modalidades de acción tradicionales tienen en común la característica de que todas ellas tienden a disimular el origen ilícito de los bienes o, si se prefiere, a dar apariencia de licitud al producto o beneficio del delito. Así, la ocultación, el encubrimiento, la conversión, la transmisión y la adquisición suponen un aparente cambio de titularidad que sitúa los bienes en el patrimonio de otra persona ajena a la comisión del delito con el fin de incorporarlo al tráfico jurídico y económico.

Ahora bien, cuando el Anteproyecto de 2008 pretende sancionar a quien simplemente posee o utiliza los bienes conociendo su origen delictivo (o incluso por imprudencia grave), no está incriminando conductas que resulten propiamente de blanqueo, ya que las conductas de poseer o utilizar no suponen necesariamente actos de disimulo del origen de los bienes, porque no comportan, si quiera, un cambio de titularidad real o aparente, como podría suceder en la modalidad de adquisición. Y, en todo caso, si se considera que la posesión o utilización de los bienes por terceras personas ajenas al delito del que provienen son conductas que contribuyen a ocultar o a encubrir el origen ilícito de aquéllos, es obvia la inutilidad de las nuevas modalidades de la acción típica, ya que el artículo 301.1 incrimina expresamente la realización de «*cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito*». ¹⁰

¹⁰Aunque el concepto de blanqueo de capitales recogido en el artículo 1.2 Ley 19/1993, de 28 de diciembre y en el Real Decreto 925/95, de 9 de junio, comprende la utilización



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

El problema de las modalidades de posesión y utilización deriva de un mal entendimiento o, más exactamente, de una aplicación extensiva de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, comúnmente conocida como Convención de Viena de 1988. Conforme a la misma, el artículo 3, relativo a «*Delitos y sanciones*», —recuérdese, de tráfico de drogas—, prevé que las Partes firmantes se obligan a adoptar las medidas legislativas necesarias para incriminar en su ordenamiento penal una serie de conductas que el precepto clasifica en tres grupos, bajo las letras a), b) y c). Las conductas que interesan -posesión y utilización- se encuentran incluidas en el tercer grupo del artículo 3.1, bajo la letra c), apartado i)¹¹. Pero, nótese que la incriminación de las mismas se refiere exclusivamente en la Convención de Viena de 1988 a bienes procedentes de los delitos de tráfico de drogas y no de cualquier delito, como, sin embargo, propone en el Anteproyecto de 2008.

Además, es preciso indicar que las conductas que el artículo 3.1 de la Convención incluye en su tercer grupo bajo la letra c) no son de obligatoria tipificación por los Estados Parte, a diferencia de las conductas de los dos primeros grupos de las letras a) (delitos de tráfico de drogas) y b) (delito de blanqueo por conversión, transferencia, o por ocultación o encubrimiento). Así, la tipificación del tercer grupo —las conductas incluidas en la letra c), entre las que se encuentran la adquisición, la posesión y la utilizaciones de bienes

entre las conductas a que se refiere («*la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades delictivas... para ocultar o encubrir su origen...*»), es considerada como una conducta de blanqueo cuando es realizada para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes. De modo que, estando ya incriminado en el artículo 301.1.I CP «*cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito*», la mención específica a la utilización carece de sentido y puede inducir a la confusión sobre la incriminación de conductas de nula lesividad penal.

¹¹El artículo 3.1, letra c), apartado i) de la Convención de Viena de 1988, se refiere a: «*La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirllos, de que tales bienes proceden de alguno o de algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente precepto o de un acto de participación en tal delito o delitos.*» Por su parte, la letra a) se refiere a las conductas de tráfico de drogas, coincidentes con las tipificadas en nuestro artículo 368 CP.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

procedentes del tráfico de drogas- contiene una importante reserva, pues el propio precepto prevé que las Partes firmantes podrán incriminar esas conductas “(...) a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico”. Reserva que, debe insistirse, solo se contiene en relación a las conductas de este tercer grupo.

En aplicación de lo dispuesto en este artículo 3.1 de la Convención de Viena de 1988, la LO 8/1992, de 23 de diciembre, incluyó en el Código Penal de 1973 la letra i) en el artículo 344 *bis*, que incriminaba las conductas de posesión y de utilización de los bienes procedentes de la comisión de delitos relativos al tráfico de drogas, ya que a estos estaba restringido el delito de blanqueo de capitales en el anterior texto punitivo.

Sin embargo, con la llegada del Código Penal de 1995, al ser extraído el delito de blanqueo de capitales del ámbito de los delitos de tráfico de drogas y extenderse a la comisión de cualquier delito (en aquél entonces, todavía grave), el legislador optó con buen criterio por eliminar las conductas de posesión y utilización que estaban restringidas por la Convención de Viena – aunque con reservas- solo a bienes procedentes de los delitos de tráfico de drogas. A esta poderosa razón se unió que, además, las conductas de blanqueo sobre los bienes procedentes del tráfico de drogas fueron agravadas y sancionadas con penas muy severas -de tres años y tres meses hasta seis años de prisión-, penas que resultan a todas luces excesivas para las conductas menos graves del tercer grupo, incluido en la letra c) del artículo 3.1 de la Convención de Viena, es decir, la posesión y la utilización (y la adquisición).

De este modo, la pretensión del Anteproyecto de 2006, retomada ahora de nuevo, de revivir las conductas de posesión y de utilización, que la Convención de Viena solo refería –aunque con serias reservas- a los delitos de tráfico de drogas, pone de manifiesto una evidente extralimitación con respecto al contenido de los instrumentos jurídicos internacionales.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

A lo anterior se unen los siguientes inconvenientes:

La posesión de bienes procedentes de un delito patrimonial o socioeconómico ya está tipificada en el artículo 298.1 como delito de receptación -delito que se refiere a quien “adquiera” o, simplemente, “reciba” los bienes (con ánimo de lucro)-, así como en el artículo 451.1º como delito de encubrimiento (cuando el tenedor carece de ánimo de lucro). Pero, en ambos casos los tipos se encuentran limitados a quienes no hayan intervenido como autores o cómplices en el delito del que procede el bien “recibido”.

Una exclusión que no se produce, sin embargo, en los tipos de blanqueo, por lo que la única posibilidad de evitar que el autor o cómplice de un delito patrimonial o socioeconómico sea penado, también, como blanqueador por poseer los bienes objeto de su delito patrimonial será la prohibición constitucional de *bis in idem*. Este argumento vale, sin embargo, solo para la posesión, pues ésta forma parte de la consumación de estos delitos, pero no para la utilización de los bienes, que, en consecuencia, provocará un concurso real de delitos entre el patrimonial o socioeconómico y el de blanqueo, con la consiguiente desproporción de la pena. Es, pues, muy necesaria una cláusula que excluya del tipo, al menos, a quienes han intervenido como autores o partícipes en el delito patrimonial o socioeconómico.

No se ignora que esta cláusula debería extenderse, entonces a delitos que no se encuentran en el Título XIII del Libro II del Código Penal, como por ejemplo, las defraudaciones fiscales u otros de contenido económico difuso, como los relativos a la corrupción, a la ordenación del territorio, etcétera.

En consecuencia, una correcta técnica legislativa hace más aconsejable la supresión de estas dos formas de la acción típica, que la inclusión de una cláusula de exclusión de la tipicidad de tan amplio espectro.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Por otra parte, según la propuesta del Anteproyecto puede resultar más gravemente penado el hecho de poseer o utilizar los bienes sin haber intervenido en la comisión del delito del que proceden (el artículo 301.1 prevé penas de seis meses a seis años de prisión y multa del tanto al triple) que haber cometido el propio delito patrimonial de hurto, estafa, apropiación indebida, etcétera, del que proceden los bienes. Esta conclusión carece de toda justificación lógica y político-criminal y excede con mucho el principio constitucional de proporcionalidad de las penas.

Es imprescindible, pues, si, pese a todo, se mantienen estas dos formas de la acción típica, incluir una cláusula como la de los artículos 298.3 y 452 (referidos a la receptación y al encubrimiento, respectivamente):

“En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto.”

12) DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

Exposición de Motivos:

“Se ha elevado el plazo de prescripción de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la seguridad social hasta los diez años a fin de evitar que queden impunes, en determinados supuestos, por la imposibilidad técnica de su detección y comprobación en los plazos hasta ahora previstos. Asimismo, el objetivo de la reforma en esta materia es que la denuncia por delito fiscal no paralice el procedimiento de liquidación y recaudación por la Administración tributaria cuando disponga de suficientes elementos para ello, tal y como parece ser la tendencia general en derecho comparado. Tras la reforma del Código penal deberá llevarse a cabo la necesaria adecuación del artículo 180,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

de la disposición adicional 10^a y demás normas concordantes de la Ley General Tributaria. Por último, la Administración tributaria favorecerá la exacción efectiva del importe de la multa que penalmente se haya impuesto en sentencia”

Se añade un apartado 5 al artículo 305, que queda redactado como sigue:

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

12.1. El artículo 305.5

Existe una clara asintonía entre lo dispuesto en la declaración de intenciones de la Exposición de Motivos y el contenido concreto del artículo 305.5, ya que aquélla declara que el objetivo de la reforma es que la instrucción del procedimiento penal por delito fiscal no paralice la continuación del procedimiento administrativo, en tanto que éste regula aspectos que aparentemente no tienen nada que ver con una supuesta excepción al principio de prejudicialidad penal y se confronta con otros diferentes, como la inclusión en la responsabilidad civil de la deuda tributaria prescrita y la pertinencia del procedimiento de apremio.

En efecto, cuando se examina el contenido del artículo 305.5 se observa que en él no se alude a la duplicidad ni compatibilidad de los procedimientos administrativo y penal, ni muchos menos a una excepción al principio de prejudicialidad penal, que implicaría un cambio legal de calado



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

constitucional. Por el contrario, la única referencia del precepto a la posible compatibilidad de procesos podría buscarse en la última frase del texto propuesto, que indica que el importe de la deuda defraudada y los intereses de demora que integran la responsabilidad civil se exigirán en vía administrativa por el procedimiento de apremio. Podría pensarse que esta última proposición del precepto habilita para que durante la instrucción penal la Administración Tributaria pueda al tiempo exigir la deuda por vía de apremio en el correspondiente procedimiento administrativo.

Ahora bien, ésta no es una conclusión que se extraiga claramente del tenor literal del precepto propuesto, ni resulta una opción plausible.

En primer lugar, porque la responsabilidad civil *ex delicto*, como su propio nombre indica, deriva del propio hecho criminal (artículo 116.1), de modo que «*quien no ha sido objeto de enjuiciamiento y condenado criminalmente no puede ser declarado civilmente responsable por un hecho respecto del que todavía no se ha eliminado su presunción de inocencia*» (STS, 2ª, de 28 de noviembre de 2003), sin que pueda pretenderse «*una condena por responsabilidad civil sin una previa declaración de responsabilidad penal, con olvido de que las disposiciones reguladoras de la responsabilidad civil están asociadas a la previa condena penal*» (STS, 2ª, de 17 de mayo de 2000), de modo que, en suma, «*la responsabilidad civil derivada del delito... requiere lógicamente la existencia de una condena penal previa*» (STS, 2ª, de 29 de diciembre de 1996). En definitiva, como indica la STC de 11 de julio de 2001, la acción civil *ex delicto* está condicionada a la existencia de responsabilidad penal.

Por lo tanto, no puede pretenderse exigir la responsabilidad civil derivada del delito en un procedimiento administrativo de apremio durante la instrucción penal de una causa por presunto delito fiscal.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

En segundo lugar, porque el precepto habilita también el cobro por vía de apremio de la multa que corresponde al delito, lo que indica que deberá haber recaído sentencia condenatoria que fije la multa, que es la pena correspondiente al delito. No resulta posible recurrir al procedimiento de apremio para cobrar la multa si está abierto el procedimiento penal. Es más, deberá resultar firme la sentencia condenatoria, pues exigir por el procedimiento de apremio la multa fijada en resolución no firme sería anticipar el cumplimiento de la condena, con la consiguiente lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia (24.2 CE). El carácter patrimonial de la multa no elimina su naturaleza jurídica como auténtica pena. Dicho en otros términos: en derecho penal no cabe la ejecución provisional de las penas pecuniarias, sin perjuicio de que el órgano instructor pueda exigir fianza al acusado que cubra la posible responsabilidad civil en el auto de apertura del juicio oral por delito fiscal (artículo 783.2 LECrim.).

En tercer lugar, porque el deseo de compatibilizar los procedimientos administrativo y judicial penal presenta problemas prácticos de difícil solución. Es evidente que la deuda tributaria que pueda liquidar la Administración Tributaria por su cuenta no puede vincular al órgano judicial, ni siquiera en lo que a la responsabilidad civil derivada de delito se refiere. Esto abre la puerta a una posible duplicidad de deudas por importes distintos decididas por distintos órganos del Estado, en contra de la doctrina constitucional que afirma que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir a la vez para distintos órganos del Estado sin vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que se deduce de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (SSTC 62/1984, de 21 de mayo; 158/1985, de 26 de noviembre; y 30/1996, de 22 de febrero). Contradicción inútil, por lo demás, porque, finalmente, debería resolverse a favor de la actuación jurisdiccional frente a la administrativa, tal y como asentó muy tempranamente la STC 77/1983, de 3 de octubre.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Aunque las normas penales que, como ésta, desde un principio suscitan serias dudas interpretativas deben ser corregidas antes de su entrada en vigor, para evitar, precisamente, dificultades en su aplicación, no obstante puede hacerse un esfuerzo interpretativo que eluda los anteriores inconvenientes, en el sentido de que la deuda tributaria defraudada pueda reclamarse en la vía administrativa por el procedimiento de apremio, pero una vez haya recaído sentencia condenatoria firme en el orden penal. De modo que, pese a la duplicidad de los procedimientos administrativo y penal, podría interpretarse que el artículo 305.5 se refiere a la reclamación administrativa de la deuda fiscal tras finalizar el procedimiento penal. Según esta posible interpretación, una vez establecida por la jurisdicción penal la condena comprensiva de la pena de multa, así como el importe de la cuota defraudada y la cuantía de la responsabilidad civil derivada del delito fiscal, la jurisdicción penal se vería descargada de la labor puramente recaudatoria que se instrumentaría a través del procedimiento administrativo recaudatorio de apremio por parte de la Administración tributaria.

Esta interpretación evitaría los problemas de culpabilidad y de presunción de inocencia indicados anteriormente, que derivarían de la compatibilidad temporal de ambas vías procedimentales. Pero, en cambio, presentaría otros inconvenientes de difícil solución.

Desde el punto de vista técnico y práctico, carece de sentido el posible recurso al procedimiento administrativo de apremio para recaudar la deuda tributaria que integra la responsabilidad civil derivada de delito, con los intereses de demora e incluso la pena de multa, ya que la sentencia firme dictada por la jurisdicción penal constituye un título ejecutivo que es igualmente ejecutable de forma sumaria en el correspondiente procedimiento de ejecución de sentencia, con la misma o mayor celeridad que el procedimiento administrativo de apremio.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

En segundo lugar, atribuir a un procedimiento administrativo la facultad de cobrar la multa impuesta en la sentencia penal resultaría contrario a la competencia para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que atribuyen en exclusiva a los Juzgados y Tribunales los artículos 990 de la LECrim y 117.3 de la Constitución.

Por consiguiente, la previsión del artículo 305.5 resulta en todo caso confusa, ya que no permite aclarar si pretende una duplicidad de los procedimientos administrativo y penal durante la instrucción penal, con los graves problemas que ello generaría, o bien la reserva del procedimiento administrativo de apremio tras la finalización del procedimiento penal, en cuyo caso existen otros serios problemas que difícil solución.

Así pues, la reforma propuesta resulta insostenible. Sería conveniente que se eliminara la frase «*se exigirán por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada ley.*»

De este modo, del artículo 305.5 solo quedaría la mención a que la responsabilidad civil derivada del delito comprenderá el importe de la deuda tributaria, incluidos los intereses de demora, algo que, por lo demás, ya dispone la Disposición Adicional 10^a.1 de la Ley General Tributaria.

13) DELITOS CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

Se propone modificar el artículo 319, en los siguientes términos:

«1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e *inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizadas en suelos*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2. *Se impondrá la pena de prisión de uno a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.*
3. *En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.*
4. *En los supuestos previstos en este artículo, cuando el delito se hubiere cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa del tanto al duplo del perjuicio causado. Además podrá imponerse la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito por un período de uno a tres años.»*

13.1. La ampliación de las conductas típicas

La redacción propuesta del artículo 319 no solo corrige con buen criterio la asimetría existente en el vigente texto entre los dos primeros números, que se refieren, respectivamente, a construcciones y edificaciones no autorizadas, sino que, además, amplía el ámbito de las correspondientes conductas típicas, que pasan a consistir en la realización de obras de edificación, construcción o urbanización. La ampliación de los tipos es, pues, doble: por un lado, porque



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

basta para la consumación la realización de obras, y, por otro, porque se incluyen las de urbanización.

Ahora bien, uno de los problemas básicos con los que se ha enfrentado la jurisprudencia referida a los tipos vigentes es determinar qué construcciones o edificaciones son efectivamente típicas. Algunas de las primeras resoluciones en esta materia sancionaban como construcción ilegal la edificación de pequeños chamizos o cabañas de aperos para los que la sanción típica parece a todas luces desproporcionada. Por ello, doctrina y jurisprudencia fueron asentando la idea de que para poder hablar de construcción o edificación típicas a los efectos del artículo 319 las construcciones o edificaciones deben tener capacidad de lesionar el bien jurídico “ordenación del territorio”, lo que requiere un mínimo de volumen y durabilidad.

Este problema interpretativo cobra especial importancia en el texto del Anteproyecto, debido a la ampliación antes señalada del ámbito de las conductas típicas. La exigencia de un nivel de lesividad determinado de las conductas típicas se convierte, en efecto, en una exigencia elemental para la tipicidad de las conductas cuando la consumación del delito tiene lugar mediante la mera realización de obras que, además, pueden no ser, siquiera, de construcción o edificación.

En consecuencia, sería conveniente que la doctrina jurisprudencial se plasmase expresamente en el nuevo texto legal, de forma que la tipicidad estuviera condicionada a que las obras tengan suficiente volumen y durabilidad.

13.2. Multa por cuota diaria

Es saludable que en el ámbito de las personas jurídicas el artículo 319.4 prevea una multa proporcional. Aunque su importe no es muy elevado



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

(“*del tanto al duplo del perjuicio causado*”), puede compensarse con la preceptiva pérdida del beneficio delictivo mediante la demolición de la construcción o edificación ilegal o su comiso, tal y como se desarrolla a continuación.

Precisamente por ello resulta tanto más incomprensible que la multa prevista para las personas físicas se siga fijando por el sistema de cuota diaria, cuyo máximo es 288.000 euros, cantidad insignificante en comparación con los ingentes beneficios que suelen producir esta clase de delitos. Es difícilmente explicable que no se aplique aquí un sistema de multa proporcional al beneficio reportado por el delito. Solo así podrá el legislador penal ser coherente con el principio básico en materia de sanciones que recoge el artículo 62 del Reglamento de Disciplina Urbanística: “*En ningún caso la infracción urbanística puede suponer un beneficio económico para el infractor. Cuando la suma de la sanción impuesta y del coste de las actuaciones de reposición de los bienes y situaciones a su primitivo estado arrojase una cifra inferior a dicho beneficio, se incrementará la cuantía de la multa hasta alcanzar el montante del mismo*”.

Debe señalarse, por cierto, que la misma incoherencia se detecta en delitos de los artículos 325 o 328, también sometidos a reforma en el Anteproyecto.

La multa por cuotas diarias no tiene sentido frente a la delincuencia empresarial que opera usurpando bienes de titularidad colectiva, como sucede en el delito urbanístico, o externalizando los costes de su negocio (dañando el medio ambiente como medio de obtener su lucro empresarial). En estos ámbitos resulta imprescindible la previsión de la multa proporcional. La multa por cuotas diarias es perfectamente compensable como coste de explotación ilegal, algo que tiende a evitar el sistema de multa proporcional.



13.3. Demolición o comiso

Siendo los delitos urbanísticos más graves que las infracciones administrativas urbanísticas correspondientes, no es comprensible que la demolición sea imperativa en el ámbito administrativo, pero facultativa en el penal. Es sabido que el carácter imperativo de la demolición en el ámbito administrativo es soslayado frecuentemente en vía de ejecución por el cauce de la imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia (artículo 125 LJCA) y por una jurisprudencia más permisiva de lo aconsejable. Sin embargo, el Código Penal deja absolutamente abierta la posibilidad de que el juez no condene a demoler la construcción ilegal, pues establece la demolición como mera facultad y no fija ningún tipo de criterio para determinar cuándo debe imponerse.

En este sentido, debería coordinarse la regulación penal con la administrativa, previéndose que cuando el juez no ordene la demolición deberá ordenar el comiso de la construcción, para que se cumpla, así, el citado principio del artículo 62 del RDU: *“En ningún caso la infracción urbanística puede suponer un beneficio económico para el infractor”*. Si por el motivo que sea la construcción no puede o no debe ser demolida, el beneficio derivado de ella no puede bajo ningún concepto quedar en manos del infractor, si no se quiere seguir generando los ya conocidos efectos criminógenos de un incorrecto sistema de consecuencias del delito.

13.4. La omisión del deber de informar

Se modifica el apartado 1 del artículo 320, que tendrá la siguiente redacción:

«1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de urbanización, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes o que con motivo de inspecciones hubiere silenciado la infracción de dichas normas será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de uno a tres años o la de multa de doce a veinticuatro meses.»

La conducta típica de informe favorable indebido se amplía a los casos de *construcción y urbanización*, corrigiendo la asimetría vigente entre los artículos 319 y 320.

La tipificación de la conducta de silenciar las infracciones de las normas urbanísticas incluye una modalidad omisiva que requiere una especial atención.

La situación típica es el contexto de la inspección. El omitente es el sujeto a quien afecta la prohibición de silenciar (o sea: el deber de comunicar o denunciar) durante las inspecciones. En virtud de la referencia “*con motivo de inspecciones*”, ello no sólo abarca al inspector en sentido estricto, sino a todo aquel funcionario que colabore o deba colaborar en la inspección.

La citada referencia “*con motivo de inspecciones*” es técnicamente problemática, pues permite que el funcionario que pretenda silenciar las infracciones eluda la pena no cumpliendo con su deber de inspeccionar. Con ello, el funcionario infractor no estaría silenciando la infracción “*con motivo de inspecciones*”, pues éstas no habrían tenido lugar, e incurría en una “*willful blindness*” o ceguera voluntaria ante los hechos que le eximiría de pena. Por ello, la referencia al “*motivo*” debe sustituirse o complementarse con otra que abarque la infracción del deber de inspeccionar.



14) AGRUPACIONES CRIMINALES

Se añade el Título XVII bis al Libro II, con la rúbrica “*De las agrupaciones criminales*”.

Se introduce en este Título un único artículo 385 bis del siguiente tenor:

- «1. *Los que se agruparen de forma transitoria con el objeto de cometer delitos, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años. Se impondrá la pena en su mitad superior si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, el patrimonio o la Hacienda Pública y la seguridad Social.*
2. *Lo dispuesto en el número anterior será de aplicación salvo que correspondiera mayor pena con arreglo a otro precepto de este Código. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos.*
3. *Los jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las agrupaciones a las que haya pertenecido.»*

14.1. La ausencia de bien jurídico protegido.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

Llama la atención, de entrada, la ubicación sistemática del nuevo artículo 385 bis, tras los delitos contra la seguridad del tráfico y antes de los de falsificación de moneda y efectos timbrados, con ninguno de los cuales tiene la menor proximidad sistemática.

La ubicación de este delito junto al de asociación ilícita habría sido, sin embargo, discutible, ya que no puede considerarse que la agrupación transitoria para delinquir atenta contra el derecho de libre asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución.

La propia peculiaridad del nuevo delito hace difícil, ciertamente, su ubicación sistemática, hasta el punto que en la rúbrica del Título de nueva creación el Anteproyecto no ha podido siquiera aproximarse al bien jurídico protegido. El desconcierto al respecto es tan grande que se opta por una ubicación sistemática extravagante, probablemente indicando que se trata de delitos contra la seguridad colectiva. En tal caso, la indefinición del bien jurídico sería incompatible con el principio de determinación de los tipos penales, porque no estaría delimitado el concreto ámbito afectado de la seguridad colectiva (seguridad del tráfico, salud pública, etcétera).

Esta dificultad sistemática no tiene solo trascendencia formal, sino también material, es decir, es síntoma claro de la dificultad para identificar un elemento material esencial del delito, cual es su afectación a un bien o interés jurídico protegido, incluso si éste se busca a través de los intereses colectivos y difusos.

Por eso, el fenómeno criminológico de las denominadas “asociaciones transitorias” a las que se refería el artículo 513 del Código Penal de 1973, ha estado históricamente vinculado en nuestro derecho penal a la comisión de determinados delitos, como, por ejemplo, el robo, técnica ésta que permite identificar claramente el bien jurídico amenazado por estas conductas, pero, sobre todo, permite remitirlas por la vía de una cláusula extensiva a los tipos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

de asociaciones ilícitas, o bien construir un simple tipo agravado del delito correspondiente.

No cabe la menor duda de que, si esto fuera así, la técnica jurídica adecuada sería la incriminación concreta de las agrupaciones criminales en los correspondientes capítulos o títulos, como delitos de mera actividad o peligro abstracto para los respectivos bienes jurídicos. Esta técnica, que fue la seguida en el Código Penal de 1973, exigiría, sin embargo, una acotación legal de los bienes jurídicos con respecto a los cuales se considera necesaria la incriminación de las agrupaciones criminales transitorias, lo que es incompatible con la pretensión de generalidad del Anteproyecto. Según éste se trata de un delito de peligro abstracto indeterminado, categoría delictiva hasta ahora desconocida cuya incompatibilidad con el principio de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y, por tanto, con el principio de legalidad está muy fundamentada.

14.2. Las penas

La idéntica pena de prisión de uno a tres años prevista tanto para los autores del tipo básico de agrupación criminal transitoria como para los integrantes de las asociaciones ilícitas no terroristas (artículo 517.2) provoca efectos criminógenos, pues, a salvo de la pena de multa, se equipara la gravedad de las asociaciones estables con las transitorias, lo que en el plano del mensaje preventivo general intimidatorio provoca la tendencia a la estabilidad de las agrupaciones y por tanto al incremento del peligro abstracto para bienes jurídicos. En consecuencia, si, pese a todo, se mantiene el delito de agrupación criminal transitoria, la pena para sus autores debe ser inferior a la que corresponde a los integrantes de una asociación ilícita no terrorista.

Por razones similares, debería preverse un tipo agravado para las agrupaciones transitorias para cometer delitos de terrorismo, al igual que lo están los delitos de asociación ilícita terrorista. La existencia de agrupaciones



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

terroristas transitorias, es decir, no dotadas de vocación de permanencia, ni de estructura jerárquica no es, en absoluto, una hipótesis, sino una realidad constada en el ámbito del denominado terrorismo *yihadista*.

14.3. La atenuante de colaboración

Si se considera conveniente desde el punto de vista político-criminal prever una atenuación por colaboración en el ámbito de las agrupaciones transitorias, parecería razonable introducir la misma cláusula en los delitos de asociación ilícita.

15) COHECHO

Se modifica el artículo 419, que tendrá la siguiente redacción:

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

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

“La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por si o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o para no realizar o retrasar



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder, en su caso, si la abstención del acto o su retraso fuere constitutivo de delito.”

15.1. Las conductas omisivas a realizar por el funcionario público en los tipos de cohecho propio

El Anteproyecto de 2008 mantiene un sistema muy diferente del vigente de los tipos de cohecho propio en los que el autor es un funcionario público. El nuevo sistema no se construye sobre la naturaleza delictiva, ilícita pero no delictiva, o bien conforme a derecho de la acción u omisión a realizar, sino sobre la naturaleza contraria o no a los deberes del cargo. La naturaleza delictiva o no del acto influye, ciertamente, en la pena correspondiente, pero solo a través del concurso de delitos.

En ese contexto sistemático, el Anteproyecto mantiene la menor gravedad de las conductas omisivas consistentes en no realizar o retrasar injustificadamente un acto propio del cargo, con respecto a las conductas activas, pues las omisivas se encuentran tipificadas en todo caso en el artículo 420, que prevé menos pena que el artículo 419.

Es decir: La conducta omisiva no es tratada en el Anteproyecto como la realización de un acto contrario a los deberes del cargo (artículo 419) –lo que implicaría una pena más grave-, sino equiparada en cuanto a su gravedad a la realización de un acto propio del cargo.

Como consecuencia de la nueva estructura sistemática, esta diferencia valorativa entre acciones y omisiones, que pudiera defenderse, tal vez, cuando las omisiones no llegan a ser delictivas, se mantiene también cuando la no realización de un acto propio del cargo o su retraso injustificado son



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

constitutivos de delito (de prevaricación, por ejemplo), pues en tales casos existiría un concurso de delitos, pero la pena correspondiente al de cohecho sería siempre inferior a la de la misma conducta realizada activamente (artículo 419).

Este trato privilegiado de las conductas omisivas con respecto a las activas se encuentra también presente, aunque solo en parte, en el vigente Código Penal, en cuyo artículo 421 se prevé tan solo la pena de multa cuando la dádiva tiene por objeto que el funcionario se abstenga de realizar un acto que debe practicar en el ejercicio de su cargo. Ahora bien, si esa abstención es constitutiva de delito, el vigente artículo 419 desplaza el tipo del artículo 421 y prevé, entonces, la pena de prisión de dos a seis años por el delito de cohecho. Este efecto es posible, porque el vigente artículo 419 se refiere expresamente tanto a las acciones como a las omisiones constitutivas de delito.

El informe del CGPJ sobre el Anteproyecto del año 2006 detectó también esta incongruencia valorativa, en los siguientes términos:

“(...) 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



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

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 (...)"

Esta crítica compartida llevó al anterior CGPJ a la conclusión de que era preferible el sistema vigente, es decir, la calificación de la mayor o menor gravedad del cohecho en función de la naturaleza delictiva o no de las acciones u omisiones a realizar por el funcionario público.

Sin embargo, el incorrecto tratamiento penal de las omisiones delictivas en el Anteproyecto de 2008 no tiene por qué conducir a esa conclusión. Es perfectamente posible corregir este aspecto manteniendo el sistema valorativo del Anteproyecto, que parece técnicamente correcto, ya que es coherente con la naturaleza de estos delitos, cuyo desvalor fundamental se asienta en la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

existencia o inexistencia de varias infracciones de los deberes del funcionario a la hora de actuar (u omitir).

O dicho de otra manera: Existe una infracción del deber común a todos los tipos de cohecho, que radica en la existencia de dádiva, pero esa infracción del deber, por ser común a todos los tipos no es capaz de dotar de diferencia valorativa a unos frente a otros. Antes de atender a la naturaleza delictiva o no del acto a realizar por el funcionario, existe otra infracción del deber del funcionario que es capaz de establecer diferencias valorativas elementales entre los tipos penales, cual es si el acto a realizar es o no contrario a los deberes del cargo. Éste es, pues, el criterio básico para la sistematización de los tipos penales en función de su mayor o menor gravedad. La naturaleza delictiva o no de las acciones u omisiones solo puede predicarse de los actos contrarios a los deberes del cargo y, por tanto, debe ser atendida a efectos valorativos solo en estos supuestos y en último lugar, tal y como hace el Anteproyecto al remitirse al respecto a las normas del concurso de delitos.

En consecuencia, para corregir la incongruencia valorativa referida a las omisiones delictivas, manteniendo, no obstante, la estructura sistemática de los tipos de cohecho del Anteproyecto, sería necesario trasladar al artículo 419 las conductas consistentes en no realizar o retrasar injustificadamente un acto que deba realizar el funcionario, que quedarían, en consecuencia, fuera del artículo 420. Como consecuencia de la expulsión de estas conductas omisivas del artículo 420, debería suprimirse en éste, asimismo, la referencia final al concurso de delitos si las omisiones son constitutivas de delito.

De esta forma se conseguiría que las conductas omisivas consistentes en no realizar o retrasar injustificadamente un acto fueran consideradas en todo caso contrarias a los deberes del cargo –lo que es indiscutible–, y, a la vez, que la naturaleza delictiva o no de tales omisiones permitiera la imposición de una mayor o menor pena por la vía del concurso de delitos.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

15.2. El artículo 426

La exención de pena del artículo 426 conforme al Anteproyecto está regulada de forma muy similar a la del vigente artículo 427, por lo que continúa arrastrando el defecto político-criminal del breve plazo de diez días para interponer denuncia desde la fecha de los hechos, así como la inutilidad en ese contexto de que la denuncia se haga, además, “antes de la apertura del correspondiente procedimiento”.

En cuanto a lo primero, el interés político-criminal de la exención de la pena por el delito de cohecho radica en su utilidad para favorecer las denuncias de corrupción. Ese interés se fundamenta en la cifra oculta de corrupción que no es perseguida, precisamente, porque la denuncia que permitiría su persecución implica el reconocimiento de la comisión de un delito de cohecho por parte del propio denunciante.

Es indiscutible que el derecho penal en tanto que derecho público no debe plegarse a criterios exclusivos de oportunidad en la persecución de los delitos, pero no lo es menos que desde hace tiempo nuestro Código Penal contiene normas que atendiendo a criterios de oportunidad reducen muy sustancialmente la pena en casos de colaboración para el descubrimiento del delitos tan graves como el terrorismo (artículo 579.3) y el narcotráfico (artículo 376), por ejemplo.

Sin embargo, el efecto político-criminal de la exención de la pena correspondiente al delito de cohecho queda francamente neutralizado si el plazo para denunciar el cohecho es tan solo de diez días desde la fecha de los hechos, tal y como demuestra la muy puntual aplicación del artículo 427 desde su introducción en el Código Penal de 1995. Por otro lado, solo en el contexto de un plazo más extenso tiene sentido la exigencia de que el cohecho sea denunciado antes de la apertura del procedimiento correspondiente, pues es más que evidente que en un plazo de diez días desde la comisión del hecho es



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

muy poco frecuente que se abra un procedimiento, salvo si es por denuncia, precisamente, de uno de los intervenientes en el cohecho. Si, por el contrario, el plazo para verse beneficiado de la exención de pena fuera más extenso, entonces tendría pleno sentido político-criminal la exigencia de que la denuncia se interponga antes de la apertura del proceso.

Tampoco tiene apoyo político-criminal que la exención esté simplemente condicionada a la presentación de una denuncia, a diferencia de lo que sucede con las demás normas penales cuyo objetivo es incentivar la colaboración en la persecución de delitos. La exigencia de una simple denuncia en el artículo 427 es más chocante todavía desde el punto de vista político-criminal, si se tiene en cuenta que el efecto de la simple denuncia no es la atenuación de la pena, sino la exención de la responsabilidad criminal.

Además, hacer depender la exención de la pena de la simple denuncia fuerza a interpretar esta circunstancia eximente de forma más próxima a un premio por arrepentimiento, que a una colaboración eficaz para el descubrimiento y persecución del delito.

Lo coherente, pues, desde el punto de vista político-criminal es que la exención dependa de la colaboración activa facilitando pruebas para la eficaz persecución del delito y de sus responsables, tal y como se exige en los antes mencionados artículos 376 y 579.3 del vigente Código Penal.

Junto a la extensión del plazo de denuncia para la exención de la pena, o bien, manteniendo el mismo plazo, si su ampliación no se estima adecuada, debería reflexionarse sobre la conveniencia político-criminal de introducir también en el ámbito de la corrupción una atenuación de la pena en uno o dos grados en caso de denuncia y aportación de pruebas, al modo de lo que sucede en los antes señalados delitos de terrorismo y narcotráfico. Esta atenuación de la pena permitiría conceder relevancia a actos de colaboración de menor intensidad, aunque relevantes, o bien a denuncias y actos de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

colaboración más distanciados de la fecha de comisión del cohecho. El efecto exclusivamente eximente de la responsabilidad criminal fuerza a una inflexibilidad en la apreciación de los requisitos que no siempre es coherente con la finalidad político-criminal de la norma.

16) PROVISIÓN O RECOLECCIÓN DE FONDOS PARA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

Se añade el artículo 576 bis, con la siguiente redacción:

“El que por cualquier medio, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos de terrorismo tipificados en este Código, o para la financiación del terrorismo, de los actos terroristas o de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, será castigado con penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses”.

Cabe considerar este tipo como un intento de aumentar la concreción de un precepto como el tipo de colaboración con banda armada del artículo 576, cuyos problemas desde el punto de vista del mandato constitucional de determinación ya fueron señalados por la STC 136/1999, de 20 de julio. Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

El artículo 576 bis no puede entenderse como un intento de dotar de determinación a todo el ámbito típico de la ayuda económica, pues pese a que toda posible conducta del propuesto artículo 576 bis está incluida en la mención a la ayuda económica del vigente artículo 576, lo mismo no ocurre a la inversa (hay no pocas posibilidades de ayuda económica distintas de la provisión o recolección de fondos).

Por ello, parece que pretende ser más bien un intento de dotar de determinación a una parte del ámbito típico del concepto “ayuda económica”. Desde un punto de vista técnico-legislativo, la fórmula que debería emplearse sería la de una cláusula de interpretación auténtica como la siguiente:

“En todo caso, se considerará ayuda económica la conducta de quien por cualquier medio provea o recolecte fondos...”.

La sede adecuada para este precepto sería un párrafo segundo del vigente artículo 576.2. Así se evitarán absurdos problemas concursales que surgirían con la actual redacción para el caso de quien aportase ayuda económica de dos maneras (una, prevista en el artículo 576 bis, y otra sólo en el artículo 576).

La conducta, en su vertiente objetiva, se caracteriza por “proveer o recolectar ilícitamente fondos por cualquier medio, directa o indirectamente”.

Los términos “provisión o recolección” no parecen problemáticos desde el punto de vista del principio de determinación. La estructuración de ambos verbos como tipo mixto alternativo permite que la consumación se aprecie tanto con la efectiva provisión como con la mera recolección.

Con respecto a la gravedad de la conducta, la STC 136/1999, de 20 de julio, estableció que la pena típica obliga a excluir del ámbito típico los supuestos bagatela o de escasa gravedad. En este sentido, conductas de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

ínfima gravedad objetiva como la adquisición de papeletas de rifas o instrumentos similares quedan fuera del ámbito de tipicidad de este precepto, en la medida en que su pena típica contempla la prisión de cinco a diez años.

Desde el punto de vista del tipo subjetivo, se trata de un tipo doloso que contiene tres elementos subjetivos específicos de distinta naturaleza

En esta reforma es frecuente la referencia al carácter deliberado de la conducta como elemento subjetivo específico. Se trata de una referencia extraña en nuestro derecho penal, que está solo presente en normas muy concretas como el ensañamiento. Por ello, debe entenderse que con ella se pretende hacer alusión a algo distinto del mero dolo, tradicionalmente aludido mediante los términos “intención” “a sabiendas” o, incluso, aunque con mucha menos precisión y más discutida, “conscientemente” y “voluntariamente”.

Debe tenerse en cuenta a este respecto que *deliberar* significa, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “*considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de una decisión*”, y también “*resolver una cosa con premeditación*”. Sin duda, terminológicamente el dolo alude a una voluntad deliberada, pero a efectos penales ni la deliberación, ni la premeditación forman parte del dolo.

Que una conducta sea típica cuando se realice de modo deliberado, pero no cuando sea el resultado de una decisión no deliberada es una opción posible, pero ajena a nuestro vigente sistema de elementos subjetivos. En cualquier caso, es dudosa su aplicabilidad a delitos como éste. No resulta razonable que sea típica, por ejemplo, la conducta de quien opta deliberadamente por allegar fondos a una banda armada, es decir, tras considerar detenidamente el pro y el contra y vencer el miedo a la pena, pero



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

no la del fanático que en cuanto ve la ocasión decide allegar fondos a la banda sin dudarlo un segundo.

“Con intención de que sean utilizados en todo o en parte para cometer cualquiera de los delitos de terrorismo tipificados en este Código, o para la financiación del terrorismo, de los actos terroristas o de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”.

La detallada redacción de este elemento subjetivo llega a ser excesiva. La finalidad típica es la de financiar delitos de terrorismo, el terrorismo, actos terroristas o bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Varios elementos subjetivos son redundantes, pues ¿qué “actos terroristas” no son “delitos de terrorismo”? Por ello, debería conservarse solo una de ellas, preferiblemente la primera por ser más taxativa.

Sin embargo, la específica inclusión de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas puede ser razonable, pues cabe financiar la estructura de una banda sin apoyar ningún concreto acto de ésta. Sin embargo, no se entiende fácilmente qué es financiar “el terrorismo” sin financiar los actos o delitos terroristas ni sus bandas. El terrorismo no es un concepto jurídico penal. En cualquier caso, no parece que esta mención supere el umbral constitucional de taxatividad: si el prelegislador sabe a qué concretas conductas se refiere con esta financiación de “el terrorismo”, debe redactarlas cumpliendo con los estándares constitucionales de taxatividad.

17) DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA. REVISIÓN DE SENTENCIAS



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES

La disposición transitoria segunda prevé lo siguiente:

"El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de las competencias que le atribuye el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrá asignar a uno o varios de los Juzgados de lo Penal o secciones de las Audiencias Provinciales dedicados en régimen de exclusividad a la ejecución de sentencias penales la revisión de las sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de esta ley".

A este respecto cabe señalar que al poder plantearse residualmente en la práctica problemas de retroactividad favorable, la revisión de las sentencias por los propios órganos sentenciadores o la asignación de los asuntos a determinados Juzgados o Secciones de Audiencias, según prevé esta disposición transitoria, podría excepcionalmente hacer necesaria la adopción por este Consejo de medidas concretas de apoyo o refuerzo, lo que deberá reflejarse en la Memoria Económica que acompañe al Anteproyecto.

Es todo cuanto tiene que informar la Comisión de Estudios e Informes al Pleno del Consejo General del Poder Judicial.