



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

INFORME DEL CONSEJO FISCAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 12/1995, DE 12 DE DICIEMBRE, DE REPRESIÓN DEL CONTRABANDO

1. INTRODUCCIÓN

Por oficio de fecha 17 de mayo de 2010 el Secretario de Estado de Justicia ha remitido al Excmo. Sr. Fiscal General del Estado, el Anteproyecto de referencia, para que el Consejo Fiscal, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14.1.j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), emita el correspondiente informe.

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

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

2. JUSTIFICACIÓN DEL ANTEPROYECTO DE LEY

El indicado Anteproyecto viene acompañado de un informe sobre la necesidad del proyecto, de una memoria económica y otro informe sobre impacto por razón de género del proyecto.

La justificación del anteproyecto expresada en dicho informe sobre la necesidad de la modificación legislativa y en su Exposición de Motivos responde al imperativo de una serie de compromisos asumidos por el Reino



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

de España plasmados en legislación internacional y comunitaria, la cual se caracteriza por una continua evolución de las directrices sobre la materia, al igual que sucede con las listas de productos, materiales y tecnologías que deben ser objeto de control y que se aprueban en los distintos foros internacionales en los que es parte el Reino de España. Estas obligaciones y también la dinámica en la modificación del objeto de las leyes sancionadoras del contrabando hace precisa la actualización de la regulación de los ilícitos contenidos en la Ley Orgánica 12/1995, de Represión del Contrabando.

Efectivamente, tal como se expresa en dicho informe justificativo, el concepto de contrabando y el objeto de las leyes sancionadoras, de naturaleza penal o administrativa, han ido evolucionando en virtud de los cambios políticos, económicos y sociales que se han producido en el mundo en los últimos años, desde primigenias formas ligadas a la prohibición de comercio en situaciones de conflicto entre partes beligerantes, pasando por la protección de las fuentes de financiación de la Hacienda tradicional basada fundamentalmente en los derechos que gravaban la importación o exportación, hasta llegar a formas más modernas de consideración del control del comercio internacional como un fin en sí mismo, por sus efectos sobre la economía interior y su concepción como instrumento para asegurar una competencia leal en el comercio, sin olvidar la protección y la seguridad en relación con un territorio y sus ciudadanos, pudiendo afirmarse que la regulación del contrabando está ligada a las misiones que deben cumplir las Aduanas en cada momento histórico.

En la actualidad, la misión de las autoridades aduaneras está regulada en el artículo 2 del Reglamento (CE) nº 450/2008, del Parlamento y Consejo, por el que se establece el código aduanero comunitario (código aduanero modernizado), definiendo expresamente que las autoridades aduaneras tienen funciones, distintas de las recaudatorias, que en síntesis



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

se refieren a responsabilidades de supervisión del comercio internacional de la Comunidad, contribuyendo a un comercio justo y abierto a la aplicación de los aspectos externos del mercado interior y a la ejecución de la política comercial común, así como a la seguridad global de la cadena de suministros, particularmente, mediante la protección de los intereses financieros de la Comunidad, de las actividades comerciales legítimas, del medio ambiente y del equilibrio adecuado en los controles aduaneros.

Por otro lado, si bien la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, consolidó en nuestro derecho positivo la existencia de múltiples bienes jurídicos protegidos en la regulación de los ilícitos de contrabando, en la actualidad se han incorporado a nuestro derecho penal nuevos ilícitos, lo que hace preciso clarificar los diversos tipos de bienes jurídicos protegidos que se encuentran tras los distintos supuestos de contrabando, estimándose necesaria una nueva reagrupación, separando los relacionados con la competencia desleal -a través de precios o economía irregular o por incumplimiento de los requisitos del bien para su uso o consumo- de aquellos cuyo objeto es la protección y seguridad en relación con el comercio de determinado material de defensa, los productos de doble uso o que puedan utilizarse para el ejercicio de la tortura, pena de muerte u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como los precursores de drogas o los bienes del Patrimonio Histórico Español. Se incluyen en este último grupo los géneros o efectos estancados o prohibidos, ya que, aunque tal calificación legal para alguno de ellos está ligada en el pasado a la protección de la Hacienda Pública, hoy, en el marco de la Unión Europea, sólo puede mantenerse por motivos de protección social en general o de seguridad.

También se considera necesario la revisión del límite mínimo de valor de las mercancías, la actualización de la delimitación entre el ilícito penal y el



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

administrativo, la incorporación en el delito de contrabando de la responsabilidad de las personas jurídicas y de las demás entidades sin personalidad jurídica, poniendo en consonancia la regulación del delito de contrabando con lo previsto en el proyecto Código Penal, actualmente en tramitación parlamentaria.

Por último, se introducen mejoras técnicas para la delimitación del objeto de la Ley, consistentes en la introducción de nuevos conceptos, la adaptación de las penas a su regulación en el Código Penal, la uniformidad en la ejecución de sentencias con los delitos contra la Hacienda Pública en relación con la responsabilidad civil y la pena de multa, la definición explícita del principio de concurrencia de sanciones con idéntica regulación a los supuestos tributarios y la delimitación de los criterios de graduación de las infracciones administrativas.

3. CONTENIDO DEL PROYECTO Y OBSERVACIONES

El Anteproyecto objeto de estudio consta de una Exposición de Motivos, dos artículos, una disposición transitoria y cuatro disposiciones finales, que seguidamente se comentan:

Artículo primero. *Modificación de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.*

Este Artículo primero se divide en quince apartados, cada uno de los modifica diversos aspecto de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Uno

Modifica el artículo 1 dedicado a las *definiciones* de diversos conceptos utilizados en la Ley. Algunos se mantienen en términos idénticos a la regulación anterior, modificándose e incorporando otros. Así quedan definidos los conceptos de: 1.- “mercancía”, 2.- “mercancías comunitarias”, 3.- “mercancías no comunitarias”, 4.- “recinto aduanero”, 5.- “autoridad aduanera”, 6.- “importación”, 7.- “introducción”, 8.- “exportación”, 9.- “expedición”, 10.- “áreas exentas”, 11.- “géneros o efectos estancados”, 12.- “géneros prohibidos”, 13.- “material de defensa”. 14.- “productos y tecnologías de doble uso”, 15.- “precursores de drogas”, 16.- “sustancias químicas tóxicas”, 17.- “agentes o toxinas biológicos”, 18.- “productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, 19.- “mercancías sujetas a medidas de política comercial”, 20.- “deuda aduanera”.

Se valora positivamente el contenido de este artículo, toda vez que se estima correcta la técnica legislativa empleada de definir los conceptos necesarios para la delimitación de los ilícitos que se regulan en la Ley, con ello se establecen criterios de interpretación auténtica que contribuyen a la seguridad jurídica que precisa una ley sancionadora. En algunas de dichas definiciones se recurre a la remisión a textos legales nacionales o internacionales, lo cual está plenamente justificado en virtud de la complejidad de dichos conceptos y también amparado por la jurisprudencia que ha venido estimando, desde STS 7/71995 y 18/3/1997, que dicha remisión no vulnera el principio de legalidad penal, no constituyendo una norma en blanco, debiéndose entender por tales aquellas que castigan la infracción de otra norma a la cual se remiten, aquí, se trata de tipos completos en los que el objeto de la acción está caracterizado por un elemento normativo.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Concretamente se estima necesaria y adecuada la adaptación de los conceptos “mercancía”, “mercancías comunitarias”, “mercancías no comunitarias” y “áreas exentas” a las previsiones del Reglamento (CE) nº 450/2008, de 23 de abril, del Parlamento Europeo y del Consejo, así como la del concepto de “exportación” en cuanto a los productos y tecnologías de doble uso al Reglamento (CE) nº 428/2009, del Consejo, de 5 de mayo de 2009. Igual valoración merece la nueva regulación de los conceptos de “material de defensa” y “productos y tecnologías de doble uso” a través de la cual el legislador vincula su alcance y contenido a la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre control del comercio exterior de material de defensa y doble uso y a la normativa de la Unión Europea al respecto.

Dos

Modifica el artículo 2 dedicado a la *tipificación del delito*.

En este artículo se definen nuevas conductas típicas de conformidad con la regulación contenida en los expresados marcos normativos y se realiza una nueva reagrupación de los tipos penales en función del bien jurídico protegido y la gravedad de la conducta en relación con el mismo, así como la modificación de los límites cuantitativos mínimos del ilícito penal a 150.000 euros (conductas del apartado 1), 50.000 euros (conductas del apartado 2), 30.000 euros (en relación con las labores de tabaco del apartado 3).

Las conductas agrupadas en el apartado 1 están relacionadas con las mercancías de lícito comercio, excluidas las estancadas o prohibidas cuya regulación se realiza en los apartados 2 y 3, estableciendo la cuantía de 150.000 euros como límite cuantitativo mínimo del ilícito penal en línea con el fijado para el delito contra la Hacienda Pública, lo que se estima adecuado, al igual que la definición de las nuevas conductas típicas de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

acuerdo con la regulación de la normativa reguladora del régimen aduanero modernizado establecida en los artículos concordantes del Reglamento (CE) nº 450/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, por el que se establece el código aduanero comunitario, así como la remisión a la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho de Mar, hecha en Montego Bay (Jamaica), el 10 de diciembre de 1982, en relación con los alijos o trasbordos clandestinos en aguas marítimas.

No obstante, en relación con la conducta tipificada en el apartado 1 c) del artículo 2 del Anteproyecto, este Consejo Fiscal estima que la expresión con la que se inicia el párrafo segundo: “*Se presumirá que*”, debería ser sustituida por la siguiente: “*A estos efectos, se entenderá que*”. Esta expresión se estima más adecuada para definir el tipo penal, toda vez que aquella puede dar lugar a equívocas interpretaciones relativas a la vulneración del principio de presunción de inocencia, además ésta última es la utilizada en el apartado 4 del artículo 5 del Anteproyecto en relación con la procedencia de determinados bienes.

También se estiman adecuadas las remisiones que se realizan en el apartado 2 para definir las conductas antijurídicas ligadas a los cambios normativos en el marco de la misión de seguridad y control que debe cumplir la Administración aduanera en el comercio exterior, fijando el límite cuantitativo mínimo del ilícito penal en 50.000 euros, incluyendo las acciones con géneros o efectos estancados o prohibidos, salvo los que se incluyen en el apartado 3, en el que se incrementa el importe del valor de los géneros de tabaco a efectos de delito a 30.000 euros. La indicadas remisiones normativas están referidas al Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, o en el Reglamento (CE) nº 338/1997 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, en relación con determinadas especies de fauna y flore silvestre recogidas en el mismo; así como al Reglamento (CE) nº 1236/2005 del



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Consejo, de 27 de junio de 2005, en relación con el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes con productos incluidos en el Anexo III del citado Reglamento, sin la autorización a la que hace referencia el Capítulo II de la Ley 53/2007; y en relación con los precursores de drogas a la Ley 4/2009, de 15 de junio.

Sin perjuicio de dicha valoración positiva, este Consejo Fiscal estima que en el apartado 2.a) del artículo 2 del Anteproyecto -referido a los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español- además de los términos “*exporten o expidan*”, debería mantenerse la expresión “*saquen del territorio español*” que figura como conducta típica en el vigente artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, toda vez que los términos “exportar” -cuyo contenido se determina en el artículo 1.8 del Anteproyecto- y “expedir” -que carece de definición legal- no concretan suficientemente si el ámbito territorial al que se refiere la conducta típica es el territorio español o el de la Unión Europea.

Entendemos que dicha conducta típica debe estar referida al territorio español, toda vez que la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, establece que corresponde a las autoridades españolas el control sobre los bienes de Patrimonio Histórico Español, sin que ello suponga obstáculo para la libertad de mercancías a tenor de lo dispuesto en el artículo 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como por el Reglamento (CE) 116/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2009 relativo a la exportación de bienes culturales y la Directiva 93/7/CEE, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que han salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro. Por ello, se estima adecuado que la indicada inclusión de la expresión “*o saquen del territorio español*”, se añada al texto del apartado 2.a) del artículo 2 del Anteproyecto,



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

a continuación de los términos *exporten o expidan*, que lógicamente deberían aparecer yuxtapuestos separados por una coma.

Como quiera que la expresada conducta relativa a los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español está regulada en el artículo 2.1.e) y tiene su concordancia con el artículo 282 bis I) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se estima que el Anteproyecto debería añadir un nuevo artículo (tercero) para la modificación dicho apartado de la ley procesal penal, que deberá tener la siguiente redacción: *“Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el artículo 2.2.a) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando”*.

Por otro lado, en los apartados 1.b) y 2.b) del artículo 2 del Anteproyecto se incluye la “tenencia” junto con otras acciones que genéricamente se denominan “operaciones”, todas las cuales consisten en la realización de las actividades que se especifican (operaciones de importación, exportación, producción, comercio, circulación, rehabilitación), mientras que la “tenencia” supone una simple posesión sin necesidad de ninguna otra conducta de carácter activo. Por ello se propone la modificación de la redacción de texto, tipificando, de un lado, *“la tenencia de dichas mercancías”* y, de otro, la realización de las actividades a que se refieren los sustantivos que se enumeran como “operaciones”.

En el apartado 3 del artículo 2, siguiendo la línea de la vigente regulación respecto de las drogas, precursores, armas y explosivos, se amplía la enumeración de productos -agentes o toxinas biológicos, sustancias químicas tóxicas- respecto de los que con independencia de su valor, la realización de actuaciones tipificadas como contrabando con los mismos determina la calificación penal de tales conductas.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Todo lo anterior es valorado positivamente por este Consejo Fiscal, no obstante, en relación con este apartado 3, aunque en nuevo texto sigue la misma técnica legislativa y no contiene modificación respecto de la redacción anterior, se sugiere la conveniencia de separar la referencia a la realización del contrabando a través de una organización e incluirla en un párrafo aparte.

Tal indicación tiene como objeto diferenciar con claridad los dos supuestos en los que el contrabando se castiga como delito, cualquiera que sea la cuantía de los efectos: 1º.- cuando el objeto del contrabando sean los productos que se enumeran, y, 2º.- cuando el contrabando se realice a través de una organización.

Al estar unidos en el mismo párrafo se puede generar la confusión en el sentido de entender que la calificación de contrabando sólo procederá cuando la organización esté relacionada con las actividades precedentes. La separación en párrafos diferentes parece más adecuada para concretar con nitidez que cualquier actividad de contrabando realizado por una organización tiene carácter delictivo.

En relación con el apartado 5 del artículo 2, sorprende la tipificación que, en términos excesivamente genéricos, pretende el prelegislador realizar de la comisión imprudente respecto de la pluralidad de comportamientos previamente definidos como conductas dolosas de contrabando, Al respecto, se estima que la introducción de la imprudencia grave como modo de realización del delito de contrabando será, con carácter general, de difícil aplicación, toda vez que su concepto es contradictorio con muchas de las conductas que se tipifican, las cuales se definen por la realización de actividades esencialmente intencionales.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

En este ámbito de la tipificación de la conducta imprudente, también es de significar que resulta contradictorio y vulneraria el principio de proporcionalidad penal, que una conducta intencional de contrabando relativa a cuantías inferiores a las determinadas para ser calificadas como delito constituya infracción administrativa, y sin embargo pueda penarse como delito imprudente una conducta de incumplimiento de algún deber de cuidado por la circunstancia de superar dicha cuantía.

No obstante y aún admitiendo que en virtud de las amplias definiciones empleadas en los tipos del artículo que se comenta, el delito imprudente podría construirse a partir de conductas relativas a la dejación grave de algún deber de cuidado, vigilancia o control por parte de sujetos obligados en el ámbito aduanero respecto de las mismas, el principio de legalidad penal hace preciso que el legislador defina las conductas de las que surgiría el deber de garante de estos sujetos, tal y como sucede en la normativa de prevención del blanqueo de capitales.

Sin perjuicio de la valoración positiva que también merece la tipificación en los apartados 1.d) y 2.a) del artículo 2, de la utilización de datos o documentos falsos para la obtención de autorización administrativa para la exportación o cualquier otra operación de las enumeradas, conviene significar que la misma determina un concurso entre el delito de contrabando con el correspondiente delito de falsedad, cuya calificación jurídica deberá ser concretada judicialmente.

También se valora positivamente la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de las empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones carentes de personalidad jurídica, en línea con las últimas modificaciones del Código Penal que se proponen en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en la actualidad en trámite parlamentario, por



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

lo que se deberá estar a lo que resulte de texto que definitivamente se apruebe a efectos de evitar disfunciones entre ambas leyes.

Tres

Modifica el artículo 3 dedicado a la *penalidad*.

No se hace ninguna objeción por estimarse adecuada la sustitución de la referencia a “prisión menor” y “grado mínimo, medio o máximo” que no son acordes con la regulación de la aplicación de la pena en el Código penal vigente.

En cuanto a la penalidad de la imprudencia nos remitimos a lo expresado anteriormente en relación con la que se estima inadecuada inclusión del delito imprudente de contrabando.

Se considera acertada la modificación de la agravación que incorpora en el apartado 2 de este artículo 3, e igualmente la adaptación que se realiza en el apartado 3 de la penalidad, cuando incurran en responsabilidad penal las personas jurídicas y de demás entidades sin personalidad jurídica, poniendo en consonancia dicha regulación con lo previsto en el proyecto de modificación del Código Penal en tramitación parlamentaria.

Cuatro

Se modifica el artículo 4 referido a la *responsabilidad civil*.

El inciso inicial del artículo 4 establece que la responsabilidad civil comprenderá la totalidad de la deuda tributaria y aduanera no ingresada, redacción de consecuencias jurídicas similar a la anterior, sin embargo, la nueva regulación además establece que dicha responsabilidad civil también comprende la deuda tributaria y aduanera no ingresada *que la*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Administración Tributaria no haya podido liquidar por prescripción, caducidad o cualquier otra causa legal prevista en la Ley General Tributaria o en la normativa aduanera de la Unión Europea, incluidos sus intereses de demora.

Al respecto en el informe justificativo de la modificación se indica que se pretende definir la responsabilidad civil subsidiaria de forma semejante a la prevista para los Delitos contra la Hacienda Pública en el marco del referido Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal que se encuentra en la actualidad en tramitación parlamentaria.

Efectivamente, en dicho Proyecto se incorpora al artículo 305 un quinto apartado con la siguiente redacción:

«5. En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de 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, los jueces y tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada ley.»

El contenido del inciso inicial de dicha disposición se corresponde con el texto que ahora se introduce en el artículo 4 del presente Proyecto de modificación de la Ley Orgánica de Represión del Contrabando, lo que reafirma la autonomía del delito de contrabando en lo concerniente a la prescripción, puesto que en materia de la responsabilidad civil derivada del delito, se produce una transformación del título del que nace, que pasa a ser *ex delicto* y no *ex lege*. Es por ello que establece que en los procedimientos por delito la deuda comprenderá la que la administración tributaria no haya podido liquidar por prescripción.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Cinco

Se introduce un nuevo artículo 4 bis referido a la *ejecución de la pena de multa y de la responsabilidad civil*.

Igualmente este nuevo artículo 4 bis que se corresponde con el contenido del inciso final del transcrito artículo 305.5 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal. Se justifica en cuanto tiene por objeto regular un sistema de ejecución de la multa y de la responsabilidad civil semejante a la prevista para el delito contra la Hacienda Pública en el marco del expresado Proyecto de texto penal.

Establece el texto legal proyectado que *“para la ejecución de la pena de multa y de la responsabilidad civil, los jueces y tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria, que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la Ley General Tributaria”*. Lo cual no supone reforzar la tesis, sostenida por algún sector doctrinal, de que no existe plena autonomía del derecho penal en la configuración del delito de contrabando, pues lo que se establece es un auxilio de la Administración tributaria, sin perjuicio de la facultades jurisdiccionales de ejecución que corresponden al juez penal que dicta la sentencia (apartado 4 de la disposición adicional décima de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria).

Seis

Se modifica el artículo 5 referido al *comiso*.

Se valora positivamente la nueva regulación del comiso, adaptándola a la terminología y regulación sobre la materia contenida en el Proyecto de modificación del Código penal en tramitación parlamentaria, el cual contiene a su vez algunas novedades importantes respecto del vigente,



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

particularmente en lo relativa al denominado “comiso ampliado”, que ha sido reclamado desde muchos ámbitos como instrumento muy eficaz para hacer frente a la criminalidad organizada, al entenderse “ex lege” que provienen de la actividad delictiva el patrimonio de los condenados por delitos cometidos en el seno de un organización o grupo criminal cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por dichas personas.

La regulación del comiso que se efectúa en el Proyecto sigue la línea iniciada mediante la reforma del artículo 127 y 274 del Código penal llevada a efecto por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, analizada extensamente en las Circulares 1/2005 y 2/2005 de la Fiscalía General del Estado. Dicha modificación incorporó en nuestro ordenamiento jurídico importantes innovaciones como el reconocimiento de la posibilidad de decomisar bienes de valor equivalente o de acordar dicha medida aun cuando no se imponga pena alguna, en los casos de exención o extinción de la responsabilidad criminal, siempre que se demuestre la situación patrimonial ilícita, medidas estas que han contribuido, siguiendo las directrices supranacionales, a revitalizar esta figura incuestionablemente eficaz en la lucha contra las formas más graves de delincuencia y en especial contra el crimen organizado.

El precepto que ahora se modifica en el presente Anteproyecto de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, se hace eco de la redacción del Proyecto del Código penal en tramitación parlamentaria, el cual acogió las sugerencia efectuadas por el Consejo Fiscal en el informe emitido respecto del Anteproyecto correspondiente al mismo, en el sentido de sustituir, por un lado, la facultad potestativa (*podrá*) del Juez o Tribunal por la decisión preceptiva (*deberá*) de ampliar el comiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal, y, por otro, la expresión “*una actividad delictiva*” por la de “*actividades delictivas*” que es la utilizada por la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 14 de febrero. En el Proyecto del Código penal también se ha acogido la indicación del Consejo Fiscal relativa a la redacción del inciso segundo del párrafo en el que se regula el “decomiso ampliado” en relación a la presunción legal sobre la procedencia de los bienes, que ha sido trasladada al precepto del Anteproyecto que ahora se informa.

En este precepto, al igual que en el artículo 127 del Proyecto del Código penal, se acogen las directrices internacionalmente asumidas para asegurar la incautación y confiscación de los productos del delito en el entendimiento de que esta medida constituye un instrumento eficaz contra la delincuencia organizada, lo que exige un esfuerzo de armonización de legislaciones en relación con ello. Así la indicada Decisión Marco 2005/212/JAI fija entre sus objetivos *garantizar que todos los Estados miembros dispongan de normas efectivas que regulen el decomiso de los productos del delito en particular en relación con la carga de la prueba sobre el origen de los bienes que posea una persona condenada por una infracción relacionada con la delincuencia organizada.*

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



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

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

También se informa favorablemente la incorporación en el apartado 6 del artículo 5 referido a la adjudicación al Estado de los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados, de las excepciones previstas en la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, y a la normativa reglamentaria de desarrollo. Sobre el particular cabe complementar que mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada mediante la Disposición Final primera de la Ley 18/2006, de 5 de junio, *para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de prueba en procedimientos penales*, que incorpora al derecho interno la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, introduciendo un nuevo Capítulo II bis en el Título V del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el cual se regula *la destrucción y realización anticipada de los efectos judiciales*, cuyas normas -según la exposición de motivos de la ley- *han de servir, con carácter general, para agilizar la gestión de los bienes embargados en los procesos penales, y que también se van a aplicar cuando se trate de bienes embargados a petición*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

de autoridades judiciales extranjeras, ha determinado que mediante la Instrucción nº 6/2007 de la Fiscalía General del Estado, se impartan la pautas que deben observar los miembros del Ministerio Fiscal para instar la enajenación de los bienes intervenidos en relación con cualquier delito, antes de dictarse sentencia, cuando concurren las circunstancias reguladas en el artículo 367 quáter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: que hayan sido expresamente abandonados por sus propietarios o cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud, para la seguridad pública u ocasionar su depreciación o deterioro.

Siete

Se modifica el artículo 10 referido a la *valoración de los bienes*.

Se justifica la reforma por el fin de dar un mismo tratamiento a la valoración de la mercancías de lícito comercio, estableciendo un sistema basado en el valor de venta limitado al precio de compra o al coste de elaboración modulado con el índice de precios al consumo.

En cuanto a los supuestos previstos en el artículo 2.2 relativos a los bienes que integran el Patrimonio Histórico, géneros estancados o prohibidos o de especímenes de fauna y flora silvestres, el Proyecto opta, al igual que en el caso de bienes de ilícito comercio por hacer depender su valoración de los informes emitidos por parte de la Administración.

En este artículo 10.2. se observa lo que hemos entendido error material, donde dice “delitos de ilícito comercio”, hemos entendido que debe decir “bienes de ilícito comercio”



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Ocho

Se modifica el artículo 11 referido a la *tipificación de las infracciones* administrativas y clasificación en leves, graves y muy graves. Este Consejo Fiscal no tiene nada que objetar a esta opción legislativa de carácter administrativo.

Nueve

Se modifica el artículo 12 referido a las *sanciones* de las infracciones administrativas. Las cuales se estiman adecuadas toda vez que no vulneran en principio de proporcionalidad que debe regir esta materia, sin otra observación al respecto por parte de este Consejo Fiscal.

Diez

Se modifica el artículo 12 bis referido a la *graduación de las sanciones* de las infracciones administrativas, incorporando un nuevo supuesto de medio fraudulento, la incorrecta o falsa declaración de elementos o datos determinantes para la gestión informatizada del control, lo que supone la adaptación de la regulación actual al modelo de gestión informatizada de la declaración aduanera, sin que este Consejo Fiscal tenga que hacer ninguna observación al respecto.

Once

Se modifica el artículo 14 referido a *medidas complementarias*, fundamentalmente referidas a la aprehensión cautelar de los bienes, efectos e instrumentos que puedan resultar decomisados. Se trata de medidas cautelares de carácter administrativo que se estiman ajustadas.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

La novedad en esta materia, que se valora positivamente, viene referida a la introducción del texto contenido en apartado tercero que pone en concordancia la legislación de represión del contrabando con la relativa a la prevención del blanqueo de capitales, lo que se realiza estableciendo la obligación de dar traslado inmediato del acta de intervención al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, para la investigación de los hechos consignados, y a la Secretaría de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, para la incoación, en su caso, del correspondiente procedimiento sancionador.

Doce

Se introduce un nuevo artículo 14 bis bajo el título de *principio de no concurrencia de sanciones*.

El contenido de dicho artículo establece en primer lugar, la paralización del procedimiento administrativo cuando se estime que la conducta pueda ser constitutiva de delito de contrabando, lo cual determina la autonomía del derecho penal en la configuración del delito contrabando respecto de la relación jurídico-tributaria precedente, que además se reafirma mediante la prohibición del *bis in idem* al establecerse que la sentencia condenatoria impedirá la imposición de sanción por infracción administrativa de contrabando, la cual podrá imponerse en los supuestos en que no se aprecie delito por los órganos jurisdiccionales, reanudándose el computo del plazo de prescripción a efectos administrativos.

En segundo lugar, en los supuestos en los que se estima que la conducta puede ser constitutiva de delito de contrabando, se establece la denominada “doble ventanilla”, estableciéndose que se pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente o remitirán el expediente al Ministerio



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Fiscal, ello está en sintonía con la equiparación a efectos de investigación del Ministerio Fiscal efectuada al amparo del artículo 5 del Estatuto Orgánico y del artículo 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con las que lleva a cabo la autoridad judicial, lo cual responde a una opción legislativa que tiene el inconveniente de poner la investigación del Ministerio Fiscal a conveniencia de que cualquier persona pueda producir su conclusión, con todas sus consecuencias, mediante la presentación de una denuncia ante el órgano jurisdiccional correspondiente relativa a los hechos investigados.

Trece

Se modifica el artículo 16 referido a las *competencias en materia de reconocimiento y registro de los servicios de aduanas*.

Se justifica dicha modificación en virtud de la adaptación al concepto de control aduanero definido en los números 13 y 14 del Reglamento (CE) nº 2913/1992, de 12 de octubre, ajustando las potestades de control aduanero a la realidad de la circulación de mercancías en distintos regímenes aduaneros en el interior del territorio aduanero.

Se estima podría aprovecharse la reforma legislativa para especificar que las facultades que esta disposición otorga a los servicios de aduanas en materia de reconocimiento y registro, están sujetas al resto del ordenamiento jurídico, en particular cuando su actuación pueda afectar a derechos fundamentales.

Catorce

Se modifica la Disposición adicional segunda referida a los *presupuestos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria*.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Quince

Se introduce una Disposición adicional tercera referida a la *información que deben suministrar las compañías de transporte.*

Se establecen una serie de obligaciones a las compañías de transporte con el objeto de dar respuesta al reto que la globalización de la actividad humana que, a través del continuo incremento de los viajes entre distintos territorios aduaneros, implica un aumento del riesgo en relación con los bienes jurídicos protegidos por la legislación sobre contrabando, fundamentalmente los relacionados con la protección y seguridad que no pueden ser efectivamente controlados sin incrementos sustanciales de las operaciones de control sobre los viajeros. Ello supone una carga que en alguna medida se alivia mediante un análisis previo de los datos del viajero. Por este motivo se establece una obligación de declaración previa de los transportistas en relación con las personas que transporten, o por las personas que tienen la obligación de conocer los datos del viajero una vez que el medio de transporte llegue al territorio aduanero.

Estos últimos apartados catorce y quince del artículo primero, así como el Artículo segundo del Anteproyecto que se comenta se refieren a cuestiones ajenas a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal, no obstante de su contenido se valora positivamente.

Artículo segundo. *Modificación de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.*

Se modifica el artículo 58 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, con el objeto de que el beneficiario de la aprobación de un recinto aduanero, proporcione a la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Administración aduanera los medios necesarios en sus instalaciones para el desarrollo de sus misiones.

Por último, tampoco se hace objeción alguna a la Disposición transitoria única, referida a la *normativa de aplicación*; Disposición final primera, referida al *carácter de la Ley –ordinario u orgánica-* que tienen determinados artículos de la reforma; Disposición final segunda, referida al *título competencial* por el que la presente Ley Orgánica se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de régimen aduanero y arancelario, de comercio exterior, legislación penal, procesal y civil atribuida al Estado del artículo 149 de la Constitución; Disposición final tercera sobre *habilitación normativa* y disposición final cuarta relativa a la *entrada en vigor* de la presente Ley Orgánica, estimándose todas ellas adecuadas

En definitiva, el conjunto del anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, se considera justificado por las necesidades de armonización legislativa expresadas y, con las observaciones reseñadas, es valorado favorablemente por el Consejo Fiscal.

Madrid, 1 de junio de 2010

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO
PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL

Fdo. Cándido Conde-Pumpido Tourón