

CIRCULARES

CIRCULAR 1/2006, DE 5 DE MAYO DE 2006, SOBRE LOS
DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL E
INDUSTRIAL TRAS LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA
15/2003

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
I. INTRODUCCIÓN.....	737
II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REFOR- MA DE LA LEY ORGÁNICA 15/2003 (MEDIDAS SUSTANTIVAS Y PROCESALES).....	738
III. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL	742
III.1 Novedades de la Ley Orgánica 10/1995.....	743
III.2 Novedades de la Ley Orgánica 15/2003 en la defini- ción del tipo básico de delitos contra la propiedad inte- lectual	746
III.2.a) Las conductas de exportación, almacenaje e importación.....	746
III.2.b) Conductas que vulneran los dispositivos téc- nicos de protección de las obras	753
III.2.c) Conductas que lesionan los derechos de pro- piedad intelectual a través de los medios tec- nológicos de la sociedad de la información ...	758
III.3 Novedades de la Ley Orgánica 15/2003 en los tipos agravados.....	763
IV. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.....	764
IV.1 El bien jurídico protegido.....	766
	735

	<u>Páginas</u>
IV.2	Las creaciones con proyección industrial o artística... 775
IV.2.a)	Patentes y modelos de utilidad 775
IV.2.b)	Las patentes secretas 779
IV.2.c)	Los modelos y dibujos industriales o artísticos y las topografías de productos semiconductores 781
IV.3	Los signos distintivos (marcas y nombre comercial).. 783
IV.4	Las obtenciones vegetales 792
IV.5	Las denominaciones de origen e indicaciones geográficas 795
IV.6	Los subtipos agravados 797
V.	LAS DISPOSICIONES COMUNES..... 797
VI.	FORTALECIMIENTO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL. RESPONSABILIDADES CIVILES..... 798
VII.	CONCLUSIONES 803
VIII.	ANEXO I..... 816
IX.	ANEXO II 817

I. INTRODUCCIÓN

La presente Circular se aborda a partir del importante cambio que la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal ha supuesto en la configuración de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, los cuales se han transformado de delitos semipúblicos, sujetos al régimen de denuncia previa del ofendido, en delitos públicos perseguibles de oficio. La reforma introduce además otras novedades en la regulación de estos tipos delictivos, que requieren establecer unos criterios de interpretación y actuación unitaria del Ministerio Fiscal en la persecución eficaz de las conductas vulneradoras de esos derechos que el legislador ha considerado son merecedoras de un reproche de naturaleza penal.

No obstante lo anterior, se ha tenido también presente que la última Circular de la Fiscalía General del Estado en materia de derechos de propiedad intelectual es la Circular 2/1989, que fue elaborada a partir de la novedad que supuso en la regulación de los delitos contra la propiedad intelectual la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, que modifica el artículo 534 incorporando un nuevo artículo 534 bis. del Código Penal, dictada en paralelismo con la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual. Con posterioridad la regulación de estos delitos se vio modificada con la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal que es objeto también de consideración. Finalmente resulta imprescindible tener presente que se ha producido un importante cambio en la realidad social, vinculado a las nuevas tecnologías, que ha incidido en la aparición de diferentes y más intensas formas de comisión de estos delitos, así como en la aparición de otros objetos de protección.

En el ámbito de los derechos de propiedad industrial el desfase en la elaboración de una Circular, para establecer los criterios unitarios de interpretación y actuación del Ministerio Fiscal, es aún mayor puesto que no se ha elaborado una Circular o Instrucción con posterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 10/1995, a partir de la cual dejaron de estar configurados como normas penales en blanco. Los últimos documentos en la materia están representados por una Circular de 20 de mayo de 1931 y dos Consultas de 4 de noviembre de 1913 y 30 de julio de 1928. Por otra parte, la legislación específica reguladora de estos derechos, con la cual deben integrarse los elementos normativos de estos tipos delictivos, ha proliferado y evolucionado extraordinariamente, siguiendo al igual que en el caso de los derechos de propiedad intelectual un proceso de internacionalización y sobre todo de armonización a nivel comunitario.

Es por ello que en la presente Circular se considera oportuno abordar, en cuanto a los derechos de propiedad intelectual, los problemas interpretativos que puede suscitar la regulación penal de los tipos con posterioridad a la reforma de la Ley Orgánica 6/1987, teniendo en cuenta además la evolución de la legislación específica integradora de los mismos. En cuanto a los derechos de propiedad industrial, se considera necesario hacer un estudio más exhaustivo de los tipos penales en su configuración actual, abordando la integración de sus elementos normativos con la necesaria referencia a la legislación específica reguladora de estos derechos, de modo similar a lo que se hizo en la Circular 2/1989, tras la publicación de la Ley de Propiedad Intelectual, de 22 de noviembre de 1987 y la reforma simultánea que la Ley Orgánica 6/1987 realizó en el tipo penal del artículo 534 y 534 bis.

La presente Circular sirve también para hacer efectiva la previsión contenida en las Medidas Normativas del Plan Integral del Gobierno para la disminución y eliminación de las actividades vulneradoras de la propiedad intelectual aprobado el 8 de abril de 2005. En el citado «Plan Antipiratería» se contempla dentro del citado capítulo de Medidas Normativas, la posibilidad de sugerir a la Fiscalía General del Estado el que, conforme a sus normas estatutarias, se establezcan los criterios unitarios de interpretación y actuación del Ministerio Fiscal en la persecución de las conductas delictivas vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual, como una de las acciones necesarias para lograr los objetivos del Plan.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 15/2003

Los delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial que constituyen, respectivamente, la Sección 1.^a y 2.^a del capítulo XI del título XIII del Código Penal, forman parte del grupo de infracciones que integran el núcleo básico de las líneas informadoras de la reforma llevada a cabo por la citada Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en relación con los tipos de la Parte Especial, tal y como se refleja en la Memoria Justificativa al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, y en la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003. La reforma trata de dar una respuesta penal eficaz a las nuevas realidades sociales y delictivas, garantizando la protección de bienes jurídicos que sufren nuevos e importantes ataques como consecuencia de las cada vez más expansivas formas de delincuencia organizada, o de los avances tecno-

lógicos instrumentalizados en la comisión de los delitos, así como asegurar la protección de bienes o derechos nuevos, que surgen también como consecuencia de los citados avances tecnológicos, y que antes no podían ser contemplados en el marco de una protección penal por su inexistencia.

En primer lugar, la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, ha abordado la consecución del reforzamiento de la protección penal de estos derechos mediante la elevación de las penas señaladas a los delitos. En los delitos contra la propiedad intelectual, se eleva en el tipo básico la pena de multa en su límite inferior, que pasa de seis a doce meses, y además se hace conjunta la pena de multa con la de prisión, que era antes alternativa; los supuestos agravados del artículo 271 también elevan el límite inferior de la pena de multa que ya era conjunta con la de prisión y pasa de ocho a doce meses. En los delitos contra la propiedad industrial de los artículos 273 (patentes y modelos de utilidad), 274 (signos distintivos de bienes y servicios y títulos de obtención vegetal), y artículos 275 (denominaciones de origen e indicaciones geográficas), se eleva la pena conjunta de multa en su límite inferior de seis a doce meses; en los supuestos agravados del artículo 276 se reduce el límite inferior de la pena de prisión de dos a un año y la pena acumulativa de multa se eleva de ocho a doce meses. Lo anterior pone de manifiesto que en estos delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el legislador además de elevar las penas de multa, ha querido equiparar el régimen sancionador de ambos tipos delictivos. Han desaparecido igualmente de los tipos agravados de los artículos 271 y 276, la referencia a la posibilidad de imposición de la consecuencia accesoria del cierre temporal o definitivo del establecimiento del condenado, referencia que resultaba innecesaria, cuando no contradictoria, con la previsión que con carácter común se establece en el artículo 288 para todos estos delitos de la posibilidad de imposición de cualquiera de las consecuencias accesorias del artículo 129. Quizás la única salvedad que hay que destacar respecto de la generalizada elevación en las penas de multa es la del tipo del artículo 277, relativo a la divulgación de invención objeto de solicitud de patente secreta.

En segundo lugar, la reforma ha previsto la consecución de una lucha más eficaz contra este tipo de delitos, mediante su conversión en delitos públicos, pues el apartado 1 del artículo 287 en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003 excluye de la necesidad de denuncia previa por el perjudicado u ofendido, la persecución de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Desde el punto de vista de derecho transitorio, conforme al criterio establecido en la Circular 1/2004, deberá tenerse en cuenta que la flexibilización de la persecución,

no puede entenderse aplicable a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, sin la previa denuncia del ofendido, sin perjuicio de que en tales supuestos se haga ofrecimiento de acciones a los potenciales perjudicados antes de adoptar cualquier resolución definitiva de archivo.

La perseguibilidad de oficio refuerza aún más la iniciativa del Ministerio Fiscal en la persecución de las conductas típicas y en el impulso de la tramitación del procedimiento. Los señores y señoras Fiscales deberán observar, por tanto, en esta clase de delitos, como en todos los delitos públicos, una posición activa y vigilante en relación con la aportación al procedimiento de las pruebas que sirvan para acreditar los hechos delictivos, procurando no caer en la peligrosa inercia de dejar la incorporación exclusiva de las pruebas a las partes implicadas en el proceso, en especial por lo que se refiere a las pruebas periciales sobre las obras o productos fraudulentos, lo que puede dar lugar a una ineficacia del procedimiento en cuanto a la sanción de las conductas delictivas, si se impugnan las pruebas de parte y no se llevan al acto del juicio oral otras pruebas periciales de carácter objetivo.

De conformidad con el criterio de la reforma de la Ley Orgánica 15/2003 de mejorar la eficacia de la respuesta penal en la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial, la misma ha introducido a través de la Disposición Final Primera una serie de medidas de carácter procesal en la LECrim:

1.º En el artículo 282 bis se incluyen en el apartado *d)* los delitos contra la propiedad intelectual e industrial como delitos en los que será posible la utilización de la figura del agente encubierto cuando estén cometidos por delincuencia organizada; esta incorporación se corresponde con el reconocimiento legal de que la criminalidad organizada se ha incorporado de forma clara y expansiva a la comisión de este tipo de delitos, lo que a nivel sustantivo ha reflejado la Ley Orgánica 15/2003, al incorporar en los artículos 271.c) y 276.c), respectivamente, como supuesto de agravación el que el culpable pertenezca a una organización o asociación.

2.º Se han incorporado los delitos contra la propiedad intelectual e industrial flagrantes al catálogo de delitos de juicios rápidos que establece la regla 2.ª del apartado 1 del artículo 795 de la LECrim, lo que evidencia el claro propósito de dar una respuesta inmediata y eficaz a las formas más generalizadas de ataque a estos derechos que vienen representadas en nuestra sociedad por la figura del «top manta».

3.º La Ley Orgánica 15/2003, ha añadido un segundo párrafo a la circunstancia 1.ª del artículo 771 de la LECrim, para prevenir que: «La

información de derechos al ofendido o perjudicado, cuando se refiera a los delitos contra la propiedad intelectual o industrial, y en su caso, su citación o emplazamiento en los distintos trámites del proceso se realizará a aquellas personas, entidades u organizaciones que ostenten la representación legal de los titulares de dichos derechos». Esta incorporación supone el reconocimiento expreso de la legitimación propia de las entidades gestoras de derechos para intervenir en los procedimientos penales relativos a los delitos de propiedad intelectual e industrial, dicha legitimación para intervenir las entidades gestoras supone igualmente un refuerzo del propósito de agilización de los procesos.

La consideración de que las entidades de gestión colectiva tienen atribuida, legalmente y en base al artículo 150 de la Ley de Propiedad Intelectual, una legitimación propia y no por sustitución, sin necesidad de tener que acreditar de manera individualizada, en cada caso, la concreta representación conferida por los titulares de los derechos de propiedad intelectual, se había abierto ya paso en la jurisprudencia, no sólo en el ámbito del procedimiento civil, (SSTS de la Sala de lo Civil 881/1999 de 29 de octubre de 1999, 954/2001 de 18 de octubre de 2001, 1208/2001 de 18 de diciembre de 2001, y 40/2003 de 31 de enero de 2003, entre otras), sino también en el del procedimiento penal donde, no obstante, haber mayor discrepancia interpretativa, por tratarse de una jurisprudencia emanada casi exclusivamente de las Audiencias Provinciales, existían numerosas sentencias de dichos órganos judiciales que venían acogiendo también el criterio de la legitimación por derecho propio de las entidades de gestión colectiva.

La interpretación favorable al reconocimiento de la legitimación propia de las entidades gestoras, se ve avalada además por la necesidad de admitir que la efectiva protección de los derechos de propiedad intelectual, tan sólo es posible actualmente, mediante la actuación colectiva por parte de los titulares de los derechos, a través de organizaciones que ejerzan facultades de mediación o gestión de los derechos mencionados, reconocimiento que ya se recogía en el Preámbulo de la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987.

La normativa legal específica de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante LPI), ha ido incorporando ese reconocimiento, no sólo en el artículo 150 de la LPI, sino también en otros preceptos de la misma Ley, como en el artículo 25, relativo al derecho de remuneración por copia privada, en cuyo apartado 7 se establece que se hará efectivo a través de las entidades de gestión y en el apartado 20 de ese precepto, se atribuye a las entidades gestoras legitimación para el ejercicio de acciones civiles y penales y la solicitud de adopción de

medidas cautelares en relación con las reclamaciones de dicho derecho de remuneración.

En el Proyecto de Ley de modificación del texto refundido de la LPI, ahora en tramitación parlamentaria, el reconocimiento de las entidades gestoras respecto del cobro del derecho de remuneración equitativa por copia privada, así como para el ejercicio de acciones penales y civiles y la petición de adopción de las medidas cautelares previstas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, por impago se contempla respectivamente, en iguales términos en los apartados 8 y 21 del citado artículo 25.

4.º Se introduce también por la Ley Orgánica 15/2003 un nuevo párrafo en el artículo 338 de la LECrim a los efectos de posibilitar expresamente en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial la destrucción de los efectos intervenidos; esta previsión, sin duda viene motivada por la consideración de las dificultades para conservar y custodiar en condiciones adecuadas de integridad y seguridad la ingente cantidad de objetos fraudulentos que diariamente se intervienen por las fuerzas policiales en relación con la comisión de estos delitos. Los señores y señoras Fiscales deberán impulsar la aplicación de lo dispuesto en este precepto, una vez se haya practicado la pericial necesaria en relación con los efectos fraudulentos, y se haya cumplido el requisito del párrafo tercero del artículo 338, de haberse reflejado en la diligencia que se extienda o en la pericial practicada todos los datos relativos a la naturaleza, calidad o cantidad de los efectos que resulte necesario acreditar en el juicio oral. Cumplidos tales requisitos, los señores y señoras Fiscales, en el supuesto de que no se hubiera solicitado o acordado con anterioridad, solicitaran en sus calificaciones, por medio de otrosí, la destrucción de los efectos intervenidos, sin perjuicio de dejar muestras suficientes.

III. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Si bien en el ámbito de la legislación comunitaria la denominación de propiedad intelectual abarca, tanto los derechos de autor en sentido estricto, como los que en nuestro derecho interno se integran bajo la denominación de derechos de propiedad industrial, (derechos de invención con proyección industrial y signos distintivos), la legislación española en la materia regula separada y específicamente cada uno de esos tipos de derechos. Esta distinción se refleja igualmente en el ámbito de la protección penal de los mismos.

Corresponde analizar, en primer lugar, los tipos delictivos de propiedad intelectual, regulados en la Sección 1.^a del capítulo XI del título XIII del Código Penal, con especial consideración a las modificaciones que en los mismos ha operado la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, pero sin perjuicio de hacer también una referencia a las novedades que introdujo en su regulación la Ley Orgánica 10/1995.

III.1 Novedades de la Ley Orgánica 10/1995

El artículo 270.1 del Código Penal de 1995 con casi igual redacción que la que le había dado al artículo 534 bis. a), del Código Penal de 1973, la Ley Orgánica 6/1987 sancionó «a quien con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente una obra literaria, artística o científica o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios».

En este tipo de delitos, si bien tras la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, se abandona la técnica de norma penal en blanco, sin embargo, se configuran como tipos con importantes elementos normativos que deben ser integrados acudiendo a la legislación de naturaleza civil-mercantil, reguladora específica de la materia, y en este caso especialmente al Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, así como a la normativa comunitaria existente sobre la misma, para poder delimitar las conductas que el tipo penal sanciona como delito, los sujetos pasivos titulares de los derechos vulnerados, y la concurrencia del requisito de la falta de autorización de los mismos respecto de las conductas de explotación realizadas por el autor o autores del delito.

Cabe señalar que la LPI configura el derecho de propiedad intelectual en su artículo 2, como derecho con un contenido mixto de carácter personal o moral y patrimonial. La Ley define el contenido moral del derecho en el artículo 14, cuya vulneración vendrá constituida por la conducta típica del plagio; para conocer la dimensión patrimonial del derecho de propiedad intelectual se hace necesario acudir a los artículos 17 a 23 de la citada Ley, en los que se definen cada uno de los derechos de explotación que corresponden al autor de las obras: reproducción, distribución, comunicación o transformación. En cuanto a los titulares de derechos, que son sujetos pasivos del delito, debe distinguirse entre los titulares principales originarios y los titulares princi-

pales cesionarios que se contemplan en el Libro I de la LPI y los titulares de derechos conexos o afines tales como, intérpretes o ejecutantes productores de fonogramas, o productores de grabaciones audiovisuales que se contemplan en el Libro II de la referida Ley.

En este sentido, y para todas aquellas cuestiones que se refieren a la interpretación de las conductas típicas sancionadas por el tipo básico del artículo 270: reproducción, plagio, distribución, comunicación, o transformación, ejecución e interpretación, o para la determinación de cuales sean los titulares de los derechos cuya autorización ha sido ignorada por los autores del delito, siguen siendo de aplicación los criterios fijados por la Circular 2/1989 «Precisiones sobre algunos aspectos de la formulación típica y la responsabilidad civil en los delitos contra la Propiedad Intelectual tras la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre».

La utilización de los criterios fijados por dicha Circular, sin embargo, deberá tener en cuenta las modificaciones posteriores que tuvieron lugar en la tipificación de los delitos contra la propiedad intelectual por la Ley Orgánica 10/1995, que fundamentalmente consistieron en la introducción del elemento subjetivo del ánimo de lucro en el tipo básico, y en la incorporación como conducta típica en el artículo 270 apartado 3 de la supresión o neutralización de los dispositivos de protección de los programas de ordenador; así como las modificaciones operadas por la Ley Orgánica 15/2003, en las que particularmente se va a centrar la presente Circular. Igualmente, deberá tenerse presente en los aspectos relativos a la integración de las conductas típicas y determinación de los sujetos pasivos de los derechos vulnerados, que se abordan en la Circular 2/1989, las modificaciones que ha experimentado la LPI 22/1987, de 11 de noviembre, acudiendo para ello al vigente Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, dado que como hemos dicho, estamos en presencia de tipos delictivos con elementos normativos, que deben ser integrados con la legislación extrapenal en la materia.

Como acabamos de indicar, la novedad fundamental que la Ley orgánica 10/1995 introdujo en el tipo básico del delito contra la propiedad intelectual, es la exigencia de obrar con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero. La exigencia del elemento subjetivo del ánimo de lucro no era recogida por el tipo básico del artículo 534 bis. *a*), siendo la concurrencia de este ánimo una circunstancia de agravación contemplada en el artículo 534 bis. *b*) 1 apartado *a*). De otra parte, la exigencia de actuación en perjuicio de tercero implica que la consumación tiene lugar por la realización de la conducta típica, sin que sea

necesario que se llegue a producir un efectivo perjuicio para el titular de los derechos de propiedad intelectual.

La exigencia del elemento subjetivo del ánimo de lucro, excluye del ámbito de la represión penal las conductas en las que dicho ánimo no concurra. Es por tanto, a propósito de la existencia o no de dicho ánimo donde se suscitan algunas cuestiones interpretativas de relevancia, que fundamentalmente giran en torno al «derecho a la copia privada», como supuesto de exclusión de ilicitud de las conductas realizadas sin la autorización del titular de los derechos así como a la extensión interpretativa de ese elemento subjetivo, las cuales serán abordadas en un apartado posterior.

La otra novedad que incorporó la Ley Orgánica 10/1995 al tipo básico del artículo 270, respecto del anterior artículo 534 bis. a), fue la de sancionar en el apartado 3 del mismo «la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador».

La incorporación de este apartado supuso reforzar la protección de los programas de ordenador, que ya estaban incluidos como objeto de protección de la propiedad intelectual en el artículo 10 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, frente a nuevas formas de ataque propiciadas por los avances tecnológicos. La inclusión por la Ley Orgánica 10/1995, en el apartado 3 del artículo 270 de la conducta relativa a la inutilización o neutralización de los medios de protección de los programas de ordenador, se produce además como consecuencia de la transposición de la Directiva 91/250 CEE, de 14 de mayo, en los artículos 95 a 104 de la LPI.

Es necesario destacar, que además la conducta sancionada en el apartado 3 del artículo 270 del Código Penal de 1995, se configura como una anticipación de la barrera de la protección penal, a lo que son actos preparatorios, pues se sanciona la fabricación, puesta en circulación o tenencia de cualquier medio «específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger los programas de ordenador», en consideración al riesgo que tales actos suponen para la previsible lesión del bien jurídico a través de las verdaderas conductas lesivas que se enumeran en el artículo 270.1 (específicamente reproducción o distribución de los programas). Como veremos, la Ley orgánica 15/2003, ha ampliado el ámbito de las conductas preparatorias sancionadas, así como el del objeto de protección.

III.2 Novedades que introduce la Ley Orgánica 15/2003 en la definición del tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual

III.2.a) LAS CONDUCTAS DE EXPORTACIÓN, ALMACENAJE E IMPORTACIÓN

La Ley Orgánica 15/2003 introduce como novedad en el artículo 270.2 del Código Penal, respecto a la redacción del Código de 1995, que a su vez repetía la de la Ley 6/1987, la de establecer una diferenciación entre las conductas de exportación y almacenaje de un lado, y las de importación de otro, pues dicho apartado 2 del artículo 270 establece: «Será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien intencionadamente exporte o almacene ejemplares de las obras producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado anterior sin la referida autorización. Igualmente incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, tanto si estos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento».

La diferenciación que hace la Ley orgánica 15/2003 en el artículo 270.2 entre las conductas de exportación y almacenaje de un lado, y las de importación de otro, parece responder a la voluntad del legislador de dar una respuesta legal expresa en relación con las denominadas «importaciones paralelas», a la cuestión interpretativa sobre si las importaciones que deben ser objeto de reproche penal son las que recaen sobre objetos ilícitos o también las que recaen sobre objetos lícitos.

La importación de las obras es una de las facultades integradas en los derechos de explotación del titular de los derechos de propiedad intelectual, y en particular, se encuentra implícita en la facultad exclusiva de distribución que tiene el titular de los derechos de propiedad intelectual.

El concepto del derecho de distribución se contempla en el artículo 19.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996 siendo «la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma»; dicho derecho corresponde además de al autor y sus cesionarios, a los titulares de los derechos afines o conexos (artistas, intérpretes o ejecutantes,

productores de fonogramas, productores de grabaciones audiovisuales y entidades de radiodifusión, (art. 109.1, 117.1, 123.1 y 126.1.e) de la LPI). Las facultades de importación y exportación que evidentemente son instrumentales de las de distribución o comercialización de las obras, sólo se mencionan expresamente en la LPI, como inherentes al derecho de distribución en el artículo 117.3 respecto de los productores de fonogramas.

Las limitaciones del derecho de distribución, y por ende, de las facultades de importación y exportación como instrumentales de la comercialización de las obras se contemplan, respectivamente, respecto de autores y titulares de derechos afines en el artículo 19.2 y en los artículos 109.2, 117.2, 123.2 y 126.1.e) de la LPI.

En la redacción originaria de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, el artículo 19.2 contemplaba la extinción o agotamiento del derecho de distribución sólo a nivel nacional, pues disponía «cuando la distribución se efectúe mediante venta, este derecho se extingue a partir de la primera venta». Sin embargo, la consideración de la Comunidad Europea como un mercado único interno, donde rige el principio de libre circulación de bienes y servicios, y donde propiamente no cabe hablar de importación y exportación (art. 1 núms. 1, 2, 4 y 5 de la Ley 12/1995 de Represión del Contrabando), exigía extender el principio de agotamiento del derecho de distribución a ese ámbito comunitario.

La extensión del agotamiento del derecho de distribución se produjo en primer lugar por la normativa comunitaria, concretamente, por la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre, relativa a los derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, que en su artículo 9.2, y con relación a los derechos de distribución de los titulares de derechos afines a los de autor estableció: «el derecho de distribución relativo a un objeto de los contemplados en el apartado 1 no se agotará en la Comunidad, salvo en el caso de primera venta en la Comunidad de dicho objeto por parte del titular o con su consentimiento». Esta Directiva fue objeto de transposición a nuestro derecho interno en virtud de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, que acogió en su artículo 8.2 esa limitación o agotamiento respecto de los derechos de distribución de los titulares de derechos conexos. En esta línea la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y de los derechos afines en la sociedad de la información en su artículo 4.2, y respecto del derecho de distribución de los autores dispone: «El agotamiento del derecho en el ámbito de la Comunidad por la primera venta u otro tipo de cesión de la propiedad por el titular

del derecho o con su consentimiento, ello de conformidad con lo declarado en el considerando 28 de su Exposición de Motivos que dispone: «La protección de los derechos de autor a efectos de la presente Directiva, incluye el derecho exclusivo a controlar la distribución de la obra incorporada en un soporte tangible. La primera venta en la Comunidad del original de una obra o de copias de la misma por el titular del derecho o con su consentimiento, agotará el derecho a controlar la reventa de dicho objeto en la Comunidad. Este derecho no se agota cuando se aplica al original o a sus copias vendidas por el titular del derecho o con su consentimiento fuera de la Comunidad».

En aplicación de la normativa comunitaria el actual Texto Refundido de la LPI, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, contempla el agotamiento comunitario del derecho de distribución en el artículo 19.2 de la LPI, respecto de los titulares de derechos de autor, y en los artículos 109.2, 117.2, 123.2 y 126.1 e) respecto de los titulares de derechos afines o conexos.

La cuestión relativa a los problemas de interpretación sobre las importaciones realizadas sin consentimiento de los titulares del derecho de distribución, «importaciones paralelas», había tenido ya una respuesta en nuestros Tribunales, y en concreto en el Tribunal Supremo, en la sentencia de la Sala Segunda de 2 de abril de 2001. Esta sentencia resuelve el recurso de casación planteado por varias casas discográficas titulares de derechos sobre fonogramas, en el que se exponía que el agotamiento del derecho de distribución sólo se produce respecto de las importaciones de productos lícitos (en este caso fonogramas), realizadas en el ámbito territorial comunitario, pero no respecto de las importaciones de productos lícitos realizadas fuera del espacio comunitario a tenor de lo dispuesto en los artículos 19.2 y 117.2 de la LPI. y del artículo 9.2 de la Directiva 92/100 CEE.

La sentencia citada resuelve dicho recurso considerando que las importaciones extracomunitarias, no autorizadas por el titular territorial de los derechos de distribución, cuando se refieran a objetos lícitos (en este caso fonogramas, cuya reproducción ha sido autorizada por sus titulares, cuya adquisición ha sido legal y la introducción en España es también legal), no estaban comprendidas en el ámbito de protección penal del tipo del artículo 270. 2 en la redacción de la Ley 10/1995.

En concreto la sentencia declara:

«No es idéntico el contenido criminal de la acción de quien importa conscientemente fonogramas provenientes de una usurpación de derechos intelectuales, que el desvalor de la conducta del que los compró en el extranjero legalmente al precio fijado libremente en el mer-

cado extracomunitario. Mientras en el primer supuesto el importador perpetúa los efectos de la acción delictiva y se introduce ilegalmente en el mercado, en el segundo simplemente se vale de las leyes de la oferta y la demanda...».

«El texto del artículo 270 del Código Penal distingue, tanto en la letra como en el espíritu, entre la importación de obras usurpadas, que son objeto de la alternativa típica de la importación y almacenamiento, y la importación de obras adquiridas lícitamente al precio fijado libremente en el mercado legal paralelo. El carácter criminal de las primeras justifica su punibilidad y es, además político-criminalmente razonable... ». «El titular de los derechos intelectuales puede defenderse de la importación de obras legalmente adquiridas en el mercado legal paralelo –si ello correspondiere– mediante las medidas cautelares y el sistema de responsabilidad que prevén los artículos 138 y ss de la Ley 6/1987, (*sic*)».

De la redacción del artículo 270.2 se desprende que el legislador ha venido a dejar sin aplicación esta interpretación jurisprudencial, tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, pues expresamente sanciona en el actual artículo 270.2 la importación intencionada de los productos a que se refiere el apartado 1, sin autorización del titular del derecho, tanto si tienen origen lícito como ilícito. Asimismo, deja claro que de dicha sanción queda excluida, por imperativo de la normativa comunitaria y nacional que establece el agotamiento de los derechos de distribución en el espacio económico europeo, la importación procedente de un Estado miembro de la Unión Europea pues dispone: «no obstante la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado o con su consentimiento».

Por tanto, los señores y señoras Fiscales deberán considerar que en la actual redacción del artículo 270.2 del Código Penal, dada por la Ley Orgánica 15/2003, están sancionadas las conductas de importación paralela, realizadas sin consentimiento del titular de los derechos de distribución en España, desde un Estado no perteneciente a la Unión Europea, aunque se trate de objetos lícitos adquiridos legítimamente en el país de procedencia de los mismos. No será punible la importación de objetos lícitos sin dicho consentimiento, cuando ésta se realice desde un país comunitario en el que dichos objetos han sido previamente comercializados por el titular del derecho o con su consentimiento.

No es posible conforme al principio de legalidad una interpretación diferente, puesto que ni siquiera cabe objetar que la protección

penal excede en este caso del ámbito de protección civil del derecho de propiedad intelectual, ya que tanto la legislación nacional (arts. 19.2, 109.2, 117.2, 123.2, 126.1.e) de la LPI.), como la normativa comunitaria (arts. 9.2 de la Directiva 92/100 CEE y 4.2 de la Directiva 2001/29 CE del Parlamento Europeo y del Consejo), establecen sólo el agotamiento comunitario del derecho de distribución, pero no el agotamiento internacional del derecho.

En relación con el no reconocimiento del agotamiento internacional del derecho de propiedad intelectual, debe tenerse en cuenta el criterio establecido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su sentencia de Pleno de 16 de julio de 1998; pues si bien esta sentencia se refiere al agotamiento del derecho conferido por la marca respecto de productos comercializados fuera del espacio económico europeo, el criterio es plenamente aplicable respecto de los derechos de autor y sus conexos, puesto que en el ámbito comunitario la propiedad intelectual abarca también los derechos de propiedad industrial, y además nos encontramos con una regulación paralela respecto del agotamiento de los derechos de distribución en las Directivas 92/100 CEE, de 19 de noviembre de 1992 y Directiva 2001/29 CE de 22 de mayo, para propiedad intelectual y Directiva 89/104, de 21 de diciembre de 1988, para las marcas.

El TJCE, en la sentencia referida considera que: «la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que deja a los Estados miembros la posibilidad de prever en su Derecho nacional el agotamiento de los derechos conferidos por la marca respecto de los productos comercializados en países terceros. Esta interpretación es la única que puede alcanzar plenamente la finalidad de la Directiva, que consiste en salvaguardar el funcionamiento del mercado interior. En efecto, de una situación en la que algunos Estados miembros podrían establecer el agotamiento internacional mientras que otros sólo preverían el agotamiento comunitario se derivarían obstáculos ineluctables para la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios».

En definitiva, la doctrina del TJCE rechaza la posibilidad que las legislaciones nacionales reconozcan el agotamiento internacional de los derechos de propiedad industrial e intelectual, debiendo tener presente además que la doctrina del Tribunal de Luxemburgo, iniciada en Sentencia de 15 de junio de 1964 en el asunto 6/1964 Costa, establece la primacía del derecho comunitario en el orden interno. La primacía del derecho comunitario ha sido también reconocida por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia de la Sala Segunda 120/1998, de 15 de junio, en la que con cita de otras sentencias anteriores se declara que «(...) el Reino de España se halla vinculado al Derecho de las Comu-

nidades Europeas, originario y derivado, el cual –por decirlo con palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas– constituye un Ordenamiento Jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados Miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales(...)». En esta línea de interpretación cabe señalar la reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2005, que de conformidad con lo establecido en la Directiva 89/104/CEE, de aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas, rechaza la posibilidad de admitir el agotamiento internacional del derecho sobre la marca.

Como ya dijimos anteriormente, tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, se han deslindado en la redacción del artículo 270.2 las conductas de exportación y almacenaje no autorizadas de un lado, y las de importación de otro, y sólo respecto de estas últimas se dice expresamente que se sancionarán con independencia del carácter lícito o ilícito de los objetos. Resulta pues necesario interpretar si también en el caso de exportaciones extracomunitarias realizadas sin la autorización del titular de los derechos de distribución en España, serán punibles las mismas aunque se realicen de objetos lícitos adquiridos legítimamente en el mercado nacional, puesto que tan solo en el caso de exportación a países de la Unión Europea, se podrá dar un agotamiento del derecho de distribución tras la primera venta o comercialización realizada por el titular, de acuerdo con la normativa nacional y comunitaria reguladora de la propiedad intelectual a la que aludimos al referirnos a las importaciones paralelas.

La cuestión está en determinar si la consideración de que son sancionables penalmente las exportaciones paralelas, constituye una interpretación extensiva, contraria al principio de tipicidad, o si por el contrario la sanción penal de tales exportaciones está incluida en la descripción típica del artículo 270.2. En la redacción de este apartado como ya hemos expuesto, a diferencia de lo que ocurría en la redacción de la Ley Orgánica 10/1995, se describen separadamente las conductas de exportación y almacenaje de un lado, y las de importación de otro, y sólo en la mención de estas últimas el legislador ha vinculado la conducta de importar con el origen de las obras, para señalar que se sancionará la importación no autorizada tanto si es de obras lícitas como ilícitas. Por tanto, deberá considerarse una interpretación extensiva y prohibida, la consideración de que en el caso de conductas de exportación se encuentran tipificadas las exportaciones de obras lícitas.

Lo cierto es que el legislador no ha utilizado una técnica coherente, al sancionar únicamente las importaciones de obras lícitas sin autori-

zación del titular de los derechos, y no sancionar las exportaciones de obras lícitas sin esa autorización puesto que tanto la importación como la exportación son facultades inherentes al derecho de distribución. No es posible conocer tampoco cuál es el criterio de política criminal, por el que el legislador ha decidido criminalizar las importaciones de obras lícitas en el ámbito extracomunitario, puesto que ni en la Memoria del Anteproyecto ni en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, se menciona su tipificación como uno de los criterios necesarios para mejorar la eficacia de la protección de los derechos de propiedad intelectual.

Haciendo un repaso de lo que fue la evolución del Proyecto de la Ley Orgánica 15/2003, nos encontramos con que el texto aprobado por el Consejo de Ministros y remitido al Congreso en mayo del 2003, contemplaba ya respecto de los derechos de propiedad intelectual en el artículo 270.1 la sanción de las importaciones extracomunitarias de origen lícito, pero sin que en la Exposición de Motivos del mismo se reflejara ningún dato que permitiera conocer los criterios por los que el legislador consideraba adecuado penalizar este tipo de conductas, que vulneran formalmente los derechos exclusivos de los autores, reforzando de ese modo la protección de carácter civil de los mismos.

Por otro lado, nos encontramos con que en el texto del Proyecto de Ley remitido al Congreso no se contemplaba en el artículo 274.1 la penalización de las importaciones paralelas, en el caso de los derechos de propiedad industrial, habiéndose incorporado al texto definitivo de la Ley como consecuencia de las enmiendas introducidas por los Grupos Parlamentarios Vasco, Popular y Catalán. Dichos Grupos justificaron sus enmiendas, en la necesidad de dar un tratamiento penal paralelo e igualitario a los derechos de propiedad intelectual e industrial, incorporando a la redacción del artículo 274.1 en el Proyecto la sanción de las importaciones extracomunitarias de obras lícitas sin consentimiento del titular de los derechos registrados conforme a la legislación de marcas. Conforme a ese criterio de estricto paralelismo invocado en las referidas enmiendas, no se incluyó tampoco en las mismas, ni luego en el texto definitivo de la Ley Orgánica, la sanción de las exportaciones de obras lícitas sin consentimiento del titular de los derechos de marcas.

De lo anteriormente señalado se desprende, que si bien la voluntad del legislador de la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, ha sido la de sancionar las importaciones paralelas de objetos lícitos, tipificando expresamente esas conductas, lo cierto es que la opción de la represión penal frente a los actos lesivos del derecho exclusivo del titular a autorizar la importación de objetos lícitos, pudiera valorarse como excesi-

va a la luz del principio de intervención mínima del derecho penal y de proporcionalidad en la respuesta penal, dado que se castiga con igual pena la conducta del que importa obras ilícitas o fraudulentas, que la del que importa obras legítimas en el mercado extracomunitario, sin haber obtenido la autorización de quien es el titular del derecho de los derechos de distribución en España. En este sentido, la tutela en vía civil resultaría adecuada y suficiente, frente a este tipo de lesión, además de evitar la superposición de los dos ámbitos, penal y civil, de protección de los derechos de propiedad intelectual.

En todo caso, deberá tenerse presente por los señores y señoras Fiscales a la hora de ejercitar las correspondientes acciones penales en relación con conductas de importaciones paralelas extracomunitarias, que la exigencia en el artículo 271.2 de que concurra en las conductas de importación no autorizadas el elemento subjetivo de intencionalidad, supone que deberá concurrir un dolo directo, no siendo posible la comisión de delito por dolo eventual.

III.2.b) LAS CONDUCTAS DE VULNERACIÓN DE LOS DISPOSITIVOS TÉCNICOS DE PROTECCIÓN DE LAS OBRAS

La Ley Orgánica 15/2003, ha ampliado en el apartado 3 del artículo 270, las conductas que en el Código Penal de 1995 se sancionaban en el párrafo 3.º de dicho artículo castigando con la misma pena señalada en los dos apartados anteriores «a quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo». Por tanto, se sanciona además de la fabricación, puesta en circulación o tenencia de cualquier medio destinado específicamente a la eliminación o neutralización de los dispositivos técnicos de protección de los programas de ordenador, las conductas de importación, y desde el punto de vista del objeto, la Ley Orgánica 15/2003, amplía la protección a cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.

El artículo 270.3, como ya dijimos, contempla un supuesto de sanción de actos preparatorios de las acciones constitutivas de efectiva lesión de los derechos de propiedad intelectual, fundamentalmente de las relativas a la reproducción y distribución no autorizada de las obras de propiedad intelectual, constituyendo la fabricación, importación, puesta en circulación o tenencia de medios específicamente destinados a supri-

mir o neutralizar los dispositivos técnicos utilizados por los legítimos titulares de los derechos para proteger las obras sobre las que recaen sus derechos, el acto preparatorio. El legislador ha considerado que la puesta en peligro del bien jurídico protegido y la antijuridicidad que suponen tales actos justifica su punición, habiendo sin duda, valorado en la ampliación del objeto protegido, la realidad de los cada vez más generalizados y masivos ataques contra los derechos de los titulares de la propiedad intelectual, y la inutilidad de las barreras de protección que estos colocan para tratar de evitarlos, al valerse los autores del delito de medios tecnológicos de igual naturaleza para eliminarlas.

Tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, la respuesta que desde el derecho penal se da en los supuestos de eliminación o supresión de los mecanismos de protección de las obras, es más amplia y extensa que la dispensada desde el ámbito de la protección civil de los derechos, puesto que el actual artículo 270.3 sanciona un ámbito mayor de conductas que la vigente LPI en su artículo 102.c), la cual en correspondencia con el artículo 7.1.c) de la Directiva Comunitaria 91/250/CEE, sólo contempla las conductas de «circulación y tenencia» de los medios de eliminación o neutralización de los mecanismos de protección, y en cuanto al objeto protegido sólo los programas de ordenador, y además exige que la tenencia o puesta en circulación se realice con «fines comerciales», mientras que el artículo 270.3, no exige expresamente ese elemento subjetivo; por último el artículo 102.c) exige que los mecanismos de eliminación o supresión de los dispositivos de protección tengan ese «único uso» mientras que el artículo 270.3, sólo exige que estén destinados específicamente a ese fin.

La aplicación de este tipo del artículo 270.3, que guarda un total paralelismo con la sanción de actos preparatorios de la estafa del artículo 248.3, sólo puede plantearse en relación con quienes no sean además autores materiales de las conductas de lesión de derechos que se tipifican en el apartado 1 del artículo 270, encontrándose las conductas del artículo 270.1 en relación de progresividad delictiva respecto de los actos preparatorios de las mismas, hallándonos ante un supuesto de concurso de normas del artículo 8.3, con preferencia del artículo 270.1 como *lex consumens*.

Aunque en el artículo 270.3 no se exige la concurrencia expresa de ánimo de lucro, este debe considerarse implícito en todos los supuestos típicos de delitos contra la propiedad intelectual como diferenciadores de los ilícitos civiles. En el mencionado apartado 3 se sanciona la mera tenencia de los medios específicamente destinados a la supresión o neutralización de los dispositivos técnicos utilizados para la protección de

las obras, obviamente pueden suscitarse problemas de prueba en la concurrencia del requisito de que los medios que pueden suprimir o neutralizar los dispositivos técnicos de protección (generalmente algún programa informático), estén específicamente destinados a esa finalidad, lo que habrá de deducirse, de la propia naturaleza o funcionalidad del medio en cuestión y de las circunstancias de su intervención.

En el supuesto de mera tenencia de los medios aptos para la supresión o neutralización de los dispositivos técnicos de protección de programas de ordenador o de otro tipo de obras del artículo 270.1, se pueden suscitarse problemas de legitimidad de la conducta, en relación con el derecho a la copia privada, pues la conducta típica de tenencia de los medios específicamente destinados a la supresión o neutralización de los dispositivos de protección de las obras, no puede considerarse en abstracto, sino en relación con el riesgo de lesión de los derechos de propiedad intelectual.

La LPI en su artículo 31.2 contempla el derecho a la copia para uso privado, como límite de los derechos de reproducción al disponer que: «las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor y sin perjuicio en lo pertinente, de lo dispuesto en el artículo 34, en los siguientes casos: para uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 99.a) de esta Ley, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa».

Por tanto, y respecto de las obras que no sean programas de ordenador, respecto de los cuales el artículo 99 a), establece la necesidad de la autorización del titular del derecho para la reproducción total o parcial del programa para uso personal, cabe plantearse el problema de legitimidad de la conducta de la persona que habiendo adquirido un original de un CD o DVD, protegido por dispositivo técnico para evitar su reproducción esté en posesión de un medio que sea apto para eliminar o neutralizar la protección, si lo hace en el ejercicio del derecho a una copia privada en los términos que se autorizan por el artículo 31.2 de la LPI y en el artículo 10 del Real Decreto 1434 /1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de Ley 22/1987, de 11 de noviembre de propiedad intelectual, teniendo en cuenta que el derecho de copia privada da lugar a la remuneración equitativa contemplada en el artículo 25 de la LPI. En este caso, debe entenderse que no existiendo elementos o indicios de prueba de que la posesión de medios aptos para la eliminación o supresión de dispositivos de protección del CD o DVD, tenga una finalidad diferente a la realización de una copia para uso privado en los términos de los referidos preceptos de la LPI y del Real Decreto 1434/1992, no podrá considerarse tal posesión incluida en el ilícito penal del artículo 270.3.

Conforme a lo anteriormente expuesto debe tenerse en cuenta que el Proyecto de Ley por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley de propiedad Intelectual (en tramitación parlamentaria), viene a dar solución al problema interpretativo que puede suscitar la normativa vigente, al regular expresamente la utilización de las medidas tecnológicas para la protección de las obras.

En la Exposición de Motivos del Proyecto se señala expresamente que: «La relación y en su caso, el necesario ajuste entre determinados límites a los derechos de propiedad intelectual y la protección de las medidas tecnológicas se aborda mediante un sistema que evita que los derechos e intereses generales a los que responden los límites puedan quedar frustrados por la protección objetiva de las tecnologías».

El Proyecto que realiza una transposición de la Directiva 2001/29 CE, de 22 de mayo, incorpora al Texto Refundido de la LPI los artículos 160 y 161. El nuevo artículo 160 del Proyecto regula la protección de las medidas tecnológicas, sancionando los actos de elusión y actos preparatorios en los mismos términos que establece el artículo 6 de la Directiva 2001/29 CE.

El artículo 160.1 establece: «Los titulares de los derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta Ley podrán ejercitar las acciones previstas en el título de su Libro III contra quienes, a sabiendas o teniendo motivos razonables para saberlo eludan cualquier medida tecnológica eficaz».

El artículo 160.2 establece: «Las mismas acciones podrán ejercitarse contra quienes fabriquen, importen, distribuyan, vendan, alquilen, publiciten para la venta o el alquiler o posean con fines comerciales cualquier dispositivo, producto o componente, así como quienes presten algún servicio que, respecto de cualquier medida tecnológica eficaz:

- a) Sea objeto de promoción, publicidad o comercialización con la finalidad de eludir la protección o,
- b) Sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección o,
- c) Esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección.

En el artículo 161 se establece el régimen de armonización entre la protección de las medidas tecnológicas y los límites de los derechos de propiedad intelectual legalmente establecidos.

El artículo 161.1 dispone que «Los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar a los beneficiarios de los límites que se citan a conti-

nuación los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad, siempre y cuando tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate».

En relación con el límite de la copia privada previsto en el artículo 31.2 de la LPI, expresamente el artículo 161.4 contempla una solución concreta para hacer efectiva la armonización del límite de la copia privada con las medidas tecnológicas de protección al prever: «Lo dispuesto en los apartados anteriores no impedirá que los titulares de derechos sobre obras o prestaciones adopten las soluciones que estimen adecuadas incluyendo, entre otras, medidas tecnológicas respecto del número de reproducciones en concepto de copia privada. En estos supuestos, los beneficiarios de lo previsto en el artículo 31.2 no podrán exigir el levantamiento de las medidas tecnológicas que en su caso, hayan adoptado los titulares de derechos en virtud de este apartado». (La redacción inicial de este artículo del Proyecto de Ley, preveía que las medidas tecnológicas relativas al número de reproducciones en concepto de copia privada, deberían facilitar como mínimo tres copias, límite éste que ha desaparecido en la redacción dada al precepto en el Dictamen de la Comisión de Cultura elevado al Pleno del Congreso.

De la regulación establecida en el Proyecto de Ley se desprende:

En primer lugar, que se amplía el objeto sobre el que recaen las medidas tecnológicas de protección, a todas las obras y prestaciones protegidas, superando el límite de los programas de ordenador del vigente artículo 99 *a*). En el artículo 160.4 del Proyecto se establece que: «Lo dispuesto en los apartados anteriores no es de aplicación a las medidas tecnológicas utilizadas para la protección de programas de ordenador, que quedarán sujetas a su propia normativa».

En segundo, lugar las conductas vulneradoras de las medidas tecnológicas que se sancionan son, de un lado, los actos intencionados de elusión de las medidas, y de otro, los actos preparatorios de esa elusión material. De lo establecido en el artículo 160.2 se desprende que los actos preparatorios de la efectiva elusión de las medidas tecnológicas eficaces para impedir o restringir actos lesivos de los derechos de los titulares (fabricación importación, distribución, venta, alquiler o posesión de dispositivos productos o componentes), para ser sancionables deberán ser realizados con fines comerciales. Por otro lado, los dispositivos o productos deberán servir «principalmente» para permitir o facilitar la elusión de la medida tecnológica utilizada por los legítimos titulares.

En tercer lugar, se armoniza la protección de las medidas tecnológicas con los límites de los derechos de propiedad intelectual que

el propio artículo 161 enumera. El artículo 161 del Proyecto establece la obligación de los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces, de proporcionar los medios adecuados para que los beneficiarios de tales limitaciones de derechos puedan disfrutar efectivamente de ellas. En el supuesto de no cumplirse, se otorga a los beneficiarios la posibilidad de acudir a la jurisdicción civil para reclamar el levantamiento de la medida tecnológica. En todo caso, se establece como condición que el beneficiario del límite tenga acceso legal a la obra o prestación de que se trate.

Por último indiciar que el Proyecto ha incorporado también un artículo 162 en el que se contempla la protección de la información para la gestión electrónica de los derechos de propiedad intelectual.

III.2.c) LAS CONDUCTAS DE LESIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL A TRAVÉS DE LOS MEDIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

La nueva realidad tecnológica hace necesario un planteamiento sobre la posibilidad de incriminación de determinadas conductas en la sociedad de la información a la luz de la regulación penal vigente. La Ley Orgánica 10/1995 introdujo el elemento subjetivo del ánimo de lucro en el tipo básico del delito contra la propiedad intelectual, siendo en la anterior redacción de la Ley Orgánica 6/1987 de 11 de noviembre, sólo un supuesto de agravación del artículo 534 bis.b). La necesidad de que concurra el elemento subjetivo del ánimo de lucro, suscita bastantes dudas acerca de la posible incriminación de algunas conductas, ligadas a los avances tecnológicos de la sociedad de la información, y que dan lugar a nuevas formas de lesión de los derechos de propiedad intelectual.

Algunas de las nuevas formas de posible vulneración de los derechos de explotación, están representadas por la utilización de medios telemáticos y en concreto por Internet. Existe una gran sensibilización tanto desde el ámbito correspondiente a quienes ostentan la titularidad de los derechos (productores de fonogramas u obras audiovisuales), o de las entidades que les representan y gestionan sus derechos, como desde el ámbito de los usuarios de nuevas tecnologías, acerca de la interpretación que debe darse a determinados comportamientos vinculados a la utilización de Internet, como medio para la obtención por parte de los usuarios de las obras protegidas. Nos referimos a las generalizadas prácticas de «bajar de la Red» obras musicales o audiovisuales, o a los supuestos en que se comparten ficheros dispersos en los

ordenadores de los múltiples usuarios interconectados (sistema *P2P* o *Peer to Peer*).

Los problemas que se plantean con respecto a tales supuestos se refieren, de un lado, a la incardinación de tales prácticas en algunas de las conductas típicas del artículo 270.1 (reproducir, distribuir o comunicar públicamente una obra sin autorización de los titulares de los correspondientes derechos), y de otro lado, a si cabe apreciar la concurrencia del elemento subjetivo de ánimo de lucro en los referidos casos. Igualmente, se plantea en estos supuestos el problema de poder determinar quiénes son responsables en su caso de la comisión del posible delito: los que colocan en un sitio de la Red las obras musicales o audiovisuales, que luego se bajan los usuarios sin contraprestación dineraria, los usuarios que acceden a los sitios Web y se «bajan» las referidas obras sin contraprestación, o en su caso los servidores bajo cuya responsabilidad están las páginas en las que se encuentran las obras. En el caso de intercambio de ficheros por el sistema «Peer to Peer» se debe tener en cuenta además, que en este caso los ficheros no están en un sitio de la Red de responsabilidad del servidor sino que los ficheros están dispersos en los múltiples ordenadores interconectados a través de una aplicación informática.

En la regulación vigente de la LPI, la actividad de colgar en Internet obras protegidas o de utilizar sistemas de intercambio de archivos, para la obtención de dichas obras, puede considerarse incardinada en el concepto amplio del derecho exclusivo de comunicación pública que se establece en el artículo 20 de la LPI, el cual esta sujeto a autorización de los titulares.

El artículo 20.1 establece: «Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares de cada una de ellas.

No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo».

Las dudas que puede suscitar la inclusión en el derecho de comunicación, de las conductas de acceso a las obras en red, se ven disipadas si atendemos al Proyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la LPI, que expresamente incorpora en el artículo 20.2 apartado i), como modalidad específica del derecho de comunicación «la puesta a disposición del público de obras por procedimientos alámbricos o inalámbricos de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija».

Por lo que se refiere a la concurrencia del elemento subjetivo del ánimo de lucro en la conducta de quienes obtienen obras protegidas

mediante el sistema de intercambio de archivos en Red, cabría considerar que sí se da en tales supuestos un ánimo de lucro, si se atiende a la interpretación que del mismo ha establecido el Tribunal Supremo para los delitos patrimoniales como «cualquier ventaja, utilidad, beneficio o rendimiento que se proponga obtener el sujeto activo, no importando ni el modo de materialización de su propósito lucrativo ni si llegó o no a obtenerlo efectivamente». En el caso del sistema *P2P*, los usuarios entre quienes se facilita el intercambio de archivos, ponen los suyos a disposición de otros, con la finalidad de poder obtener las obras sin coste en un sistema telemático de intercambios.

La limitación al derecho de propiedad intelectual que supone el derecho de copia privada, no reúne en los supuestos de colocación en lugares Internet o en casos de intercambio de archivos, los requisitos exigidos por el artículo 31.2 de la LPI, puesto que es necesario que la copia obtenida no sea utilizada para uso colectivo o lucrativo.

En cuanto a la tipificación de la conducta de quien coloca a través de un servidor en un sitio de la Red obras protegidas sin autorización del titular de los derechos de explotación, puede incardinarse dentro de los supuestos de comunicación no autorizada, pero en este supuesto, si no está acreditada ninguna contraprestación para él, no concurrirá el elemento típico del ánimo de lucro, pudiendo perseguirse esa conducta sólo como ilícito civil. Respecto del usuario que «baja o se descarga de la Red» una obra, y obtiene ésta sin contraprestación, como consecuencia de un acto de comunicación no autorizado realizado por otro, realiza una copia privada de la obra que no puede ser considerado como conducta penalmente típica.

En lo que respecta a la responsabilidad de los proveedores de servicios en la sociedad de la información, los mismos no serán responsables cuando el servicio que prestan sea el de simple intermediación, dentro de los términos que establecen los artículos 14 a 18 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

No obstante, quizás sería conveniente hacer una seria reflexión sobre quienes pueden resultar beneficiarios últimos de las conductas vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual, a través del uso que de las nuevas tecnologías se haga por los consumidores o usuarios de las mismas. La reacción adecuada y eficaz en la lucha contra las conductas infractoras de los derechos de los titulares, deberá hacerse abriendo nuevas vías que supongan una respuesta ágil y efectiva frente a los continuos e imparable avances tecnológicos, teniendo en cuenta que la expansión continua del derecho penal en esta materia, criminalizando todo comportamiento que infrinja formalmente los

derechos de autor, así como a un amplio sector de la sociedad que utiliza los avances tecnológicos para acceder a las obra protegidas, no sólo es contraria al principio de intervención mínima, que rige en derecho penal, sino que además resultaría de dudosa operatividad para la protección de los derechos.

En todo este marco de las nuevas tecnologías de la sociedad de la información, resulta necesario coordinar la protección de los derechos de los titulares frente a las conductas vulneradoras que utilizan dichas tecnologías, con los derechos de los usuarios de los servicios de la sociedad de la información, excluyendo del ámbito penal las conductas que si bien lesionan formalmente los derechos reconocidos a los titulares en la legislación específica sobre la materia, dicha lesión resulta ser de menor entidad, reservando la protección penal de los derechos de propiedad intelectual a los supuestos de infracción más grave de los mismos, a los efectos de evitar un solapamiento de los ámbitos civil y penal de protección. La superposición se produce al tener que integrar los elementos normativos de la conducta delictiva con la legislación específica de carácter civil, y además se ve acentuada tras la Ley Orgánica 15/2003, dado que la persecución de las conductas delictivas tiene carácter público.

En este sentido, el elemento subjetivo del ánimo de lucro exigido por el tipo penal no puede tener una interpretación amplia o extensiva, sino que debe ser interpretado en el sentido estricto de lucro comercial, relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derechos, en los que puede estar implícito un propósito de obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial. Debe tenerse en cuenta que la distinta naturaleza de estos derechos, que recaen sobre bienes inmateriales, a la de los derechos patrimoniales o de propiedad hace necesaria una valoración del elemento subjetivo del ánimo de lucro distinta a la que el Tribunal Supremo tiene establecida respecto de los delitos contra el patrimonio. (En este sentido en las SSTS Sala 2 1578/2002, de 2 de octubre, y 876/2001, de 19 de mayo, en las que el Tribunal Supremo se pronunció sobre la comisión de delito en supuestos de emisión por cable de obras audiovisuales sin autorización de los titulares de la propiedad intelectual, se contemplan respectivamente casos en los que los infractores actuaron con lucro comercial y en el marco de una actividad empresarial).

En apoyo de la anterior interpretación, debe señalarse que en la Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo presentada por la Comisión el 12 de julio de 2005, sobre medidas penales para asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, se contempla en su artículo 3. la consideración por los Estados

Miembros como delito de «todas las infracciones intencionales de los derechos de propiedad intelectual *a escala comercial...*» Este criterio a su vez es tomado del artículo 61 del Acuerdo sobre aspectos relacionados con el Comercio de los Derechos de Propiedad Intelectual, firmado el 15 de abril de 1994, por todos los miembros de la Organización Mundial del Comercio. Por otro lado, si tenemos en cuenta que en el marco del derecho comunitario con el que debe estar armonizada nuestra legislación interna, la materia de derechos de propiedad intelectual e industrial tiene un tratamiento unitario y uniforme, no parece responder a un régimen de protección penal equivalente, el que se exija que tratándose de derechos de propiedad intelectual el elemento subjetivo del ánimo de lucro, pueda ser integrado por cualquier tipo de ventaja o beneficio particular, y en el caso de derechos contra la propiedad industrial, el elemento subjetivo sea exclusivamente el de un afán o ánimo de lucro comercial o industrial.

Por lo anterior, hay que entender que las conductas relacionadas con la utilización de nuevas tecnologías, para la comunicación u obtención de obras protegidas, tales como las de «colocar en la Red o bajar de Internet» o las de intercambio de archivos través del sistema «P2P», sin perjuicio de poder constituir un ilícito civil, frente al que los titulares podrán ejercitar las correspondientes acciones en dicha vía, no reúnen, en principio, los requisitos para su incriminación penal si no concurre en ellas un ánimo de lucro comercial.

A los efectos de una adecuada valoración sobre la concurrencia del ánimo de lucro comercial los señores y señoras Fiscales deberán tener en cuenta las circunstancias concretas que concurren en cada caso practicando o interesando, si resultara necesario, las oportunas diligencias de investigación que permitan determinar la existencia o inexistencia de dicho elemento subjetivo.

En relación con la responsabilidad de los proveedores de servicios, hemos indicado la conveniencia de valorar si la exención de responsabilidad que se establece en la Ley 34/2002, en los supuestos en que actúan como intermediarios de la transmisión de información, el almacenamiento de datos o el enlace a contenidos proporcionados por los usuarios de los servicios que ellos prestan, debe ser objeto de revisión. En este sentido podemos encontrar la apertura de un nivel mayor de exigencia en la actuación de los proveedores de servicios en los dos Proyectos de Ley actualmente en tramitación parlamentaria, tanto el de modificación del Texto Refundido de la LPI, como el relativo a la ampliación de los medios de tutela de la propiedad intelectual, en ambos se viene a establecer la posibilidad de adopción de medidas contra los proveedores de servicios cuando realicen actividades de interme-

diación aunque no sea a ellos imputable la conducta infractora. En el Proyecto de Ley relativo a la ampliación de los medios de tutela que modifica también el Texto Refundido de la LPI, se contempla como medida de cesación de la acción ilícita en el artículo 139.1.g) «la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico»; igualmente previene la posibilidad de adoptar como medida cautelar urgente la prevista en el artículo 141.6 contra los intermediarios a cuyo servicio se recurra. El Proyecto de Ley de modificación del Texto Refundido incorpora al artículo 141 relativo a las medidas cautelares urgentes de protección un número 6 que contempla esa suspensión de los servicios de los proveedores utilizados por terceros para infringir los derechos de propiedad intelectual.

III.3 Novedades que introduce la Ley Orgánica 15/2003 en los tipos agravados

El artículo 271 establece: «Se impondrá la pena de uno a cuatro años de prisión, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.
- b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.
- c) Que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.
- d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos.»

La Ley Orgánica 15/2003 ha concretado con respecto a la redacción de la Ley Orgánica 10/1995 en el apartado *b)* del artículo 271 los hechos que revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.

Se incorporan además nuevos supuestos de agravación en los apartados *c)* y *d)* respectivamente, pues se incluye como supuesto de agrava-

vación el que el culpable pertenezca a una organización o asociación incluso de carácter transitorio, y la utilización de menores de dieciocho años. El supuesto de agravación por intervención de una organización o asociación ilícita, no hace sino recoger la experiencia real de la incorporación de la delincuencia organizada a este tipo de delitos, habiendo visto en ellos las organizaciones criminales una vía fácil y poco costosa, desde el punto de vista de las consecuencias penales, para su financiación, y la de sus actividades delictivas. Como ya hemos señalado al tratar dentro de las cuestiones de carácter general, las principales novedades introducidas por la Ley Orgánica 15/2003 en la regulación de carácter procesal de estos delitos, se han incorporado por la misma al catálogo de actividades delictivas realizadas por delincuencia organizada del artículo 282 bis. de la LECrim que permiten la utilización de la técnica de investigación del agente encubierto, las de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

Es de destacar, que la Ley Orgánica 15/2003 ha suprimido en el artículo 271 la anterior referencia a la posibilidad de que el Juez o Tribunal decreta el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado, dada la posible contradicción que podía plantearse con la norma contemplada en el párrafo 2º del artículo 288 que prevé que el Juez o Tribunal pueda aplicar las consecuencias accesorias del artículo 129; este último contempla además de la medida de cierre temporal o definitivo del establecimiento o industria, otro tipo de medidas, por lo que carecía de sentido la previsión que hacía el anterior artículo 271 para supuestos agravados de acordar la medida de cierre temporal o definitivo.

IV. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

A diferencia de los delitos contra la propiedad intelectual, la regulación de los delitos contra la propiedad industrial no experimentó ningún cambio tras la Ley Orgánica 6/1987, que sólo afectó a los primeros en correspondencia con reforma sustancial que en el ámbito jurídico privado supuso la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual. Hasta la reforma de la Ley Orgánica 10/1995, estos delitos siguieron respondiendo a la deficiente técnica de norma penal en blanco, puesto que el artículo artículo 534 del Código Penal de 1973 sancionaba dentro del Capítulo dedicado a las defraudaciones del título XIII al «que infringiera intencionadamente los derechos de propiedad industrial con pena de arresto mayor y multa», por lo que era necesario acudir a la regulación jurídica privada específica sobre la materia (Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo

de 1902, Estatuto de la Propiedad Industrial de 26 de julio de 1929 y la Ley sobre Patentes y Modelos de Utilidad de 20 de marzo de 1986), para poder integrar el tipo penal con las conductas que infringían los derechos de propiedad industrial.

La propiedad industrial, al igual que la propiedad intelectual, es una de las materias cuya regulación jurídica ha sufrido un intenso proceso de internacionalización, sobre todo en el ámbito comunitario, en el que se puede comprobar un imparable proceso de armonización e integración de la normativa reguladora de la protección de estos derechos, presupuesto ineludible para poder conciliar la existencia de un mercado único, regido por los principios de libre competencia, y libre circulación de bienes, productos y servicios, con los derechos nacionales reguladores de la propiedad industrial.

En esta línea de armonización e integración en el ámbito comunitario de la normativa sobre propiedad industrial merece resaltar: la Directiva 89/104 CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, sobre armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, y el Reglamento 40/1994 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria; estas normas comunitarias fueron posteriormente incorporadas por nuestro legislador a la regulación interna de los dos tipos básicos de derechos de Propiedad Industrial, constituida por la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes (reguladora de las invenciones o creaciones industriales), y por la Ley de Marcas 32/1988, de 10 de noviembre (reguladora de los signos distintivos de los comerciantes y fabricantes).

El legislador de la reforma operada en el Código Penal por la Ley 10/1995, también tuvo presente este fenómeno de armonización e integración comunitaria de los derechos de propiedad industrial, que se traduce en el importante cambio que se da a la represión penal de las conductas infractoras de estos derechos, no sólo porque se pasa de la técnica de norma penal en blanco, sin tipificación de las conductas, a una de descripción prolija y exhaustiva de las conductas típicas sancionadas penalmente, que reproduce casi en su totalidad las conductas infractoras contempladas en la legislación específica de carácter civil, sino también porque desde el punto de vista sistemático y de consideración del bien jurídico protegido se incorporan estos delitos al capítulo XI del título XIII relativo a los Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico bajo la rúbrica de: «Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y los consumidores»; lo que implica según una parte de la doctrina el reconocimiento de que la protección de estos derechos tiene un carácter que trasciende el interés

individual de su titular, y que debe conectarse con los intereses del mercado y los consumidores.

Como ya hemos dicho en la introducción, no se abordó la elaboración de una Circular sobre los delitos contra la propiedad industrial tras la importante reforma que supuso en esta materia la Ley Orgánica 10/1995, paralela a la que representó la Ley Orgánica 6/1987, respecto de los derechos de propiedad intelectual. Es por ello que consideramos oportuno aprovechar la presente Circular, para hacer un desarrollo más amplio de los tipos delictivos contra la propiedad industrial, y no exclusivamente ceñido al análisis de los problemas interpretativos que se derivan de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003.

IV.1 El bien jurídico protegido

La cuestión relativa a la determinación del bien jurídico protegido por los delitos contra la propiedad industrial, en especial con relación a los signos distintivos, es una de las materias que suscita mayor debate a nivel doctrinal y jurisprudencial, siendo además su relevancia notoria, puesto que la determinación del bien jurídico protegido, incide directamente en la delimitación de las conductas vulneradoras de los derechos de propiedad industrial con relevancia penal.

El debate doctrinal sobre la cuestión del bien jurídico aparece ligado a la evolución de la regulación de los tipos delictivos contra la propiedad industrial en el Código Penal, y se centra en la consideración de que estos delitos tienen como bien jurídico protegido un derecho de naturaleza estrictamente patrimonial e individual, o bien en la consideración de que se trata de delitos, cuyo bien jurídico protegido trasciende el interés particular del titular del derecho, y trata de proteger bienes jurídicos supraindividuales.

La consideración de que los delitos contra la propiedad industrial tienen como bien jurídico protegido un derecho de naturaleza subjetiva y patrimonial, se asienta en la configuración de los derechos de propiedad industrial por la legislación específica reguladora de los mismos, como derechos exclusivos a la explotación o utilización, tanto de los signos distintivos, como de las invenciones patentables. Este criterio quedaba avalado además, antes de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 10/1995, por la ubicación sistemática de estos delitos, incluidos en el título XIII, de «Delitos contra la propiedad», y además dentro del capítulo IV dedicado a las defraudaciones.

Tras la reforma de la Ley Orgánica 10/1995, el legislador introduce una importante novedad al consagrar el título XIII del Código Penal a los «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico», inclu-

yendo los delitos contra la propiedad industrial en el capítulo XI con la denominación «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, contra el mercado y los consumidores». Este cambio legislativo es considerado por algunos autores, como manifestación expresa de que el bien jurídico que ha querido proteger el legislador a través de estos tipos delictivos es de carácter supraindividual, y vinculado a la protección del orden socioeconómico, representado por un modelo de economía social de mercado que garantiza la libre competencia y los intereses de todos los que intervienen en el mercado incluidos los consumidores.

Para otro sector de la doctrina, en la configuración penal de este tipo de ilícitos penales, es posible apreciar un doble fin tuitivo pues se trata de proteger, no sólo el interés particular e individual de los empresarios competidores, sino también el interés colectivo de los consumidores y el propio interés del Estado en el mantenimiento de un régimen de libre competencia debidamente saneado, como garantía de protección del orden socioeconómico. Sin embargo, se hace necesario distinguir en esa doble función de protección entre la finalidad directa del tipo delictivo, que es la tutela del interés particular del titular del derecho de exclusiva, como auténtico bien jurídico protegido y la finalidad última o indirecta, que es la protección de los intereses de los consumidores, y el fortalecimiento de las reglas que rigen la actividad mercantil e industrial, especialmente las que desarrollan el principio de libre competencia, contribuyendo así al buen funcionamiento del mercado. Conforme a este criterio doctrinal, estamos en presencia de delitos con bienes jurídicos intermedios o espiritualizados, delitos de naturaleza mixta, patrimonial y socio-económica, que se ubican entre los intereses del Estado y los intereses del agente económico individual así como de los consumidores.

En esa misma línea, otros autores ponen de manifiesto que el hecho de que los delitos contra la propiedad industrial se ubiquen en el mismo capítulo, pero en diferente sección que los delitos relativos al mercado y los consumidores, no debe pasar desapercibido en la determinación del bien jurídico protegido, considerando que el tratamiento autónomo de estos delitos en una sección diferente implica la necesidad de abogar por una necesaria delimitación del objeto jurídico de tutela con respecto al más genérico del mercado o los consumidores. Para este sector doctrinal el hecho de que un bien jurídico de titularidad individual posea una trascendencia económica que sobrepasa los intereses individuales del afectado, no debe ser considerado como algo excepcional, sino como la necesidad de que el operador jurídico no olvide la connotación social o colectiva del bien jurídico protegido.

En definitiva, para un sector mayoritario de la doctrina el bien jurídico protegido debe identificarse con el derecho de uso o explotación exclusiva de los objetos amparados por un título de propiedad industrial previamente inscrito en la Oficina española de Patentes y Marcas. Lo penalmente relevante, por tanto, será el ataque a la exclusividad de que goza el titular o cesionario de los derechos, aunque ello sin duda, fortalecerá las normas de libre competencia y acrecentará la defensa de los intereses específicos de consumidores y usuarios, pero una cosa son las consecuencias más o menos deseables de la tipificación penal y otra distinta el objeto jurídico de tutela que tiene esa tipificación.

En apoyo de la tesis de que el bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad industrial, y en particular en los relativos a los signos distintivos, es esencialmente el derecho exclusivo del propietario industrial, sin que sea necesario para que se dé el desvalor penal de la conducta, que se produzca la lesión efectiva o potencial de los intereses del consumidor, como consecuencia de la aptitud del signo usurpado para la confusión, algún autor señala que la prueba más clara de que el bien jurídico protegido es sólo el derecho exclusivo del titular, está en que tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, el legislador sanciona en el artículo 274.1 la importación sin consentimiento del titular registral de productos de origen lícito, lo que supone la ausencia de riesgo de confusión para el consumidor.

Desde un punto de vista estrictamente de derecho positivo, debe decirse a favor de considerar que el bien jurídico directamente protegido es el derecho exclusivo del titular registral, el que el propio Código cuando sanciona en el artículo 274.2 las conductas de mera posesión para comercialización de los productos que llevan incorporados los signos distintivos fraudulentos, señala expresamente, que se trate de signos que de acuerdo con el apartado 1 de este artículo, suponen una *infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos*.

En la jurisprudencia se observa también la falta de un criterio uniforme en relación con la cuestión del bien jurídico protegido, debiéndose además tener en cuenta que dada la pena señalada a estos delitos, son escasos los supuestos de pronunciamientos del Tribunal Supremo que contribuyan a establecer una unificación de doctrina. Es por tanto posible encontrar sentencias que consideran que estamos ante delitos pluriofensivos, con un bien jurídico dual, en cuanto requieren para la relevancia penal de los hechos, que los signos distintivos usurpados tengan aptitud para inducir a error o equivocación al consumidor (SSTS de la Sala Segunda de 22 de enero de 1988; 9 de junio de 1989; 8 de noviembre de 1989; 2 de febrero de 1990; 6 de mayo de 1992; entre otras). Por otro lado, se suele señalar por la doctrina partidaria de

considerar el derecho exclusivo del titular como único bien jurídico protegido a los efectos de la relevancia penal de las conductas infractoras, en apoyo de esta tesis la existencia de otras sentencias del Tribunal Supremo y en particular, la SSTS de la Sala Segunda 773/1998, de 2 de julio de 1998, y la 1479/2000, 22 de septiembre de 2000.

Sin embargo, en las dos últimas sentencias citadas, no se aborda directamente el problema del bien jurídico protegido, sino que en la sentencia de 2 de junio de 1998 se resuelve la cuestión de si la marca notoria está comprendida en el ámbito de protección del artículo 274 en la redacción dada por la Ley Orgánica 10/1995, al no ser necesaria la inscripción registral para obtener protección en el ámbito civil, y la sentencia de 22 de septiembre de 2000, decide sobre la cuestión de si es típica la conducta del que sin haber reproducido o imitado la marca legítima comercializa productos que llevan la marca usurpada. Las dos sentencias consideran como *obiter dicta* que, conforme a la descripción típica del artículo 274 1 y 2 basta la mera reproducción, imitación, utilización de los signos distintivos registrados, o la mera posesión o comercialización de productos que incorporen una marca, con vulneración del derecho exclusivo del titular registral, para que la conducta sea típica; no existe en las dos sentencias un pronunciamiento expreso acerca de que no sea necesaria la concurrencia en los signos distintivos usurpados del requisito de confundibilidad, que expresa y directamente alude al artículo 274.1 e indirectamente y por remisión el artículo 274.2.

En el marco de la jurisprudencia más abundante elaborada por las Audiencias Provinciales, existe una tendencia actual a considerar que el llamado «juicio de confundibilidad» debe ponerse en relación con la aptitud de los signos distintivos usurpados para confundir al consumidor, teniendo en cuenta no sólo la aptitud objetiva del signo usurpado para confundir sobre la procedencia u origen del producto, sino las circunstancias en que se produce la comercialización del producto. En este sentido cabe mencionar la SAP Barcelona sección 5.^a de 26 de febrero de 2004, o la SAP de Tarragona, sección 2.^a de 2 de julio de 2004. Este criterio, por tanto, está en la línea de considerar que el bien jurídico protegido tiene un carácter supraindividual, que va más allá de una infracción formal del derecho de exclusividad del titular.

Partiendo de lo anteriormente expuesto, el problema del bien jurídico protegido por los delitos contra la propiedad industrial, debe abordarse desde la ineludible consideración de las conductas que el legislador ha tipificado como delictivas en el artículo 274, y la necesidad de dotar a las mismas de un plus de antijuridicidad respecto de los ilícitos civiles, que justifique la intervención de la represión penal.

El artículo 274.1 sanciona: «al que con fines industriales o comerciales, sin el consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique o de cualquier otro modo utilice un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentra registrado». El artículo 274.2 sanciona con las mismas penas: «al que a sabiendas posea para su comercialización, o ponga en el comercio productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados del extranjero».

El tipo penal incorpora expresamente en la descripción de la conducta antijurídica el requisito de confundibilidad, sin duda, porque la función esencial y característica del signo distintivo, y en particular de las marcas, es identificar el origen o procedencia empresarial del producto o servicio al que está incorporado el signo distintivo. Cuando la usurpación del signo impide u obstaculiza el que la marca cumpla su función característica de identificar el origen o procedencia empresarial del producto, dando lugar a que el infractor se aproveche del prestigio y posición de una marca en el mercado, se produce la quiebra de la libre competencia y se lesiona indirectamente a la vez el interés de los consumidores en poder conocer la real procedencia empresarial del producto o servicio, y con ello su calidad.

La incorporación del requisito o juicio de confundibilidad en la descripción de la conducta penalmente antijurídica, se corresponde con la descripción que hace la Ley de Marcas 17/2001, de 7 de diciembre, del contenido del derecho, en su aspecto negativo en el artículo 34.2 de la misma: «El titular de la marca registrada podrá prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico: a) cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada. b) cualquier signo que por ser idéntico o semejante a la marca, y por ser idénticos o similares los productos o servicios, implique un *riesgo de confusión del público*; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación entre el signo y la marca. Esta descripción del contenido del derecho de marcas en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, se corresponde con la normativa comunitaria, y en concreto con el artículo 5.1 de la Directiva 89/104, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas que establece: «El titular podrá prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento en el tráfico eco-

nómico de: *a)* cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada, *b)* cualquier signo que, por ser idéntico o similar a la marca, y por ser idénticos o similares los productos o servicios designados por la marca y el signo, impliquen por parte del público un riesgo de confusión que comprende el riesgo de asociación entre el signo y la marca».

En el Considerando Décimo de la Exposición de Motivos de la Directiva 89/104 se expresa: «la protección conferida por la marca registrada es absoluta en caso de identidad entre la marca y el signo y entre los productos o servicios».

Por otro lado, el Reglamento 40/1994 sobre la marca comunitaria, reproduce en el artículo 9 los términos de la Directiva, en cuanto al contenido del derecho del titular de la marca.

Como señala algún sector doctrinal, en el supuesto de identidad de signos y de productos o servicios, del artículo 5.1.a) de la Directiva 89/104, la normativa comunitaria otorga una protección absoluta al titular registral, sin que se exija riesgo de confusión del público; además en el supuesto de marcas renombradas, la Directiva en el artículo 5.2, extiende la protección a los supuestos de uso no autorizado de signos idénticos o similares a la marca aunque no sean idénticos o similares los productos.

La figura del juicio de confusión debe ser contemplada sólo respecto de los supuestos de utilización no autorizada de signos idénticos o similares a la marca, y respecto de productos idénticos o similares a los designados por la marca registrada, conforme a lo previsto en el artículo 5.1.b) de la Directiva, pues a partir de la misma el concepto de marcas similares que pueden conducir a confusión es un concepto de derecho comunitario, y los tribunales nacionales deberán tener en cuenta en la interpretación de las normas internas que suponen una transposición de la Directiva, la interpretación que de la misma ha venido haciendo el Tribunal de Justicia Comunitario.

La doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad, Europea, parte de la delimitación del objeto específico del derecho de marcas como «el de garantizar al titular el derecho exclusivo de utilizar la marca con ocasión de la primera comercialización de un producto y protegerlo así de los competidores que quieran abusar de la posición y de la reputación de la marca vendiendo productos indebidamente provistos de esta marca». En la delimitación de ese objeto específico, se han tenido presentes las dos funciones estrechamente vinculadas que la marca debe cumplir, que son las de identificar el origen y procedencia empresarial de los productos y la de garantía de calidad; en

este sentido el TJCE ha señalado que la marca «debe constituir la garantía de que todos los productos designados con la misma han sido fabricados bajo el control de una única empresa, a la que puede hacerse responsable de su calidad» (sentencia caso «Hag II», de 17 de octubre de 1990, caso C-10/1989).

Este es también el criterio establecido por la sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 2002, caso C-206/2001 «Arsenal Football Club», en la cual se establece el alcance del derecho exclusivo del titular de la marca reconocido en el artículo 5, apartado 1, letra *a*) de la Directiva 89/14/CEE. El TJCE resuelve en esta sentencia la cuestión prejudicial planteada por la Hight Court of Justice (England and Wales) en el marco de un litigio entre el Club de Fútbol Arsenal y un tercero por la venta por este último de bufandas con la marca «Arsenal» registrada por este Club para ese tipo de productos. En el caso planteado se cuestionaba si el demandado había utilizado el signo distintivo «Arsenal» en cuanto marca, para identificar el origen o procedencia empresarial del producto al que se incorporó el signo, y por tanto, si el titular registral podía ejercitar su derecho exclusivo conforme al artículo 5.1 de la Directiva 89/104.

El TJCE declaró: «(...) Una vez se ha comprobado que en el asunto objeto del procedimiento principal el uso del signo de que se trata por el tercero puede afectar a la garantía de procedencia del producto y que el titular de la marca debe poder oponerse a dicho uso, esta conclusión no queda desvirtuada por la circunstancia de que, en el marco de dicho uso, la marca se perciba como un testimonio de apoyo, de lealtad o de afiliación al titular de la marca».

«(..) procede responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente que, en una situación en la que no es aplicable el artículo 6, apartado 1 de la Directiva y en la que un tercero utiliza en el tráfico económico un signo idéntico a una marca válidamente registrada en productos idénticos a aquellos para los que está registrada, el titular de la marca puede, en un caso como el que es objeto del procedimiento principal, oponerse a este uso con arreglo al artículo 5, apartado 1, letra *a*) de dicha Directiva. Esta conclusión no queda desvirtuada por la circunstancia de que en el marco de dicho uso, el citado signo se perciba como un testimonio de apoyo, de lealtad o de afiliación al titular de la marca.»

La doctrina que el TJCE ha ido fijando acerca del «riesgo de confusión» puede resumirse en los siguientes criterios: «en relación con las marcas que no gocen de renombre el riesgo de confusión, tal y como es definido en el derecho comunitario, es aplicable si existe el riesgo de que el público pueda creer que los productos o servicios proceden de la misma empresa o de empresas vinculadas económicamente; la existencia de dicho riesgo de confusión debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes, en particular, la similitud entre las marcas confrontadas y la semejanza entre los productos o servicios que distinguen las cualidades intrínsecas de la marca, su uso y la cuota de mercado que ostentan. El TJCE entiende que es un criterio relevante para apreciar el riesgo de confusión, la percepción que el consumidor medio tiene de las marcas que estén en cuestión; asimismo considera que el riesgo de confusión es directamente proporcional al carácter distintivo de la marca, en este sentido cuanto mayor sea el prestigio de una marca, mayor debe ser el nivel de protección que ese signo merece obtener de los tribunales».

Con respecto a la cuestión del valor que pueden tener en la realización del juicio sobre el riesgo de confusión, la concurrencia de factores secundarios de diferenciación, ajenos a la similitud de los signos distintivos y de los productos a los que se encuentran incorporados, tales como la forma de presentación del producto, el lugar de venta o la diferencia de calidad o precio (los cuales han sido considerados como decisivos en distintas sentencias de nuestros tribunales), debe tenerse en cuenta por los señores y señoras Fiscales, que esos factores no podrán tener ninguna relevancia en los supuestos de marcas renombradas, ni en los de marcas normales cuando se trata del supuesto de identidad de los signos y de los productos, dada la protección total que en estos casos dispensa la normativa comunitaria, como acabamos de exponer. En los supuestos de marcas no renombradas y de no identidad de signos y productos, la admisión de que pueda otorgarse a esos factores accesorios alguna relevancia en la realización del juicio de confusión, dependerá del grado de semejanza o desemejanza entre los signos y productos, teniendo siempre en consideración que la vulneración del derecho del titular legítimo, se producirá si la marca no cumple su función de diferenciación del origen empresarial de la misma y de control de garantía de calidad del producto sobre el que se incorpora, lesionando el principio de libre y leal concurrencia en el mercado.

La valoración que se hace por parte de algunas sentencias del TS y de las Audiencias Provinciales en la determinación de las conductas penalmente relevantes de factores secundarios, como la diferente presentación de los productos, los distintos lugares de venta, o la diferen-

cia de precio y calidad, no puede considerarse justificada en base al criterio de que en el ámbito de protección penal, regido por el principio de intervención mínima, sea necesario incorporar criterios de protección más estrictos que en el ámbito de protección civil de los derechos de propiedad industrial por las siguientes razones:

En primer lugar, porque ese criterio se opone en el presente caso, al de respeto al principio de legalidad y tipicidad, puesto que el artículo 274, que actualmente no es una norma penal en blanco, no ha recogido como elemento típico el que se produzca un efectivo error en el consumidor con el consiguiente perjuicio del mismo, lo cual sí ha hecho expresamente en los delitos de la sección tercera, artículos 282 y 283. En segundo lugar, porque la consideración del derecho exclusivo del titular registral, como bien jurídico directamente protegido por el tipo penal se confirma en cuanto que el requisito de error efectivo del consumidor, no se incorpora por el legislador deliberadamente a estos delitos, que ha integrado en una sección independiente a la de los delitos contra los consumidores, siendo el interés del consumidor sólo un fin indirecto o mediato en la sanción penal de las conductas, cuya lesión no debe necesariamente concurrir para estimar cometido el delito.

El principio de intervención mínima del derecho penal es un factor de selección para el legislador, pero no para el intérprete que no puede prescindir de las conductas que el legislador expresamente ha decidido sancionar. El criterio que el legislador ha tenido en cuenta, para delimitar el ámbito de protección penal, es el de que las conductas lesivas se realicen con fines comerciales y sean intencionales. La concurrencia de los elementos típicos de fines comerciales e intencionalidad de las conductas, se corresponde por otra parte con las exigencias que a nivel comunitario se recogen en el artículo 3 de la Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo, de 12 de julio de 2005, sobre medidas penales para el aseguramiento del respeto de los derechos de propiedad intelectual, la cual viene a completar la protección que a nivel civil se dispensa en la Directiva 2004/48 CE, de 29 de abril. El citado artículo 3 establece que «los Estados Miembros adoptaran las medidas necesarias para asegurar que las infracciones intencionales de los derechos de propiedad intelectual a escala comercial sean consideradas como infracciones penales».

El análisis de las conductas penalmente sancionadas como vulneración de los derechos de propiedad industrial requiere hacer una distinción entre las creaciones o invenciones con proyección industrial o artística, tipificadas en el artículo 273 y los signos distintivos que se tipifican en el artículo 274; en ambos supuestos, la determinación de

la conducta típica requerirá acudir a la legislación específica de carácter civil, puesto que como ya dijimos anteriormente los tipos penales incorporan numerosos elementos normativos.

IV. 2. Las creaciones con proyección industrial o artística

Debemos incluir aquí, de un lado, las patentes y modelos de utilidad y, por otro lado, los modelos y dibujos industriales o artísticos.

El artículo 273.1 se refiere a las patentes y modelos de utilidad sancionando «al que con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de una patente o modelo de utilidad y con conocimiento de su registro, fabrique, importe, posea, utilice, ofrezca o introduzca en el comercio objetos amparados por tales derechos».

En el artículo 273.2 se sanciona «al que de igual manera y para los citados fines utilice u ofrezca la utilización de un procedimiento objeto de una patente, o posea, ofrezca, introduzca en el mercado o utilice el producto directamente obtenido por el procedimiento patentado».

En el artículo 273.3 se sanciona «al que realice cualquiera de los actos tipificados en el párrafo primero de este artículo, concurriendo iguales circunstancias en relación con los objetos amparados a favor de tercero por un modelo o dibujo industrial o artístico o topografía de un producto semiconductor».

IV.2.a) PATENTES Y MODELOS DE UTILIDAD

La regulación de las patentes y modelos de utilidad se encuentra en la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes y Modelos de Utilidad (en adelante LPMU). El concepto de patente, como objeto material del delito lo podemos deducir del artículo 4 de la LPMU que señala que son patentables «las invenciones nuevas que impliquen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial aún cuando tengan por objeto un producto que esté compuesto o que tenga materia biológica, o un procedimiento mediante el cual se produzca, transforme o utilice materia biológica». Por tanto, es requisito que la invención sea nueva, lo que conforme al artículo 6 de la LPMU, implica que no esté comprendida en el estado de la técnica, en el sentido de todo lo que antes de la solicitud de la patente se haya hecho accesible al público a nivel nacional e internacional; se restringen aún más las posibilidades de que la invención sea patentable porque en el artículo 8 se entiende que la actividad inventiva se predica de una invención si la invención nueva no se desprende de manera evidente para un experto en la materia del estado de la técnica; por último, la aplicación industrial de la invención se deduce cuando su objeto puede ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria, incluida la agrícola (art. 9 de la LPMU).

La patente nacional se concede por la Oficina Española de Patentes y Marcas, tras un procedimiento en el que se comprueba de oficio si el objeto de la solicitud reúne los requisitos de patentabilidad exigidos por la Ley. La solicitud de patente se publica en el *Boletín Oficial de la Propiedad Industrial* y posteriormente también se publica la concesión de la patente solicitada, la cual tiene una duración de veinte años improrrogables desde la presentación de la solicitud (art. 49 de la LPMU).

Por lo que respecta a los modelos de utilidad conforme al artículo 143 de la LPMU, podrán obtener certificado de protección «aquellas invenciones que, siendo nuevas e implicando una actividad inventiva, consisten en dar a un objeto una configuración, estructura o constitución de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación». Los requisitos para el registro de un modelo de utilidad son, sin embargo, menos rígidos que en el caso de la patente, así el estado de la técnica conforme al cual debe juzgarse la novedad y actividad inventiva, se refiere sólo a la información divulgada a nivel nacional y al contenido de las solicitudes españolas de modelos de utilidad publicadas con anterioridad, aunque para la evaluación de la actividad inventiva se estará al igual que en la patente al criterio de que la invención no debe estar incluida en el estado de la técnica de manera muy evidente para un experto en la materia (arts. 145 y 146 de la LPMU).

A diferencia de lo que ocurre en las patentes, la Oficina Española de Patentes y Marcas no hace examen de oficio de la novedad, ni de la actividad inventiva, sino que sólo verificará si la solicitud reúne los requisitos formales y su objeto es susceptible de protección como modelo de utilidad (art. 148.1). La vigencia de protección del modelo de utilidad es también más breve que la de la patente, pues se concede por un período improrrogable de diez años a contar desde la solicitud no admitiéndose adiciones (art. 152.2).

El ámbito de protección del derecho conferido por la patente y el modelo de utilidad viene determinado por el contenido de ese derecho, que resulta similar en ambos supuestos (arts. 50 y 152 LPMU respectivamente). Desde un punto de vista positivo, el derecho otorga a su titular una facultad de usar o explotar en exclusiva la invención; en sentido negativo, confiere la facultad de prohibir a los terceros determinadas conductas relacionadas con la invención. Asimismo, debe distinguirse según se trate de una patente sobre un objeto o sobre un procedimiento. En el primer caso el titular podrá prohibir a terceros las conductas de fabricación, ofrecimiento, introducción en el comercio, utilización, importación del objeto de la patente o posesión del

mismo para alguno de los anteriores fines (art. 50 a); en el caso de tratarse de patente de procedimiento, el titular podrá prohibir a los terceros, las conductas de ofrecimiento, o utilización del procedimiento, así como la introducción en el comercio, el ofrecimiento o utilización del objeto obtenido a través del procedimiento patentado o su importación o posesión [art. 50 apartados b) y c)].

Del contenido del derecho que establece la LPMU, se desprende que las conductas que el titular del derecho puede prohibir a terceros se corresponden exactamente con las conductas que se sancionan en el artículo 273.1 y 273.2 del Código Penal, únicamente en el caso de patente de procedimiento puede decirse que el ámbito de la protección civil es más amplio, puesto que abarca la importación del producto obtenido directamente a través del procedimiento patentado, y dicha conducta de importación no se incluye expresamente en el artículo 273.2.

A la hora de valorar las conductas típicas, se ha de tener también en cuenta que la realización de la conducta se materializa en la ejecución de iguales o similares objetos a los protegidos por la patente; para poder determinar que se está realmente utilizando una patente ajena, deberá valorarse, con asistencia del dictamen pericial oportuno, el grado de similitud del objeto producido por la patente y el realizado fraudulentamente, para lo cual habrá que estar al «contenido de las reivindicaciones», interpretadas con ayuda de la descripción del invento y de los dibujos de la solicitud que acompañan a la solicitud de la patente. Es en las reivindicaciones donde el inventor determina lo que, a su criterio, constituye su invención y sobre la cual se va a conceder el derecho de exclusividad. (art. 60 LPMU).

A propósito de la conducta de importación del objeto de una patente, cabe plantearse si se sanciona o no la importación de objeto lícito e ilícito, puesto que el legislador no hace ninguna mención expresa a la licitud o ilicitud del objeto importado, existiendo también en este caso y conforme al artículo 52.2 de la LPMU en la redacción dada por la Ley 10/2002, de 29 de abril, que incorpora al derecho español la Directiva 98/44 CE del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, el agotamiento comunitario del derecho del titular puesto que dicho precepto dispone «los derechos conferidos por la patente no se extienden a los actos relativos a un producto protegido por ella después de que ese producto haya sido puesto en el comercio en el territorio de un Estado Miembro de la Unión Europea por el titular de la patente o con su consentimiento».

La solución razonable es considerar que si el legislador no ha hecho aquí ninguna distinción expresa que sí ha hecho en el supuesto de los signos distintivos del artículo 274, no puede hacerse una interpretación

extensiva para considerar incluidas las importaciones de objeto lícito. Por otro lado, esta posición se ve reforzada por el hecho de que en la discusión parlamentaria del Proyecto de la Ley Orgánica 15/2003, el Grupo Parlamentario Vasco presentó una enmienda al artículo 274.1, en la que además de proponer que se sancionaran las importaciones paralelas de productos con marcas registradas, consideraba que también debía castigarse esa conducta en el caso de productos protegidos por cualquier otro derecho de propiedad industrial registrado conforme a la normativa vigente, enmienda que en este último punto no fue acogida en el texto definitivo por el legislador.

Para que se produzca la protección penal del derecho de patente o modelo de utilidad es necesario que se dé el requisito típico de la inscripción registral, no siendo penalmente relevantes las conductas antes mencionadas, si no existe dicha inscripción, a diferencia del ámbito civil en el que se otorga una protección provisional desde la publicación de la solicitud de inscripción. Si tras la inscripción se declarase esta nula por sentencia firme, igualmente devendrían atípicas las conductas realizadas en relación con la patente o modelo de utilidad afectado en cuanto quedarían invalidados con efecto *ex tunc*. Por tanto, deberá tenerse en cuenta por los señores y señoras Fiscales la posibilidad de que se planteen en la tramitación del procedimiento penal cuestiones prejudiciales de carácter contencioso administrativo relativas a la existencia de una demanda de nulidad de la inscripción de una patente, en cuyo supuesto deberá producirse la suspensión del procedimiento penal hasta la resolución sobre la misma.

En relación con el requisito de que se actúe sin el consentimiento del titular del derecho de patente o modelo de utilidad, debe tenerse en cuenta que la persona que ostenta el derecho de exclusiva que confieren estos derechos de propiedad industrial, y que por tanto, puede dar el consentimiento que excluya la tipicidad penal, puede ser el propio inventor, o sus causahabientes o cesionarios, si existe transmisión del derecho *Inter vivos* o *mortis causa*. Para que la transmisión de derechos tenga validez frente a terceros deberá haberse inscrito. No obstante, a efectos penales el consentimiento del titular de la patente a la transmisión del derecho de explotación, excluye la tipicidad de la conducta aunque la transmisión del derecho no cumpla los requisitos establecidos por la LPMU para la válida transmisión con efectos frente a terceros (art. 79 LPMU).

La exigencia de la concurrencia del elemento subjetivo de actuar con fines comerciales o industriales excluye la tipicidad de las conductas realizadas para usos meramente privados. La LPMU excluye también de su ámbito de protección las conductas realizadas en el ámbito

privado y con fines no comerciales (art. 52 de la Ley), es por esa identidad del ámbito de protección civil y penal que algunos autores critican la regulación realizada por el legislador en estos delitos, en cuanto no se confiere ninguna autonomía al derecho penal.

A nivel comunitario cabe hacer una referencia a la patente comunitaria; los diferentes sistemas nacionales de patentes fueron armonizados de hecho a través de la conclusión de diversos instrumentos internacionales, entre los que cabe señalar el Convenio sobre la concesión de Patentes Europeas o Convenio de Munich del año 1973 del que son parte todos los Estados Miembros. En este Convenio se regula un procedimiento único de concesión de patente europea, siendo la Oficina Europea de Patentes la que concede la patente, que inmediatamente se convierte en una patente nacional de acuerdo con los Estados que hayan sido designados, quedando sujeta desde la concesión a las normas nacionales en materia de patentes. La Comisión ha presentado una propuesta de un Reglamento del Consejo de patente comunitaria, documento COM (2000) 412 final, que completará el Convenio de Munich, y que implica que la patente comunitaria será concedida por la Oficina Europea como patente europea en la que se designa el territorio de la Comunidad en vez de cada uno de los Estados miembros; concedida la patente comunitaria se aplicará el Reglamento de la Comunidad. Conforme a la propuesta de Reglamento la patente comunitaria tendrá carácter autónomo y se regirá por el Reglamento y el Derecho Comunitario, sin perjuicio, de la aplicación de los derechos nacionales en materia de responsabilidad penal y competencia desleal. A los efectos de resolución de litigios se ha decidido por los Estados Miembros que serán resueltos por un Tribunal común con sede en Luxemburgo si bien hasta el año 2010, ese Tribunal coexistirá con las instancias nacionales.

IV.2.b) LAS PATENTES SECRETAS

Se ha de hacer referencia en este apartado a la conducta que se sanciona en el artículo 277 del Código Penal: «Será sancionado con pena de seis meses a dos años de prisión y multa de seis a veinticuatro meses el que intencionadamente haya divulgado la invención objeto de una solicitud de patente secreta, en contravención con lo dispuesto en la legislación de patentes, siempre que ello sea en perjuicio de la defensa nacional».

Se trata en este caso de un tipo penal en blanco, puesto que la descripción del supuesto de hecho típico debe ser integrada con la delimitación de lo que es contravención de la legislación de patentes, es decir, se

cometerá la conducta penalmente antijurídica, cuando la divulgación de la invención objeto de una solicitud de patente secreta infrinja además los deberes de sigilo impuestos en los artículos 119 y ss de la LPMU. Conforme a esos artículos, cuando la patente sea de interés para la defensa nacional y a requerimiento del Ministerio de Defensa, la Oficina Española de Patentes y Marcas decretará la tramitación secreta de la solicitud de la patente. Todas las solicitudes de patentes son objeto de un mandato de secreto sobre su contenido durante un plazo de dos meses desde su presentación prorrogable hasta cinco meses, cuando se estime que la invención puede ser de interés para la defensa nacional y salvo que la Oficina de Patentes autorice su divulgación con anterioridad.

En este supuesto del artículo 277 lo que se protege, no es tanto el derecho de propiedad industrial, sino los intereses de la defensa nacional, de forma que puede cometer el delito el propio titular que vulnera el mandato de secreto, de ahí que se cuestione por la doctrina la ubicación sistemática de este tipo penal, poniéndose también de manifiesto la posible concurrencia de concursos entre este tipo y otros del Código Penal, como el de descubrimiento de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional del artículo 598, si bien en este caso no cabe hablar de la existencia del concurso en cuanto el objeto material del delito del artículo 598 está delimitado a la información legalmente clasificada como reservada o secreta conforme a la Ley de Secretos Oficiales; igualmente pudieran plantearse otras posibilidades de concurso como la que puede darse con el artículo 601, que sanciona la modalidad imprudente de dar a conocer objetos o información de interés para la defensa nacional que se posean por razón del cargo, comisión o servicio, no obstante, debe estimarse que no es admisible considerar que el artículo 601 pueda venir en aplicación en el caso de divulgación imprudente de la invención objeto de una patente secreta, puesto que el legislador no ha querido sancionar más que la divulgación intencional. Con respecto a la posibilidad de apreciación de concurso entre el delito del artículo 277 y el de revelación por funcionario público de secretos o informaciones de los que conozca por razón de su cargo del artículo 417 deberá resolverse en función del principio de especialidad, en favor de la aplicación del tipo del artículo 277.

Es necesario señalar que la Ley Orgánica 15/2003 no introdujo en los supuestos contemplados en el artículo 273 del Código Penal que acabamos de examinar otra modificación que la relativa a la elevación de la pena de multa con la que se sancionan las conductas tipificadas; por lo que se refiere a la conducta sancionada en el artículo 277 se mantiene exactamente la redacción de la Ley Orgánica 10/1995, incluso en lo relativo a la cuantía pena.

IV.2.c) LOS MODELOS Y DIBUJOS INDUSTRIALES O ARTÍSTICOS Y LAS TOPOGRAFÍAS DE PRODUCTOS SEMICONDUCTORES

El artículo 273.3 extiende el objeto de protección penal a otros derechos de propiedad industrial que son los modelos y dibujos industriales y artísticos y las topografías de productos semiconductores.

La regulación nacional específica de los modelos y dibujos industriales y de los dibujos artísticos se encontraba hasta hace poco en el Estatuto de la Propiedad Industrial, de 26 de julio de 1929, sin embargo la nueva Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (en adelante LDI), deroga expresamente los artículos del Estatuto que permanecían en vigor relativos a los modelos y dibujos industriales y artísticos.

La nueva Ley nacional cuya plena entrada en vigor se ha producido el 9 de julio de 2004, ha sustituido la terminología de modelo y dibujo industrial por la de «diseño industrial»; esa equivalencia es mencionada expresamente en la Exposición de Motivos de la LDI y además se confirma si se tiene en cuenta que la definición de diseño que establece esta Ley en su artículo 1.2 es igual que la que aparece en la Directiva 98/71/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre protección jurídica de los dibujos y modelos. La LDI define el diseño y la Directiva los modelos y/ o dibujos como «la apariencia de la totalidad o de una parte de un producto que se deriva de las características y en particular, de las líneas, contornos, colores, forma, textura o materiales del producto en sí o de su ornamentación».

Conforme a esta definición el dibujo o modelo es la apariencia externa de un producto industrial o artesanal o de su embalaje, si bien quedan excluidos los productos informáticos [art. 1.2.b) de la LDI], así como los productos semiconductores que tienen una regulación específica. La distinción tradicional entre el dibujo y el modelo radica en que el dibujo es bidimensional y el modelo tridimensional.

En cuanto al ámbito de protección, como señala la Exposición de Motivos de la LDI, el objeto de protección del diseño es ante todo: «el valor añadido por el diseño del producto, desde el punto de vista comercial, prescindiendo de su nivel estético o artístico o de su originalidad».

La protección de este derecho de propiedad industrial exige la inscripción registral, que se efectuará en la Oficina Española de Patentes y Marcas y que supone un derecho exclusivo de titular del registro para su utilización, con la consiguiente facultad de prohibición a terceros sin su consentimiento.

En cuanto a las conductas típicas la Ley Orgánica 10/1995, equiparó respecto a los modelos y dibujos industriales y artísticos, las conductas típicas con las que se describen en el caso de infracción del derecho de patente en el artículo 273.1.

También puede protegerse un diseño industrial sobre modelos y dibujos comunitarios en territorio español, por aplicación de lo dispuesto en el ámbito de la Unión Europea por el Reglamento CE núm. 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre modelos y dibujos comunitarios (en adelante RDMC), los cuales conviven con los modelos y dibujos protegidos a nivel nacional en los Estados Miembros por sus respectivas leyes nacionales, sin embargo, debe destacarse que conforme al RDMC hay dos modalidades de protección comunitaria, el dibujo o modelo comunitario registrado y el modelo o dibujo comunitario no registrado, para la protección del registrado debe presentarse la correspondiente solicitud ante la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI), con sede en Alicante, y es el único que puede ser objeto de protección penal, dado que el artículo 273.3 del Código Penal exige la inscripción como elemento típico por remisión al artículo 273.1.

En cuanto a la topografía de productos semiconductores, debe decirse que su regulación se encuentra en la Ley 11/1988, de 3 de mayo, para la Protección Jurídica de los Productos Semiconductores, que se promulgó en cumplimiento de la Directiva 87/54 CEE del Consejo, de 16 de diciembre de 1986, sobre protección jurídica de la topografías de los productos semiconductores, y que otorga a estos una protección similar a la de las patentes.

El objeto de protección no es el producto semiconductor en sí mismo considerado sino «la topografía», es decir, el diseño de la estructura y disposición de los diversos elementos y capas que componen un circuito electrónico integrado ya que de dicha estructura y de la disposición de los denominados *chips* depende la funcionalidad del circuito. La razón de la protección está en que el diseño del circuito es difícil y costoso, pero su reproducción no tiene ningún problema (art. 1.2 de la Ley 11/1988).

En cuanto a la oportunidad de su protección penal, el legislador del Código Penal de 1995, consideró que las topografías de productos semiconductores reunían las mismas características de naturaleza esencial y merecimiento de protección penal que los demás derechos de propiedad industrial tradicionales u originarios e incorporó el mismo al artículo 273.3, con el mismo régimen que las patentes y los modelos y dibujos industriales.

IV.3 Los signos distintivos

El otro gran grupo de derechos de propiedad industrial está representado por los signos distintivos, que son los derechos de propiedad industrial más característicos de la actividad empresarial y, sin duda, los de mayor relevancia económica para la misma.

La tipificación de la vulneración de estos derechos de propiedad industrial se contempla en el artículo 274 1 y 2 cuya redacción tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003 es la siguiente:

Artículo 274.1: «Será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión y multa de 12 a 24 meses el que, con fines industriales o comerciales, sin el consentimiento del titular de un derecho registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento de su registro, reproduzca, imite, modifique o de cualquier otro modo utilice un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado. Igualmente, incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicho consentimiento, tanto si éstos tiene un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos de dicho estado o con su consentimiento».

Artículo 274.2: «Las mismas penas se impondrán al que, a sabiendas posea para su comercialización, o ponga en el comercio, productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con apartado 1 de este artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados del extranjero».

Los signos distintivos que son objeto de protección penal son las marcas y los nombres comerciales, puesto que el rotulo de establecimiento ha dejado en la regulación actual de estos derechos de tener carácter registral.

A nivel nacional la regulación específica de estos derechos la encontramos en la Ley de Marcas 17/2001, de 7 de diciembre (en adelante LM); la vigente Ley de Marcas que sustituye a la Ley 32/1988, ha

venido a tratar de incorporar a nuestro derecho las normas de carácter comunitario e internacional que obligan a España; fundamentalmente se trataba de adaptar nuestra legislación a lo dispuesto en la Directiva del Consejo 89/104 CEE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de Marcas.

Además de las marcas y nombres comerciales nacionales, es también necesario referirse a la marca comunitaria que se crea en virtud del Reglamento del Consejo 40/1994, de 20 de diciembre, de Marca comunitaria (en adelante RMC), y que supone la creación de un signo distintivo con efecto en todo el territorio de la Unión Europea; la marca comunitaria y la nacional producen iguales efectos en España, aunque que se rijan por normativas distintas.

Los signos distintivos registrados conforme a la legislación de marcas (marca y nombre comercial), otorgan a su titular un medio para identificar en su actividad empresarial o comercial las mercancías o los servicios que pone en circulación u oferta, así como a la propia empresa que representan. Como ya hemos anteriormente señalado el legislador penal abandonó con la Ley Orgánica 10/1995, la técnica de la norma penal en blanco, describiendo exactamente las conductas sancionables, sin embargo, existen importantes elementos normativos que deben ser integrados acudiendo a la legislación específica reguladora de los signos distintivos y, en concreto, a la Ley de Marcas.

El objeto material de protección son las marcas y el nombre comercial; el concepto de estos signos distintivos lo encontramos respectivamente en los artículos 4 y 87 de la Ley 17/2001.

Conforme al artículo 4: «Se entiende por marca todo signo distintivo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras».

Conforme al artículo 87: «Se entiende por nombre comercial todo signo susceptible de representación gráfica que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares».

Es posible distinguir en la regulación de las marcas diferentes clases de las mismas:

En función de su titular la marca puede ser individual o colectiva, siendo estas últimas las registradas por asociaciones de productores, fabricantes, comerciantes o prestadores de servicios para diferenciar los productos o servicios de sus miembros, de los productos o servicios de los que no forman parte de dicha asociación (art. 62 LM); en relación con este tipo de marcas existe una importante excepción al *ius prohibendi* de su titular, puesto que el derecho conferido por esta mar-

ca no permitirá a su titular prohibir a un tercero el uso en el comercio de tales signos o indicaciones, cuando la marca colectiva consista en una indicación geográfica de la procedencia del producto o servicio y siempre que dicho uso se realice con arreglo a prácticas leales en materia industrial o comercial; en particular no podrá esta marca colectiva oponerse frente a un tercero autorizado a utilizar una denominación geográfica (arts. 62.3 y 63.2 de la LM).

Las marcas de garantía que tiene la función de certificar que los productos o servicios a los que se aplica cumplen unos requisitos comunes en especial lo que concierne a su calidad, componentes, origen geográfico, condiciones técnicas o modo de elaboración del producto o de prestación del servicio (art. 68 LM). En estos casos existe una disociación entre el titular de la marca y el usuario de la misma que es el que elabora o distribuye los productos o servicios; el titular de la marca de garantía no sólo tiene derechos sino que viene obligado por la Ley a realizar funciones de control y en su caso de imposición de sanciones por el uso de la misma. En este caso la función de la marca no es la de identificar el origen empresarial de los productos o servicios sino que es un signo distintivo de determinada calidad.

Marca notoria y marca renombrada, el concepto de las mismas se contempla en el artículo 8 de la LM, conforme al cual se entenderá por marca o nombre comercial notorios los que por su volumen de ventas, duración intensidad o alcance geográfico de su uso, valoración o prestigio alcanzado en el mercado o por cualquier otra causa, sean *generalmente conocidos* por el sector pertinente del público al que se destinan los productos, servicios o actividades que distinguen dicha marca o nombre comercial. Se consideran marca o nombre comercial renombrado cuando sean *conocidos por el público en general*.

La diferencia, por tanto, entre ambas viene dada porque en el caso de la marca notoria el conocimiento se limita al sector del público interesado en los productos o servicios de que se trate, y en el caso de marca renombrada el conocimiento se extiende a todo tipo de consumidores. Las marcas renombradas y registradas gozan, como ya vimos al tratar del bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad industrial, de una protección reforzada pues no se aplica respecto de las mismas la regla o principio de especialidad vinculado al juicio o riesgo de confusión (art. 5.2 de la Directiva 89/104 CEE), esa derogación del principio de especialidad debe entenderse también aplicable a la marca notoria registrada, de acuerdo con la protección que le otorga el artículo 8.1 de la LM 17/2001: «No podrá registrarse como marca un signo que sea idéntico o semejante a una marca o nombre comercial anteriores aunque se solicite su registro para productos o servicios

que no sean similares a los protegidos por dichos signos anteriores cuando, por ser éstos notorios o renombrados en España, el uso de esa marca pueda indicar una conexión entre los productos o servicios amparados por la misma y el titular de aquellos signos o, en general, cuando ese uso, realizado sin justa causa, pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dichos signos anteriores».

La obtención de una marca internacional la encontramos en el artículo 79 de la LM: «Siempre que el titular lo solicite expresamente, el registro internacional de una marca efectuado al amparo del Acta vigente en España del Arreglo de Madrid de 14 de abril de 1891, relativo al Registro Internacional de Marcas (llamado en lo sucesivo «Arreglo de Madrid»), del Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid de 27 de junio de 1989 (llamado en lo sucesivo «Protocolo») o de ambos, extenderá sus efectos en España». Conforme a ello quien pretenda la exclusividad de una marca registrada en el extranjero, también en España, deberá inscribirla en el Registro Internacional de Marcas.

A la marca comunitaria se refiere el artículo 84 de la LM: «La presentación de una solicitud de marca comunitaria en la Oficina Española de Patentes y Marcas, al amparo del artículo 25.1.b) del Reglamento (CE) 40/1994 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, dará lugar al pago de la tasa correspondiente. La Oficina Española de Patentes y Marcas indicará la fecha de recepción de la solicitud y el número de páginas que la compongan, transmitiéndola a la Oficina de Armonización del Mercado Interior, si la tasa anteriormente señalada hubiera sido satisfecha».

Debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el criterio establecido en la Exposición de Motivos del Reglamento 40/1994 del Consejo sobre marca comunitaria, se ha centralizado la competencia para conocer en primera instancia y de forma exclusiva de todas las cuestiones que en el orden civil se susciten respecto de las marcas comunitarias, correspondiendo de conformidad con lo previsto en el artículo 86 bis de la LOPJ a los Juzgados de lo Mercantil de Alicante, que a estos solos efectos funcionarán como Juzgados de Marca Comunitaria con jurisdicción en todo el territorio nacional.

Las conductas típicas sancionadas se describen en el artículo 274.1 y 2, que tras la Ley Orgánica 10/1995 abandona la técnica de norma penal en blanco. En el artículo 274.1 se enumeran las conductas punibles como las de «reproducir, imitar, modificar, o de cualquier otro modo utilizar un signo distintivo...»; en el artículo 274.2 se sanciona expresamente «la posesión para la comercialización y la puesta en el comercio de productos o servicios con signos distintivos... ».

Los verbos utilizados en el artículo 274, para describir la acción típica no se corresponden con el utilizado en el artículo 34.2 de la Ley de Marcas 17/2001, para delimitar el contenido del *ius prohibendi* del titular del derecho pues se refiere a «uso en el tráfico económico», si bien luego en el apartado 3 del artículo 34, se describen los concretos actos de uso que el titular puede prohibir a los terceros. En todo caso, la interpretación de las conductas penalmente relevantes enumeradas en el artículo 274, debe hacerse atendiendo a las facultades de prohibición que ostenta el titular del derecho conforme al contenido del artículo 34 de la LM.

El verbo «reproducir» puede interpretarse como la colocación de un signo idéntico al legítimo; el de «imitar» se puede interpretar como la colocación de un signo semejante que puede producir confusión con el legítimo; ambas conductas se corresponden con la descripción que hace el artículo 34.2 del contenido del *ius prohibendi*: «El titular de la marca registrada podrá prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico: a) Cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada, b) Cualquier signo que por ser idéntico o semejante a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios implique un riesgo de confusión del público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación entre el signo y la marca».

En todo caso, y como ya hemos desarrollado al tratar el apartado del bien jurídico protegido, en el artículo 34 de la LM se incorpora como requisito para poder considerar producida la infracción del derecho exclusivo del titular del signo distintivo, el requisito del «riesgo de confusión» que se contempla en el artículo 5.1.b) de la Directiva 89/104 CEE. La interpretación de este requisito que debe ser, igualmente, objeto de valoración respecto de las conductas penalmente sancionables, puesto que también aparece recogido en el artículo 274.1, deberá realizarse teniendo en cuenta la interpretación que del mismo se ha hecho en el ámbito comunitario y que ya expusimos en el mencionado apartado del bien jurídico protegido.

El verbo «modificar» que utiliza el artículo 274 plantea más problemas de interpretación, pues no se corresponde con ninguno de los supuestos concretos de prohibición que se contemplan en el artículo 34.3 de la LM, debiendo ser interpretado dentro de la descripción típica abierta empleada por el artículo 274.1, como cualquier modalidad de utilización del signo legítimo, distinta de la reproducción o imitación, que induzca a confusión.

Como acabamos de señalar el artículo 274.1 se configura como un tipo abierto al emplear en la descripción de las conductas punibles la

expresión indeterminada «o de cualquier otro modo utilice...». En todo caso, en la interpretación de este término habrá de tenerse en cuenta la especificación que hace el apartado 3 del artículo 34 de la LM del contenido del *ius prohibendi*, como derecho de prohibir el uso no autorizado en el tráfico económico: «Cuando se cumplan las condiciones enumeradas en el apartado anterior podrá prohibirse, en especial:

- a) Poner el signo en los productos o en su presentación.
- b) Ofrecer los productos, comercializarlos o almacenarlos con esos fines u ofrecer o prestar servicios con el signo.
- c) Importar o exportar los productos con el signo.
- d) Utilizar el signo en los documentos mercantiles y la publicidad.
- e) Usar el signo en redes de comunicación telemáticas y como nombre de dominio.
- f) Poner el signo en envoltorios, embalajes, etiquetas u otros medios de identificación u ornamentación del producto o servicio, elaborarlos o prestarlos, o fabricar, confeccionar, ofrecer, comercializar, importar, exportar o almacenar cualquiera de esos medios incorporando el signo, si existe la posibilidad de que dichos medios puedan ser utilizados para realizar algún acto que conforme a las letras anteriores estaría prohibido».

Dentro de las modificaciones operadas por la Ley Orgánica 15/2003, destaca la relativa a la incorporación en el artículo 274.1 de un párrafo por el que se castiga expresamente a «los que importen intencionadamente estos productos sin dicho consentimiento, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos de dicho Estado o con su consentimiento».

La inclusión de este apartado se corresponde exactamente con la incorporación realizada en los delitos contra la propiedad intelectual en el artículo 270.2, siendo además idéntica la redacción para la penalización en cada caso de lo que se denominan «importaciones paralelas», exceptuando también de sanción en los dos supuestos las importaciones no autorizadas intracomunitarias, por aplicación del principio de «agotamiento comunitario del derecho». Como ya hemos señalado al tratar los derechos de propiedad intelectual, inicialmente no se contemplaba en el texto del Proyecto de Ley remitido al Congreso en el tipo del artículo 274 la sanción de las importaciones paralelas, si bien se introdujo posteriormente en virtud de enmiendas

en el Congreso presentadas por los Grupos Parlamentarios Vasco, Popular y Catalán, que se apoyaban en el tratamiento homogéneo que debía darse a la protección penal de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

Con relación a los derechos de propiedad industrial, y en concreto, a los signos distintivos, el agotamiento comunitario del derecho se contempla en el artículo 7.1 de la Directiva 89/104 CEE, de aproximación de la legislaciones nacionales en materia de marcas, y respecto a la marca comunitaria en el artículo 13.1 del Reglamento 40/1994, de 20 de diciembre de 1993. Nuestra legislación ha incorporado también expresamente este principio del agotamiento comunitario en el artículo 36.1 de la LM: «El derecho conferido por el registro de la marca no permitirá a su titular prohibir a terceros el uso de la misma para productos comercializados en el Espacio Económico Europeo con dicha marca por el titular o con su consentimiento» (De acuerdo con el art. 65.2 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y el punto 4.c) del Anexo XVII, la referencia que hace el art. 7.1 de la Directiva 89/104 al agotamiento debe considerarse aplicable en el Espacio Económico Europeo, que comprende el territorio de la UE y el de Noruega, Islandia y Liechtenstein).

La normativa comunitaria (arts. 7.2 de la Directiva y 13.2 del Reglamento), contempla una excepción al principio de agotamiento, en el supuesto de que el estado de los productos se haya modificado o alterado tras su primera comercialización excepción que igualmente incorpora nuestra legislación en el artículo 36.2 de la LM: «El apartado 1 no se aplicará cuando existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos, en especial cuando el estado de los mismos se haya modificado o alterado tras su comercialización». Sobre la excepción al principio del agotamiento que recoge el artículo 7.2 de la Directiva 89/104, el TJCE en sentencia de Pleno de 11 de julio de 1996, C-436/1993, establece los criterios para interpretar esa excepción y señala: «(...) El titular de la marca puede oponerse a la comercialización ulterior de un producto cuando el importador ha reenvasado el producto y ha puesto de nuevo la marca, sin embargo no podrá impedir la ulterior comercialización cuando se acredite que la utilización de la marca por parte de su titular contribuiría a compartimentalizar artificialmente los mercados entre Estados Miembros, o cuando se demuestre que el reenvasado no puede afectar al estado original del producto o se indique en el nuevo empaque quien ha reenvasado el producto (...)».

Tal y como expusimos al tratar el tema de las importaciones paralelas en los derechos de propiedad intelectual (art. 270.2), el legislador

ha querido sancionar las importaciones paralelas extracomunitarias de origen lícito, resultando aquí de aplicación igualmente lo expuesto entonces en cuanto al agotamiento comunitario del derecho, en este caso de propiedad industrial y a la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo sobre el agotamiento internacional del derecho (STJCE, Pleno de 16 de julio de 1998).

En el marco de la sanción penal contra las conductas vulneradoras de los signos distintivos, el artículo 274, no recoge expresamente las conductas de exportación, por lo que cabe cuestionarse si es que el legislador no ha querido incluir este comportamiento en el ámbito de protección penal.

No existe ninguna razón para considerar que las exportaciones de productos en los que se han incorporado los signos distintivos fraudulentos, han sido excluidas de la protección penal. El artículo 34.3.c) de la LM expresamente indica entre las facultades del *ius prohibendi* del titular de la marca las de «importación o exportación de productos portadores del signo», y debe entenderse que la exportación no autorizada por el titular registral de la marca, lesiona el bien jurídico directamente protegido, que como hemos expuesto es el derecho exclusivo del titular, sin perjuicio de que indirectamente se protejan otros bienes jurídicos. Por otro lado, la falta de tipicidad de la conducta de exportación debe descartarse si tenemos en cuenta que el artículo 274.1 utiliza un sistema abierto de descripción de las conductas al utilizar la expresión «...o de cualquier otro modo utilice...», en la cual pueden incluirse las conductas que constituyen el contenido del derecho del titular del signo distintivo tal y como es delimitado por la LM, y por tanto cabe considerar incluidas las conductas de exportación, al igual que las de almacenaje que se contemplan en el artículo 34.3.b).

Por lo que se refiere a la exportación de productos lícitos pero sin autorización del titular registral cabe sostener lo mismo que en los derechos de propiedad intelectual, en el sentido de que no cabe hacer una interpretación extensiva considerando sancionadas las conductas de exportaciones paralelas.

En el apartado 2 del artículo 274 que no ha sido modificado por la Ley Orgánica 15/2003, se mantiene la sanción de las conductas de mera posesión para comercialización o puesta en el comercio de los productos o servicios con los signos distintivos a los que se refiere el apartado 1. Basta, por tanto, con que el autor realice esa conducta de comercialización o posesión orientada a esa comercialización, aunque no haya intervenido en la reproducción o imitación fraudulenta de los signos. La exigencia en este caso del elemento subjetivo de que el

autor realice las conductas «a sabiendas», excluye la comisión por dolo eventual.

En cuanto al grado de ejecución de las conductas punibles, las mismas se consuman desde que se produce la lesión del bien jurídico protegido, que es el derecho exclusivo de uso del titular, por tanto, el delito se consuma desde que sin la autorización del titular registral, y con fines comerciales o industriales, se reproduce o imita la marca y se incorpora al producto idéntico o semejante, aunque no se haya introducido en el mercado, ni se haya llegado a producir un perjuicio económico al titular del derecho si esa incorporación del signo fraudulento a los productos se realiza con fines comerciales.

En los supuestos en que la utilización fraudulenta de los signos distintivos suponga además un efectivo fraude patrimonial para los consumidores que adquieren los productos existirá un concurso ideal del delito del artículo 274 con el delito de estafa del artículo 248.

Sujeto activo de estos delitos contra los signos distintivos puede ser cualquier persona, incluido el titular de la marca en los casos de transmisión o de cesión de la marca, puesto que la cesión supone la transmisión de la titularidad de la marca (art. 47 LM). En el caso de licencia de la marca (art. 48 L.M), el titular de la marca mantiene esa titularidad, por lo que si utiliza la marca una vez concedida la licencia en exclusiva, y sin reserva expresa del derecho a usarla, incurrirá en un ilícito civil de incumplimiento contractual, pero no en un ilícito penal, pues sigue ostentando la titularidad de la marca.

Sujeto pasivo es la persona física o jurídica que ostenta la titularidad del derecho de exclusiva, es decir el titular de la marca registral o su cesionario. El licenciataria en exclusiva podrá también en caso de infracción de su derecho ejercitar las acciones civiles y penales correspondientes (art. 124 LPMU, aplicable por remisión de la Disposición adicional primera de la LM); conforme a este precepto, a falta de pacto expreso la legitimación activa del licenciataria se subordina a la pasividad del titular durante tres meses tras el requerimiento para que ejercite la acción correspondiente). Deberá darse la falta de consentimiento del sujeto pasivo para que la conducta sea punible.

Por lo que se refiere al elemento subjetivo del tipo la realización de la conducta con fines comerciales o industriales es un elemento subjetivo del injusto, si bien para algún sector de la doctrina es sólo un componente del aspecto objetivo de la conducta punible, sobre la base de considerar que los derechos integrantes de la propiedad industrial son derechos sobre bienes inmateriales cuyo contenido fundamental se centra en la tutela de los mismos en relación a una actividad dirigida a tercero. La necesidad de que el sujeto activo realice la conducta con

conocimiento de que el signo utilizado está registrado conforme a la legislación de marcas, implica la exigencia de un dolo directo cuya existencia deberá valorarse en función de las circunstancias concurrentes, tanto respecto de la marca, como del responsable de la conducta vulneradora del derecho del titular registral (SAP de Cádiz Sección 2.ª de 29 de junio de 2001).

La exigencia que se hace en el apartado 2 del artículo 274 de «actuar a sabiendas» en los supuestos de posesión para comercializar o puesta en el comercio de productos o servicios con los signos distintivos a que se refiere el apartado 1 de ese artículo, implica la incorporación de un elemento subjetivo que excluye la posibilidad de comisión en estos casos de la conducta delictiva con dolo eventual. La inclusión expresa en este apartado de la conducta de comercialización de los productos o servicios con los signos a que se refiere el artículo 274.1, puede considerarse reiterativa y distorsionadora puesto que al configurarse el tipo en este apartado como abierto por el empleo de la expresión «o de cualquier otro modo utilice» cabe lógicamente incluir ya en él las conductas de comercialización por integración de dicha expresión con el artículo 34.3 de la LM que enumera las facultades del *ius prohibendi* del titular, y que contempla expresamente las conductas de comercialización en el apartado *b*) de ese precepto.

IV.4 Las obtenciones vegetales

Tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, se incorporan al artículo 274 los apartados 3 y 4 que sancionan con la misma pena que en los apartados anteriores:

«al que con fines agrarios o comerciales, sin consentimiento del titular de un título de obtención vegetal y con conocimiento de su registro, produzca o reproduzca, acondicione con vistas a la producción o reproducción, ofrezca en venta, venda o comercialice de otra forma, exporte o importe, o posea para cualquiera de los fines mencionados, material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida conforme a la legislación sobre protección de obtenciones vegetales». (art. 274.3).

«al que realice cualesquiera de los actos descritos en el apartado anterior utilizando, bajo la denominación de una variedad vegetal protegida, material vegetal de reproducción o multiplicación que no pertenezca a tal variedad» (art. 274.4).

Las obtenciones vegetales son una modalidad de propiedad industrial, que protegen las creaciones o invenciones en el campo de la bo-

tánica y en particular las variedades vegetales, mediante la concesión a su titular de un derecho exclusivo de explotación económica. Mediante este derecho se trata de tutelar las costosas inversiones necesarias para obtener una nueva variedad vegetal y estimular la investigación en el terreno agrícola. Con ello se facilitará el acceso de los agricultores a las nuevas tecnologías, se incrementará la productividad de las explotaciones y en definitiva, se mejorará la competitividad de los productos y la renta de los agricultores, como señala la Exposición de Motivos de la Ley 3/2000, de 7 de enero de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales.

En la regulación específica anterior representada por la Ley 12/1975, de 12 de marzo, de Protección de Obtenciones Vegetales, se concedía al titular de la obtención, la posibilidad de ejercitar acciones civiles y penales para los supuestos de violación de su derecho de exclusiva (art. 7), incorporando esa Ley una norma penal en el artículo 19, al disponer que «toda violación intencionada del derecho exclusivo que el título de obtención vegetal otorga a su titular será penada de acuerdo con lo establecido en el artículo 534 del Código Penal».

Tras la reforma del Código por la Ley Orgánica 10/1995, que abandona la técnica de norma penal en blanco en la tipificación de los derechos de propiedad industrial, y que no incorpora expresamente como objeto de protección penal las obtenciones vegetales, se considera que las mismas habían quedado excluidas de dicha protección, siendo dudosa la vigencia de la norma penal incluida en el citado artículo 19 de la Ley 12/1975.

La omisión ha sido subsanada por la Ley Orgánica 15/2003, en los nuevos apartados 3 y 4 del artículo 274, que sancionan expresamente la vulneración de los derechos sobre obtenciones vegetales. Como ocurre con los demás derechos de propiedad industrial, nos encontramos con la presencia de elementos normativos que deben ser integrados con la legislación específica reguladora de las obtenciones vegetales.

A nivel nacional esta regulación está constituida por la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de obtenciones vegetales (en adelante LPOV), que a su vez supone la adaptación de la legislación española al Derecho Internacional unificado en la materia, constituido por el Acta de 19 de marzo de 1991 del Convenio Internacional para la protección de obtenciones vegetales, en vigor desde el 24 de abril de 1998, y al Derecho comunitario, representado por el Reglamento CE 2100/1994 del Consejo, de 27 de julio, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, y la Directiva 98/44 CE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de invenciones biotecnológicas.

El derecho de propiedad industrial recae, en este caso, en invenciones consistentes en la obtención de una nueva variedad vegetal. El concepto de variedad vegetal se contiene en el artículo 2 de la Ley 3/2000, siendo de aplicación a todos los géneros y especies vegetales incluidos los híbridos de géneros o de especies (art. 4 de la LPOV). Los requisitos de registro son la novedad, la distinción, la homogeneidad y la estabilidad (art. 5 y ss de la LPOV). Los derechos que concede el título de obtención vegetal son, fundamentalmente, derechos a realizar en exclusiva determinadas actuaciones (art. 12.2 de la LPOV).

Como ocurre con los demás derechos de propiedad industrial su protección penal exige que el título de obtención vegetal se encuentre previamente registrado, lo que se efectuará en el Registro Oficial de Variedades Protegidas (art. 44 de la LPOV).

Por lo que se refiere a la conducta típica debe distinguirse las descritas en apartado 3. del artículo 274 y la descrita en el apartado 4 del mismo.

Las modalidades de acción típica descritas en el artículo 274.3 «producir o reproducir, acondicionar con vistas a la producción o reproducción, ofrecer en venta, vender o comercializar de otra forma, exportar o importar, o poseer para cualquiera de los anteriores fines» se corresponden con las facultades exclusivas otorgadas al obtentor o beneficiario del título de obtención vegetal en el artículo 12 de la LPOV; existe por tanto, también en relación con este derecho de propiedad industrial un solapamiento entre la regulación penal y civil, si bien en este caso, el Código Penal limita en el artículo 274.3 significativamente el objeto sobre el que esas conductas típicas pueden recaer: «material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal», cuya tutela se corresponde con la dispensada por el artículo 12 de la LPOV. Por el contrario, no se extiende la protección, ni al material cosechado o producto de la cosecha, obtenido por la utilización no autorizada de material de reproducción o de multiplicación de la variedad protegida, ni a los productos fabricados directamente a partir de un producto de cosecha de la variedad protegida por la utilización no autorizada de dicho producto de cosecha, supuestos expresamente regulados en el artículo 13 de la LPOV.

Como elemento subjetivo se exige de igual manera que en los demás derechos de propiedad industrial que la conducta se realice «con fines agrarios o comerciales», lo cual en cierto modo se presenta como superfluo dado que al igual que en el resto de modalidades delictivas de propiedad industrial, la propia regulación específica de carácter civil establece que la protección del derecho del obtentor no se extende-

rá a los actos realizados en un marco privado con fines no comerciales (art. 15.a) LPOV).

La doctrina entiende que siendo las obtenciones vegetales modalidades de propiedad industrial que protegen específicamente las creaciones en el campo de la botánica y en particular las variedades vegetales, su naturaleza es más acorde con las creaciones objeto de protección en el artículo 273 del Código Penal donde debía haberse incardinado. No obstante, en el apartado 4 del artículo 274 se tutela la función distintiva de la obtención vegetal, puesto que se sanciona la realización de los actos de explotación enumerados en el apartado 3 reservados al titular de la obtención vegetal, utilizando bajo la denominación de una variedad vegetal protegida, material vegetal que no pertenezca a tal variedad. Por tanto, cabe considerar que la conducta de este apartado guarda mayor semejanza funcional con los signos distintivos que se protegen en el artículo 274.

IV.5 Las denominaciones de origen e indicaciones geográficas

El Código Penal tras la Ley Orgánica 10/1995, tipifica en el artículo 275 la vulneración de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas, sancionando con la misma pena que la establecida en el artículo 274:

«al que intencionadamente y sin estar autorizado para ello, utilice en el tráfico económico una denominación de origen o una indicación geográfica representativa de una calidad determinada legalmente protegidas para distinguir los productos amparados por ellas, con conocimiento de esta protección».

Esta modalidad de signos distintivos garantiza no el origen empresarial de los mismos sino una determinada calidad, no son auténticas marcas, pues no conceden derechos subjetivos de exclusión ejercitables, *erga omnes*, sino que todos los productores que reúnan los requisitos exigidos en la respectiva reglamentación tienen derecho a que les sea concedida su utilización.

En la determinación del objeto material de protección, se hace necesario acudir a la regulación específica sobre las denominaciones de origen e indicaciones geográficas tratando de delimitar cada una de estas categorías.

La normativa vigente está representada por la Ley 24/2003, de 14 de julio, de la Viña y el Vino, que derogó la anterior Ley 25/1970, de 2 de diciembre, que aprobó el Estatuto del vino, la viña y los alcoholes, la cual define en los artículos 21 y 22 las denominaciones de origen e

indicaciones geográficas respecto del vino. Deben tenerse en cuenta además el Real Decreto 1573/1985, de 1 de agosto, que acomete la definición y ordenación de las denominaciones genéricas y específicas de productos alimentarios y el Real Decreto 728/1988, de 8 de julio, que establece las normas a las que deben ajustarse las denominaciones de origen, específicas o genéricas de productos agroalimentarios no vinícolas.

A la hora de delimitar las dos categorías utilizadas por el tipo penal en el artículo 275 «denominaciones de origen e indicaciones geográficas», se deberá tener en cuenta que ambas se corresponden con la asunción por el legislador penal de la terminología incorporada por el Reglamento CEE 2081/1992, del Consejo, de 14 de julio, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen de los productos agrícolas que fue incorporado al ordenamiento interno por Orden del Ministerio de Agricultura de 25 enero de 1994. Dicho Reglamento crea dos niveles de protección: las denominaciones de origen, en las que la cualidad o característica del producto depende en exclusiva del medio geográfico, y las indicaciones geográficas en las que concurrirían además otros factores. Deben, por tanto, considerarse actualmente excluidas de protección penal las denominaciones genéricas a las que se refiere el artículo 2 del Real Decreto 1573/1985 que dispone que «se entiende por denominación genérica la calificación aplicable a los productos que tienen caracteres comunes o especiales debido a su naturaleza, a los sistemas de producción empleados o a los procedimientos de transformación, elaboración y fabricación».

La conducta típica consiste utilizar en el tráfico económico sin estar autorizado una denominación de origen o una indicación geográfica representativa de una calidad determinada, debiendo considerar que al igual que en las marcas deberá tenerse en cuenta a efectos de la relevancia penal de la conducta, la aptitud objetiva de la usurpación de la denominación de origen o indicación geográfica en la comercialización de los productos para provocar confusión en las ofertas de productos y mercancías, puesto que como señala el propio artículo 275, las denominaciones de origen e indicaciones geográficas están legalmente protegidas para distinguir los productos amparados por ellas.

En cuanto al elemento subjetivo se requiere que el infractor actúe con conocimiento de la protección legal de la denominación de origen o indicación geográfica usurpada y además intencionadamente, lo que excluye la comisión con dolo eventual.

IV.6 Los subtipos agravados

En el artículo 276 del Código Penal, tras la Ley Orgánica 15/2003, se contemplan los subtipos agravados de los delitos contra los derechos de propiedad industrial, de manera idéntica a los subtipos agravados de los delitos contra los derechos de la propiedad intelectual que se establecen en el artículo 271. Es por ello, que podemos dar también aquí por aplicable lo indicado al tratar los supuestos de agravación del artículo 271, en especial con referencia a los nuevos subtipos que introduce la Ley Orgánica 15/2003 en los apartados *c)* y *d)* relativos respectivamente a la pertenencia del culpable a una organización u asociación incluso de carácter transitorio, que tenga como finalidad la realización de las actividades infractoras y la utilización de menores de 18 años para la comisión del delito, y a la supresión de la previsión que se hacía en la anterior redacción de los artículos 271 y 276 de que el Juez pudiera decretar el cierre temporal o definitivo del establecimiento del condenado.

V. LAS DISPOSICIONES COMUNES

Las disposiciones comunes a los delitos de las tres Secciones del capítulo XI, y por tanto a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, se contienen en la Sección cuarta de ese Capítulo y concretamente en los artículos 287 y 288.

En la Introducción y al examinar las principales reformas que introduce la Ley Orgánica 15/2003, en relación con los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, ya expusimos el fundamental cambio que hace la Ley en cuanto a la perseguibilidad de estos delitos, que pasan a ser delitos perseguibles de oficio, pues se suprime para ellos en la nueva redacción del artículo 287, la necesidad del requisito de denuncia previa del agraviado.

Las otras disposiciones de carácter común se contienen en el artículo 288 que prevé por un lado, la publicación de las sentencias que declaren la comisión de estos delitos, en los periódicos oficiales, y la posibilidad de publicación, a solicitud del perjudicado, en cualquier otro medio informativo, y de otro lado, se contempla la posibilidad de acordar las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal, el cual establece:

«El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer motivadamente las siguientes consecuencias:

a) *Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos con carácter definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.*

b) *Disolución de la sociedad, asociación o fundación.*

c) *Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años .*

d) *Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.*

e) *La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años».*

Dada la creciente manifestación de la comisión de este tipo de delitos a través de empresas o establecimientos comerciales, y por organizaciones o asociaciones delictivas, cobra especial importancia en la eficacia de la lucha contra estos delitos, la previsión expresa de aplicar en los mismos las consecuencias accesorias que contempla el artículo 129 del Código Penal. Es por ello, que los señores y señoras Fiscales deberán solicitar en sus escritos de acusación, la adopción de dichas consecuencias cuando resulten adecuadas, en función de las circunstancias concurrentes en la comisión del delito, cumpliendo así además el trámite de audiencia previa que para la adopción de tales medidas se establece en el artículo 129 en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003. Deberá igualmente tenerse en cuenta que conforme al artículo 129.2, las medidas previstas en el artículo 129 apartados a) y c), relativas a la clausura temporal de empresas o locales y suspensión temporal de las actividades de una empresa, sociedad o asociación, pueden ser también adoptadas durante la tramitación de la causa con el carácter de medidas cautelares.

VI. FORTALECIMIENTO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL. RESPONSABILIDADES CIVILES

Existe una creciente y progresiva preocupación por la protección legal de los derechos de propiedad intelectual e industrial tanto a nivel nacional, como comunitario e internacional, y tanto en el marco de la legislación específica de carácter civil, como en el marco de

la legislación penal, dada la alarmante vulneración de los mismos favorecida por las nuevas tecnologías que facilitan su usurpación, y el haberse convertido esa vulneración en una de las actividades desarrolladas por las organizaciones delictivas, por la importancia de los beneficios obtenidos y la escasa gravedad de las consecuencias sancionadoras vinculadas a las infracciones de esos derechos. De otra parte, es evidente que la vulneración de aquellos tiene una importante repercusión en el desarrollo cultural, económico y social de las distintos países.

Dentro de esa preocupación por fortalecer la protección de los derechos a nivel de la legislación nacional, se encuadran desde el punto de vista de *lege data*, las modificaciones introducidas en cuanto a la protección penal por la Ley Orgánica 15/2003, y de *lege ferenda*, cabe hacer una referencia a la existencia de dos Proyectos de Ley, actualmente en tramitación en el Congreso, uno es el Proyecto de Ley por el que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial (121/000057) publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* el 28 de octubre de 2005 y otro el Proyecto de Ley por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (121/000044), publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* el 26 de agosto de 2005.

Por lo que respecta al Proyecto de Ley por el que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial, el mismo completa la transposición de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. Las medidas, procedimientos, y recursos establecidos para garantizar la tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial, se incorporan por el citado Proyecto de Ley al ámbito de la legislación específica de carácter civil y al del procedimiento de la misma naturaleza, sin embargo, tales medidas y acciones pueden tener aplicación en el ámbito del procedimiento penal a los efectos de la responsabilidad civil derivada de los delitos, dada la remisión expresa que en este punto establece el artículo 272 del Código Penal.

Conforme al artículo 272: «la extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los dos artículos anteriores se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios».

Por tanto, habrá que acudir a lo establecido en los artículos 139 y 140 de la LPI vigente para determinar la extensión de la responsabilidad civil derivada del delito, en cuanto al alcance del cese de la activi-

dad ilícita y la fijación de la indemnización de daños materiales y morales.

En todo caso, deberá tenerse en cuenta que las medidas que contempla el artículo 139.1.a) y b) de la LPI vigente, para hacer efectivo el cese de la actividad ilícita, relativas a la suspensión de la explotación infractora o la prohibición de reanudar dicha explotación, pueden superponerse con las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del Código Penal, que resulta de aplicación por disposición expresa del artículo 288. No obstante, las medidas del artículo 129.1.c) y d) del Código Penal tienen un carácter más amplio, pues en esta disposición se contempla que la suspensión o prohibición de realizar las actividades sea, respectivamente, no sólo de las estrictamente vulneradoras de los derechos de los titulares, sino de las actividades, operaciones, o negocios a los que en general se dedique la empresa o sociedad en cuyo seno se haya cometido el delito, o de la actividad, operaciones comerciales o negocios de la misma clase de aquellos que hayan servido para realizar, favorecer o encubrir la actividad infractora.

Existe también una correspondencia de algunas de las medidas del artículo 139 de la LPI (art. 139.1.c), d), e), con la consecuencia accesoria del comiso del artículo 127, siendo éste de aplicación a todo tipo de delitos, y por tanto, también a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Las medidas del artículo 139 de la LPI relativas a los efectos e instrumentos de los delitos contra la propiedad intelectual, serán de aplicación en cuanto no se opongan a la regulación que del comiso se establece en el artículo 127 Código Penal, cuya regulación sin duda resulta de mayor amplitud. En todo caso los señores y señoras Fiscales deberán tener presente lo establecido en la Circular 1/2005 en lo que concierne al comiso, que deberá ser solicitado en relación con los efectos, instrumentos y ganancias de estos delitos, particularmente cuando la actividad delictiva resulte imputable a los integrantes de una organización.

Por lo que se refiere al cese de la actividad ilícita, tanto en el Proyecto de Ley de ampliación de los medios de tutela, como en el Proyecto de modificación del Texto Refundido de la LPI, se contempla la incorporación al artículo 139 en vigor de una serie de modificaciones y novedades relativas a la vulneración de las medidas tecnológicas de protección de las obras, e incorporan como novedad la posibilidad de adoptar medidas de suspensión de los servicios prestados por los proveedores de servicios de la sociedad de la información, cuando realicen actividades de intermediación (arts. 13 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico), aunque no sea ellos imputable la conducta infrac-

tora. A estas nuevas medidas respecto de los proveedores de servicios, ya nos hemos referido anteriormente en el apartado III.2 c) relativo a las incriminación de las conductas que lesionan los derechos de propiedad intelectual a través de los medios tecnológicos de la sociedad de la información.

Por lo que respecta a los criterios a tener en cuenta para fijar la indemnización por daños y perjuicios se debe estar a los criterios establecidos en el artículo 140 de la LPI vigente.

«El perjudicado podrá optar como indemnización entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente de no mediar la utilización ilícita o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación.

En caso de daño moral procederá su indemnización, aún no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

La acción para reclamar los daños y perjuicios a que se refiere este artículo prescribirá a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercerla».

En el Proyecto de Ley por el que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial se incorporan al artículo 140 de la LPI dos módulos de cálculo de la indemnización por daños y perjuicios. El primero de los módulos comprende, de forma cumulativa las consecuencias económicas negativas que haya sufrido la parte perjudicada (pérdidas sufridas y ganancias dejadas de obtener) y también el daño moral. El segundo de los módulos contempla que la indemnización pueda consistir alternativamente en una cantidad a tanto alzado, basada en la remuneración que habría percibido el perjudicado si el infractor le hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual.

En el Proyecto se incorpora también como novedad en el artículo 140 la posibilidad de poder incluir en la cuantía indemnizatoria los gastos de investigación en los que haya incurrido el titular para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

Por lo que se refiere a las medidas cautelares que pueden ser instadas por los titulares de derechos de propiedad intelectual, las mismas se establecen en el artículo 141 LPI. Dichas medidas específicas, sin perjuicio de las que puede adoptar el Juez de Instrucción en el procedimiento por delito conforme a lo previsto en la LECrim, deberán ser

también tenidas en cuenta, puesto que el artículo 143 de la LPI dispone: «En las causas criminales que se sigan por infracción de los derechos reconocidos en esta Ley, podrán adoptarse las medidas cautelares procedentes en procesos civiles, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estas medidas no impedirán la adopción de cualesquiera otras establecidas en la legislación procesal penal».

La adopción de tales medidas debe entenderse podrá ser acordada de oficio por el Juez de Instrucción, o a petición del Ministerio Fiscal, sin que resulte presupuesto necesario la previa petición del titular del derecho infringido, dado que tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, nos encontramos ante delitos perseguibles de oficio. Es por ello, que los señores y señoras Fiscales instarán durante la instrucción de la causa y tan pronto resulte de la misma los datos y presupuestos necesarios, la adopción de aquellas medidas específicas de carácter cautelar que sean eficaces para evitar la permanencia de la actividad delictiva que lesiona los derechos de propiedad intelectual, y que igualmente sirvan para garantizar las responsabilidades que puedan ser establecidas en la sentencia.

Por lo que se refiere a los derechos de propiedad industrial, si bien el Código Penal no establece una remisión expresa a la legislación específica reguladora de los mismos para determinar el alcance y extensión de la responsabilidad civil, debe entenderse que esa normativa específica podrá ser valorada por el Juez o Tribunal penal en la sentencia al fijar la responsabilidad civil por los delitos contra la propiedad industrial cometidos, en cuanto esas normas no se opongan a lo previsto en los artículos 109 a 115 del Código Penal así como a lo establecido en los artículos 127 y 129 del mismo Código. En este sentido el artículo 109 dispone: «La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios causados».

Igualmente podrán ser de consideración y aplicación como medidas cautelares en el ámbito del procedimiento penal por delitos contra la propiedad industrial las previstas con tal carácter en la legislación específica en cuanto puedan ser de eficacia para impedir la continuación de la actividad delictiva, o para asegurar la eficacia del comiso que deberá acordarse en la sentencia dentro de los términos del artículo 127 Código Penal. No será posible sin embargo, la adopción de medidas cautelares de carácter extraprocesal o previas a la incoación del procedimiento penal, que sí se contemplan en el ámbito de protección de los derechos en vía civil como diligencias preliminares (arts. 256, 263 y 297 LEC).

Por tanto, a los efectos de determinación de la extensión de la responsabilidad civil de los delitos contra la propiedad industrial o de

adopción de medidas cautelares, podrá tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 63, 66 y 134 de la Ley 11/1986 de Patentes, o en los artículos 41 y 43 de la Ley 17/2001 de Marcas. El Proyecto de Ley por el que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial, modifica también estos preceptos en la misma línea que hace con los correspondientes de la LPI, incorporando los módulos para fijar la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios y estableciendo la posibilidad de acordar medidas contra los intermediarios a cuyos servicios acuda un tercero para realizar la infracción, remitiéndonos a lo señalado al tratar de estas modificaciones respecto de los derechos de propiedad intelectual.

VII. CONCLUSIONES

El propósito de este apartado es hacer una exposición sumaria de las líneas fundamentales de la Circular, haciendo especial hincapié en aquellas cuestiones que se consideran de especial relevancia para la interpretación y actuación de los miembros Ministerio Fiscal en relación con los tipos penales relativos a los derechos de propiedad intelectual e industrial. En todo caso, se trata de una visión global y de conjunto del contenido de la Circular que no puede excluir la necesidad de acudir a los respectivos apartados que desarrollan cada punto.

Con carácter previo debemos señalar que el objeto de la presente Circular está centrado fundamentalmente en el estudio de los tipos penales relativos a los derechos de propiedad intelectual e industrial, a raíz de la reforma producida en los mismos por la Ley Orgánica 15/2003, teniendo en cuenta también las modificaciones anteriores introducidas por la Ley Orgánica 10/1995 en ambos tipos delictivos.

En el presente documento se ha querido dedicar especial atención a las nuevas modalidades de vulneración de estos derechos vinculadas a la utilización de las nuevas tecnologías de la sociedad de la información, que han incidido en la aparición de diferentes y más intensas formas de lesión de los derechos.

El estudio de estos delitos se aborda con una referencia obligada a la legislación específica de carácter civil-mercantil con la que deben integrarse los elementos normativos con los que están configurados. Igualmente se estudia la legislación comunitaria en la materia, la cual se ha incorporando progresivamente a la legislación nacional de carácter específico.

1. Las notas comunes de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003

El legislador ha abordado el reforzamiento de la protección penal de estos derechos a través de diferentes medidas de orden sustantivo y procesal:

- Elevación de las penas señaladas a los delitos, fundamentalmente en lo que se refiere a las pena de multa, que además en los delitos contra la propiedad intelectual se hace conjunta con la de prisión; se observa una equiparación del régimen de penas en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

- Se transforma el régimen de perseguibilidad de los delitos, que se convierten en delitos perseguibles de oficio. La nueva naturaleza de delitos públicos, exige por parte de los señores y señoras Fiscales una posición activa y vigilante en relación con la aportación al procedimiento de las pruebas que deben servir para la acreditación de las conductas delictivas y en particular con las de carácter pericial.

- Se incorporan estos delitos al artículo 282 bis.d) de la LECrim como delitos en los que será posible la utilización de la figura del agente encubierto cuando estén cometidos por delincuencia organizada.

- Se incluyen los delitos contra la propiedad intelectual e industrial flagrantes en el catálogo de delitos de juicios rápidos que establece la regla 2.^a del apartado 1 del artículo 795 de la LECrim.

- Se reconoce la legitimidad propia de las entidades gestoras para intervenir en los procedimientos penales (art. 771 de la LECrim).

- Se incorpora expresamente en el artículo 338 de la LECrim la previsión de destrucción de los efectos intervenidos en relación con la comisión de estos delitos, una vez que se han practicado las periciales necesarias y que se han recogido todos los datos de constancia que deban ser acreditados en el juicio.

2. Delitos contra la propiedad intelectual

La Circular 2/1989 de la Fiscalía General del Estado había abordado el estudio de los delitos contra la propiedad intelectual a raíz de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, que fue dictada en paralelismo con la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual, e introdujo el artículo 534 bis.a) que supuso el abandono de la técnica de norma penal en blanco. No obstante, el tipo se configuró con la presencia de gran cantidad de elementos normativos,

por lo que resulta necesario integrar las conductas típicas, los sujetos pasivos cuyos derechos son lesionados y el requisito de la falta de consentimiento de los titulares con la legislación de naturaleza civil-mercantil, que regula específicamente la materia y que está constituida en la actualidad por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

2.1 NOVEDADES DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995

La Ley Orgánica 10/1995, si bien mantiene en el artículo 270 de Código Penal una redacción similar a la que la Ley Orgánica 6/1987 estableció en el artículo 534 bis. a), introdujo como principal novedad del tipo básico, la incorporación de la exigencia del elemento subjetivo de «obrar con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero».

La otra novedad que incorporó la Ley Orgánica 10/1995, fue la de sancionar en el artículo 270.3 «la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de los dispositivos de protección de los programas de ordenador», sanción que se produce como consecuencia de la transposición de la Directiva 91/250 CEE, de 14 de mayo, sobre protección de los programas de ordenador, en los artículos 95 a 104 de la LPI.

2.2 NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGÁNICA 15/2003 EN EL TIPO BÁSICO DE DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

2.2.a) *Conductas de exportación, almacenaje e importación*

En la tipificación de estas conductas realizada en el artículo 270.2, el legislador ha hecho una diferenciación entre las conductas de exportación y almacenaje de un lado y las de importación de otro, debida a la incorporación expresa en ese precepto de la incriminación de las denominadas «importaciones paralelas».

La importación de las obras protegidas es una de las facultades integradas en los derechos de explotación del titular de los derechos de propiedad intelectual, y en particular, se encuentra implícita en la facultad exclusiva de distribución que corresponde al mismo. El derecho de distribución se define en el artículo 19 del Texto Refundido de la LPI, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996 como «la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante venta, alquiler o préstamo o de cualquier otra forma».

El derecho exclusivo de distribución de los titulares se agota en el ámbito comunitario con la primera venta efectuada por el titular o con su consentimiento. El agotamiento comunitario del derecho de distribución se establece en las Directivas 92/100/CEE, de 19 de noviembre, relativa a los derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual y en la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y de los derechos afines en la sociedad de la información. En aplicación de esta normativa comunitaria el Texto Refundido de la LPI, incorpora el agotamiento comunitario del derecho de distribución en el artículo 19.2, respecto de los titulares de derechos de autor y en los artículos 109.2, 117.2, 123.2 y 126.1 e), respecto de los titulares de derechos afines o conexos.

El legislador de la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, ha querido zanjar los problemas de interpretación que la anterior redacción del artículo 270.2 dejaba abiertos, y ha tipificado expresamente en dicho artículo, las importaciones de los objetos, tanto lícitos como ilícitos, realizadas en el ámbito internacional extracomunitario, sin consentimiento del titular del derecho de distribución, dado que no existe el agotamiento internacional del derecho.

En definitiva los señores y señoras Fiscales deberán tener en cuenta que el artículo 270.2, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, sanciona penalmente las conductas de importación paralela de objetos lícitos realizadas sin autorización del titular del derecho de distribución. Quedan exceptuadas de la punición la importaciones realizadas desde un país comunitario en el que dichos objetos (obras protegidas), han sido previamente comercializados por el titular del derecho o con su consentimiento, como consecuencia del agotamiento del derecho de distribución a nivel comunitario.

El legislador tan solo ha sancionado expresamente las conductas de importación paralela de objetos lícitos, por lo que no deben entenderse penalmente sancionadas las exportaciones extracomunitarias de objetos lícitos realizadas sin la autorización del titular del derecho de distribución en España, dado que no es admisible una interpretación extensiva de la conductas penalmente castigadas.

En la valoración de las conductas de importación paralela de objetos lícitos deberá tenerse presente que el tipo del artículo 270.2 exige el elemento subjetivo de actuar «intencionadamente», por lo que será necesario que concurra dolo directo.

2.2.b) *Conductas que vulneran los dispositivos técnicos de protección de las obras*

Estas conductas están tipificadas en el artículo 270.3 del Código Penal, y tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, se ha ampliado el tipo, tanto desde el punto de vista de las conductas sancionadas, por haber añadido la importación a las conductas de fabricación, puesta en circulación o tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión o neutralización de los dispositivos técnicos de protección, como desde el punto de vista del objeto, pues se extiende además de a los programas de ordenador, a cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones, que son objeto de protección en los términos del apartado 1 del artículo 270.

En el artículo 270.3 se contempla un supuesto de sanción de actos preparatorios de las acciones constitutivas de efectiva lesión de los derechos de propiedad intelectual, fundamentalmente, de las relativas a la reproducción y distribución no autorizada de las obras de propiedad intelectual. Es por ello, que los Sres. y Sras. Fiscales deberán tener en cuenta que la aplicación del artículo 270.3 sólo puede plantearse en relación con quienes no sean además autores materiales de las conductas de lesión de derechos que se tipifican en el apartado 1 del artículo 270, encontrándose estas últimas en relación de progresividad delictiva respecto de los actos preparatorios previstos en el apartado 3 del artículo 270; nos encontramos ante un supuesto de concurso de normas del artículo 8.3, con preferencia del artículo 270.1 como *lex consumens*.

La sanción de las conductas de supresión o neutralización de los dispositivos técnicos de protección de las obras, puede suscitar problemas de compatibilidad con el derecho a la copia privada para uso privado, que como límite del derecho de reproducción de los titulares se contempla en el artículo 31.2 del Texto Refundido de la LPI, el cual a su vez genera una remuneración compensatoria o canon a su favor. Por los señores y señoras Fiscales, se tendrá en cuenta, que la necesaria compatibilización del derecho de los titulares a la protección de sus obras mediante mecanismos tecnológicos, con el límite que comporta la copia privada, requerirá que en la valoración de las conductas previstas en el artículo 270.3 se examine, si de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, puede deducirse que la posesión de dispositivos o mecanismos aptos para la supresión o neutralización de las medidas tecnológicas incorporadas por los titulares para la protección de las obras, tiene una finalidad o utilización distinta a la de realización del derecho de copia privada.

2.2.c) *Conductas que lesionan los derechos de propiedad intelectual a través de los medios tecnológicos de la sociedad de la información*

La nueva realidad tecnológica de la sociedad de la información, requiere hacer una valoración jurídico-penal de determinadas conductas muy generalizadas en la sociedad actual, que han supuesto nuevas formas de lesión de los derechos de propiedad intelectual. Algunas de estas nuevas formas de vulneración de los derechos están representadas por la utilización de medios telemáticos y en concreto por Internet. Nos referimos a las prácticas generalizadas de «bajar de la Red» obras musicales o audiovisuales o los supuestos en que se comparten los ficheros dispersos en los ordenadores de múltiples usuarios interconectados (sistema *P2P* o *Peer to Peer*).

En todo este marco de nuevas tecnologías de la sociedad de la información, debe partirse de la necesidad de coordinar la protección de los derechos de los titulares frente a las conductas vulneradoras, con los derechos de los usuarios de los servicios de la sociedad de la información, sin que resulte posible, ni efectiva, una criminalización generalizada de la sociedad.

La colocación de obras protegidas en Internet así como la utilización de sistemas de intercambio de archivos para la obtención de dichas obras, está incardinada en el concepto amplio del derecho exclusivo de comunicación pública que se define en el vigente artículo 20 del Texto Refundido de la LPI. En el Proyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la LPI, expresamente se incorpora en el artículo 20.2 apartado.i), como modalidad específica del derecho de comunicación «la puesta a disposición del público de obras por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija».

Quienes colocan en un sitio de Internet una obra protegida sin la autorización de su titular o los usuarios de un sistema *Peer to Peer* de intercambio de archivos, realizan una conducta de comunicación pública no autorizada, e infringen el derecho exclusivo del titular; dicha infracción es susceptible de ser denunciada y reparada mediante el ejercicio de las correspondientes acciones de carácter civil, pero en principio, y salvo que por las circunstancias concurrentes se acredite lo contrario, no concurre en los mismos el elemento subjetivo del ánimo de lucro que exige el tipo penal. El elemento del ánimo de lucro debe ser interpretado, no en el sentido amplio de obtención de cualquier tipo de ventaja, utilidad o beneficio, sino en el sentido estricto de «lucro comercial».

En cuanto a la conducta del que se limita a bajarse de la Red una obra para su disfrute personal, no realiza un acto de comunicación, sino una copia privada, sin que concurra tampoco el elemento subjetivo de ánimo de lucro en el sentido estricto de lucro comercial.

El principio de intervención mínima que rige en derecho penal debe ser tenido en cuenta para criminalizar tan solo las conductas que lesionan más gravemente los bienes jurídicos. Es por ello, que en los supuestos en los que en la infracción del derecho exclusivo del titular del derecho de propiedad intelectual, sólo concurre un ánimo de obtener una ventaja de carácter individual o personal, pero no un lucro comercial, la respuesta a la vulneración del derecho debe hacerse desde el ámbito de protección civil.

La interpretación del elemento subjetivo del ánimo de lucro, como lucro comercial viene avalada por dos argumentos: por un lado, el que en el ámbito del derecho comunitario el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual e industrial es homogéneo, debiendo tener presente que en el Código Penal, los tipos delictivos de los derechos de propiedad industrial exigen un ánimo de lucro comercial o industrial, por otro lado, en la Propuesta de Directiva y de Decisión Marco del Parlamento y del Consejo, presentada por la Comisión el 12 de julio de 2005, sobre medidas penales para asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, se contempla en su artículo 3 la obligación de los Estados Miembros de considerar delito «todas las infracciones intencionales de los derechos de propiedad intelectual *a escala comercial*».

2.3 NOVEDADES DE LA LEY ORGÁNICA 15/2003 EN LOS TIPOS AGRAVADOS

Debe tenerse en cuenta como novedades de los tipos agravados del artículo 271:

- El que se concreta el concepto de especial gravedad en función del valor de los objetos o de la especial importancia de los perjuicios.
- La incorporación como supuesto de especial gravedad el de que el culpable pertenezca a una organización o asociación. La previsión de esta agravación tiene una correspondencia desde el punto de vista procesal con la incorporación en el artículo 282 bis de la LECrim de la utilización de la técnica de investigación del agente encubierto en este tipo de delitos.
- La incorporación como supuesto de agravación de la utilización de menores de dieciocho meses en la comisión de los delitos, agravación justificada por la búsqueda de la facilidad e impunidad en la comisión del delito.

– Se ha suprimido la referencia a la posibilidad de que el Juez o Tribunal decretase el cierre temporal del establecimiento o industria pues parecía contradictorio con la remisión que en el artículo 288 se hace a la aplicación con carácter general de las consecuencias accesorias del artículo 129.

3. Delitos contra la propiedad industrial

En relación con estos delitos la presente Circular ha querido abordar un estudio de los diferentes tipos delictivos sobre propiedad industrial, teniendo en cuenta que tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 10/1995, dejaron de estar configurados como normas penales en blanco, pasando el legislador a hacer una exhaustiva regulación de las conductas penalmente sancionadas, en paralelismo con la regulación de los derechos de propiedad industrial en las diferentes leyes específicas de carácter civil-mercantil.

En esta materia al igual que en propiedad intelectual, ha habido una profunda transformación legislativa en los últimos años así como un importante proceso de adaptación e incorporación de la legislación comunitaria.

3.1 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La determinación del bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad industrial cobra especial relevancia a la hora de determinar las conductas penalmente relevantes, además de ser una cuestión respecto de la que la doctrina y la jurisprudencia no ha mantenido una posición pacífica y uniforme.

El debate sobre este tema se centra en la consideración acerca de si el bien jurídico protegido por estos delitos es de naturaleza exclusivamente patrimonial e individual, o bien de naturaleza supraindividual, centrado en el interés del Estado en garantizar el orden socioeconómico, protegiendo el sistema de libre concurrencia y el interés colectivo de los consumidores.

Para el sector mayoritario de la doctrina, el bien jurídico protegido es el derecho exclusivo de uso o explotación que corresponde a los titulares del derecho de propiedad industrial, sin perjuicio, de que ello de manera mediata contribuya a fortalecer las normas de libre competencia y acreciente la defensa de los intereses específicos de consumidores y usuarios. Conforme a este criterio, lo penalmente relevante es el ataque a la exclusividad de la que goza el titular registral del derecho o su cesionario.

Desde el punto de vista del derecho positivo debemos tener en cuenta que el legislador en el tipo penal del artículo 274, relativo a los signos distintivos, incorpora expresamente el requisito de confundibilidad, sin duda, porque la función esencial y característica de los signos distintivos es identificar el origen o procedencia empresarial del producto o servicio al que está incorporado el signo distintivo. La incorporación al tipo penal del requisito de confundibilidad se corresponde con la descripción que en el artículo 34.2 la Ley de Marcas 17/2001, de 7 de diciembre, se hace del contenido del derecho, descripción que además se corresponde con la normativa comunitaria, en concreto con el artículo 5.1 de la Directiva del Consejo 89/104, de 21 de diciembre de 1988 de armonización de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas.

La valoración del alcance del «juicio de confundibilidad» o riesgo de confusión, debe hacerse teniendo en cuenta la regulación comunitaria, en concreto, la Directiva 89/104 y el Reglamento del Consejo 40/1994, de 20 de diciembre de 1993, sobre marca comunitaria, y la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE).

En todo caso, deberá tenerse en cuenta que conforme a la legislación comunitaria y la doctrina del TJCE, a cuyo tenor debe interpretarse la legislación interna, en los casos de marcas renombradas, o cuando no siendo marcas renombradas se trata de signos idénticos para productos idénticos a aquellos para los que está registrado el signo, la protección del derecho exclusivo es absoluta y no requiere de apreciación del juicio de confundibilidad, el cual vendrá en aplicación, en los supuestos de marcas no renombradas y tratándose de supuestos de signos similares y respecto de productos o servicios similares. En estos casos, el juicio de confundibilidad debe efectuarse desde un plano objetivo de comparación de la semejanza o diferencia entre los signos y productos, en orden a valorar la posibilidad de identificación del origen empresarial y de la garantía de calidad de los productos; sólo partiendo del planteamiento de la aptitud objetiva de los signos usurpados para producir confusión, puede tener alguna relevancia la valoración adicional de otros factores secundarios relativos a las circunstancias concretas en las que se ofrecen los productos (lugar de venta, precio, etc.).

En definitiva, los Sres. y Sras. Fiscales deberán tener en cuenta en orden a la determinación del bien jurídico protegido en los delitos contra los derechos de propiedad industrial, que el bien jurídico directamente protegido es el derecho de exclusividad del titular registral, siendo la lesión de este derecho la que determina la relevancia penal de la conduc-

ta. El legislador no ha incorporado al tipo penal el requisito del error del consumidor, ni ha incluido estos delitos en la sección dedicada a los delitos contra el mercado y los consumidores; la protección del interés del consumidor es tan solo un fin mediato en estos tipos delictivos.

3.2 LAS MODALIDADES DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

Dentro de la Sección segunda del capítulo XI del título XIII del Código Penal, dedicada a los delitos contra la propiedad industrial, se incluyen varias modalidades de derechos que se consideran merecedores de protección penal. En este apartado de Conclusiones no se trata de volver a examinar en concreto e individualizadamente cada modalidad o tipo delictivo, sino de dar una visión en conjunto de las principales líneas de la regulación de estos delitos.

En primer lugar destacar que dentro de los tipos delictivos de la citada Sección segunda pueden distinguirse dos grandes grupos:

- Las creaciones con proyección industrial o artística que se contemplan en el artículo 273 (patentes y modelos de utilidad, modelos y dibujos industriales y las topografías de productos semiconductores).
- Los signos distintivos que se contemplan en el artículo 274 (marcas y nombre comercial).
- Otras modalidades de derechos de propiedad industrial protegidas mediante el correspondiente tipo penal son: las obtenciones vegetales, que se incorporan al Código Penal tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003 en el artículo 274 apartados 3 y 4, y cuya naturaleza es más próxima a la de las creaciones o invenciones, en este caso en el campo de la botánica. Las denominaciones de origen e indicaciones geográficas cuya protección penal se incorpora expresamente al Código Penal tras la Ley Orgánica 10/1995 en el artículo 275, cuya naturaleza se asemeja a la de una marca de calidad o garantía.
- Por último, en el artículo 277 se sanciona la vulneración de las patentes secretas, la ubicación sistemática de este tipo delictivo es objeto de crítica doctrinal puesto que lo que se protege en este tipo, no es tanto el derecho de propiedad industrial, como los intereses de defensa nacional, pudiendo cometer el delito el propio titular que vulnera el mandato de secreto.

Como notas comunes de estos delitos cabe señalar que:

La protección del derecho exige inscripción registral y para que la conducta sea típica es necesario que el autor actúe con conocimiento del registro, sin autorización del titular y con fines comerciales o industriales.

El criterio que el legislador penal ha escogido para delimitar el ámbito de protección penal de las conductas lesivas de estos derechos es el de que dichas conductas se realicen con fines comerciales y sean intencionales, lo que por otra parte se corresponde con la exigencia que a nivel comunitario se recoge en el artículo 3 de la Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo de 12 de julio de 2005, sobre medidas penales para el aseguramiento del respeto de los derechos de propiedad intelectual (debe tenerse en cuenta que a nivel de legislación comunitaria el término propiedad intelectual es también comprensivo de los derechos que en la legislación nacional se integran bajo la denominación de propiedad industrial).

El concepto y contenido de cada uno de estos derechos de propiedad industrial cuya vulneración se tipifica, debe ser integrado con la legislación nacional específica de carácter civil-mercantil y con la legislación comunitaria, la cual se detalla tanto en los respectivos apartados del cuerpo de la Circular como en los Anexos de legislación que se unen a la misma a los que nos remitimos.

En relación con los signos distintivos (marca y nombre comercial), debe ponerse de relieve que en el apartado 2 del artículo 274 se sancionan también las importaciones paralelas de objetos lícitos, con el mismo régimen con que en el artículo 270.2 se castigan dichas importaciones en el caso de propiedad intelectual, por tanto, quedan excluidas de sanción las importaciones de productos lícitos procedentes de un país de la Unión Europea realizadas sin autorización del titular del derecho, como consecuencia del agotamiento comunitario del derecho. Dicho agotamiento comunitario se contempla en el artículo 36 de la Ley de Marcas 17/2001, que incorpora el agotamiento previsto en el artículo 7.1 de la Directiva 89/104 CEE, de aproximación de las legislaciones nacionales en materia de marcas y en el artículo 13.1 del Reglamento 40/1994, de 20 de diciembre de 1993 sobre la marca comunitaria.

Tanto la legislación nacional como comunitaria contemplan una excepción al agotamiento comunitario en el caso de que los productos se hayan alterado o modificado tras la primera comercialización. Esta excepción al principio del agotamiento ha sido objeto de interpretación por el TJCE en sentencia de Pleno de 11 de julio de 1996, caso C-436/1993.

Al igual que ocurre en materia de propiedad intelectual, el legislador no ha tipificado las exportaciones extracomunitarias de objetos lícitos, por lo que debe entenderse que no siendo posible una interpretación extensiva, las mismas no están sancionadas penalmente.

Los subtipos agravados de los delitos de propiedad industrial se establecen en el artículo 276, con total identidad respecto de los establecidos en el artículo 271 para los delitos de propiedad intelectual a cuyo comentario nos remitimos.

4. Disposiciones comunes a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial

La sección cuarta del capítulo XI establece en los artículos 287 y 288 las disposiciones comunes de las tres secciones anteriores. Por lo que se refiere a los delitos de la sección primera y segunda que son los relativos a propiedad intelectual e industrial cabe destacar en relación con las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 15/2003 en las disposiciones comunes, la supresión del requisito de denuncia previa de la persona agraviada o de sus representantes legales, por lo que como ya señalamos anteriormente se convierten en delitos públicos o perseguibles de oficio.

Las otras disposiciones de carácter común de estos delitos, que ya se contemplaban en el artículo 288 antes de la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, se refieren, por un lado, a la publicación de las sentencias que declaren la comisión de estos delitos en los periódicos oficiales, y a la posibilidad de publicación, a solicitud del perjudicado, en cualquier otro medio informativo, y de otro lado a la posibilidad de que el órgano judicial acuerde las consecuencias accesorias del artículo 129.

En orden a la adopción de las consecuencias accesorias del artículo 129 tratándose de delitos públicos y previendo el propio artículo, un trámite de previo informe del ministerio fiscal, deberán los señores y señoras Fiscales, cuando concurren las circunstancias que las justifican, impulsar su adopción, interesando las mismas en sus escritos de acusación.

5. Responsabilidad civil y fortalecimiento de la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial

En orden a la determinación de la responsabilidad derivada de los delitos contra la propiedad intelectual, el propio artículo 272 del Código Penal establece una remisión expresa para su determinación a las disposiciones de la LPI sobre cese de la actividad ilícita e indemnización de daños y perjuicios.

Por tanto, deberán tenerse en cuenta por los señores y señoras Fiscales para la determinación de la extensión de la responsabilidad civil los artículos 139 y 140 del Texto Refundido de la LPI vigente.

En algún caso las medidas de cese de actividad ilícita que contempla el artículo 139, pueden superponerse con las consecuencias accesorias del artículo 129 que resulta de aplicación por remisión expresa del artículo 288 del Código Penal. Debe tenerse presente que las medidas previstas en el artículo 139.1.c), d) y e) relativas a los efectos e instrumentos de los delitos contra la propiedad intelectual, serán de aplicación en cuanto no se opongan a la regulación del comiso del artículo 127, cuya regulación resulta de mayor amplitud. En todo caso los señores y señoras Fiscales deberán tener presente lo establecido en la Circular 1/2005 en lo que concierne al comiso, que deberá ser solicitado en relación con los efectos, instrumentos y ganancias de estos delitos, particularmente cuando la actividad delictiva resulte imputable a los integrantes de un organización.

Los criterios para fijar la indemnización por daños y perjuicios se establecen en el artículo 140 del Texto Refundido de la LPI. En el Proyecto de Ley por el que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial, se incorporan al artículo 140 dos módulos de cálculo de la indemnización de daños y perjuicios y además se incorpora como novedad la posibilidad de poder incluir en la cuantía indemnizatoria, los gastos de investigación en que haya incurrido el titular de los derechos para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

En el artículo 141 del Texto refundido de la LPI se contemplan las medidas cautelares, estas medidas sin perjuicio de las que pueden ser adoptadas por el Juez de Instrucción en el procedimiento por delito conforme a lo previsto en la LECrim, podrán ser tenidas en cuenta en base a lo previsto en el artículo 143 de Texto Refundido LPI. Los señores y señoras Fiscales deberán instar en el procedimiento penal las medidas cautelares, que de conformidad con las circunstancias concurrentes en cada caso sean eficaces para evitar la permanencia de la actividad delictiva que lesiona los derechos de propiedad intelectual, y que sirvan para garantizar las responsabilidades que resulten declaradas en la sentencia.

Por lo que se refiere a la determinación de la responsabilidad civil derivada de los delitos contra la propiedad industrial, si bien el Código Penal no contiene una remisión expresa a la legislación específica de esos derechos, es posible tener en cuenta los criterios en ella establecidos sobre el alcance de la responsabilidad civil, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 109 del Código Penal.

Es necesario destacar que en correspondencia con la preocupación por la protección legal de los derechos de propiedad intelectual e industrial, ante la creciente y progresiva vulneración de los mismos, favore-

cida por la nuevas tecnologías que facilitan la usurpación, y la incorporación de la delincuencia organizada a este tipo de actividades vulneradoras, el legislador nacional ha creado los instrumentos legales para fortalecer su protección.

En este sentido y de *lege ferenda* deben tenerse en cuenta los dos Proyectos de Ley actualmente en tramitación parlamentaria ante el Senado: El Proyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la LPI el cual implementa la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y de los derechos afines en la sociedad de la información y el Proyecto de Ley por el que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual, que implementa la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. A ambos textos se refiere la Circular en distintos apartados a los que nos remitimos.

ANEXO I

(Relación de disposiciones de derecho interno)

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre:
 - Sección primera del capítulo XI del título XIII, artículos 270 a 272 (propiedad intelectual).
 - Sección segunda del capítulo XI del título XIII, artículos 273 a 277 (propiedad industrial).
- Ley de Enjuiciamiento Criminal en redacción dada por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre:
 - Artículo 282 bis. apartado *d*) (agentes encubiertos).
 - Artículo 795 apartado 1 regla 2.^a (juicios rápidos).
 - Artículo 771 1.^a (legitimación de entidades gestoras).
 - Artículo 338 (destrucción de los efectos intervenidos).
- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.
- Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes y Modelos de Utilidad.
- Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial.

- Ley 11/1988, de 3 de mayo, para la protección jurídica de los productos semiconductores.
- Ley 17/2001, de 7 de diciembre, relativa a las Marcas.
- Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de obtenciones vegetales.
- Ley 24/2003, de 14 de julio, de la viña y el vino
- Real Decreto 1573/1985, de 1 de agosto sobre la definición y ordenación de las denominaciones genéricas y específicas de productos alimentarios.
- Real Decreto 728/1988, de 8 de julio, sobre las normas a las que deben ajustarse las denominaciones de origen, específicas o genéricas de productos agroalimentarios no vinícolas.
- Orden del Ministerio de Agricultura, de 25 de enero de 1994, que incorpora al derecho interno el Reglamento CEE 2081/1992 del Consejo, de 14 de julio, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen.
- Proyecto de Ley 121/000044, por el que se modifica el Texto Refundido de la ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.
- Proyecto de Ley 121/000057, por el que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual y se establecen las normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

ANEXO II

(Relación de disposiciones comunitarias e internacionales)

A) PROPIEDAD INTELECTUAL

- Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo, sobre protección jurídica de los programas de ordenador.
- Directiva 92/100/ CEE del Consejo, de 19 de noviembre, relativa a los derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.
- Directiva 2001/29/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos

de los derechos de autor y de los derechos afines en la sociedad de la información.

- Acuerdo sobre aspectos relacionados con el comercio de los derechos de propiedad intelectual, firmado el 15 de julio de 1994 por todos los miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC).
- Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.
- Propuesta de Directiva del Parlamento y el Consejo presentada por la Comisión el 12 de julio de 2005, sobre medidas penales para asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual.

B) PROPIEDAD INDUSTRIAL

- Directiva 87/54/CEE del Consejo, de 16 de diciembre de 1986, sobre la protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores.
- Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, sobre armonización de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas.
- Reglamento (CE) 40/1994 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre marca comunitaria.
- Acta vigente en España del Arreglo de Madrid, de 14 de abril de 1891, relativo al Registro Internacional de marcas y Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid, de 27 de junio de 1989.
- Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 6 de julio, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas.
- Directiva 98/71/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 13 de octubre, sobre protección jurídica de los dibujos y modelos.
- Reglamento (CE) 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre modelos y dibujos comunitarios.
- Acta de 19 de marzo de 1991 del Convenio Internacional para la protección de obtenciones vegetales, en vigor desde el 24 de abril de 1998.
- Reglamento (CEE) 2081/1992 del Consejo, de 14 de julio, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen de los productos agrícolas.
- Reglamento (CE) 2100/1994 del Consejo, de 27 de julio, relativo a la protección comunitaria de obtenciones vegetales.

CIRCULAR 2/2006, DE 27 DE JULIO DE 2006,
SOBRE DIVERSOS ASPECTOS RELATIVOS AL RÉGIMEN
DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
INTRODUCCIÓN	823
I. LA EXPULSIÓN SUSTITUTIVA DE EXTRANJEROS NO RESIDENTES LEGALMENTE CONDENADOS POR DELITO.....	825
I.1 Novedades legislativas	825
I.2 El presupuesto general de aplicación del artículo 89: Extranjeros no residentes legales en España.....	826
I.3 Expulsión sustitutiva de la pena en su integridad.....	829
I.3.1 Delitos expresamente excluidos.....	832
I.3.2 Otros supuestos de exclusión de la expulsión..	833
I.3.3 Procedimiento para la decisión sobre la susti- tución	838
I.3.4 Posibilidad de decidir la expulsión en ejecu- ción de sentencia.....	840
I.4 La expulsión como medida sustitutiva del cumpli- miento del último tramo de la pena de prisión.....	843
I.5 La ejecución de la expulsión acordada conforme al artículo 89 del Código Penal.....	844
I.6 Imposibilidad de ejecutar la expulsión sustitutiva acordada	846
I.7 Efectos de la expulsión sustitutiva	847
I.8 Expulsión sustitutiva de ciudadanos de la Unión Europea o de otros países asimilados	848
	819

	<u>Páginas</u>
I.9	Sustitución judicial de las medidas de seguridad por la expulsión 850
I.10	Pluralidad de causas abiertas y expulsión sustitutiva.. 851
II.	EL FISCAL Y LA MEDIDA CAUTELAR DE INTERNAMIENTO 851
II.1	Introducción 851
II.2	Juez competente para acordar el internamiento 856
II.3	Procedimiento para tramitar las solicitudes de internamiento. Intervención del Fiscal..... 857
II.4	Contenido de la audiencia previa a la resolución de la solicitud de internamiento para la exclusión..... 859
II.5	Criterios para decidir el internamiento a efectos de expulsión 860
II.6	Recursos contra el auto de internamiento 863
II.7	Inspecciones sobre los centros de internamiento 863
II.8	Especialidades del internamiento a efectos de devolución..... 864
II.9	Especialidades del internamiento a efectos de retorno . 865
II.10	Solicitudes de asilo..... 865
III.	AUTORIZACIONES PARA EXPULSAR A EXTRANJEROS IMPUTADOS EN PROCESOS PENALES 867
III.1	Introducción 867
III.2	Aspectos procedimentales..... 868
III.2.1	Fases procesales durante las que se puede autorizar la expulsión 868
III.2.2	Audiencia del Fiscal y demás partes 870
III.3	Criterios que deben inspirar el dictamen del Fiscal 871
III.3.1	Delitos respecto de los que procede la autorización..... 871
III.3.2	Aspectos que deben analizarse para resolver sobre la autorización 874
III.4	Efectos de la autorización de expulsión 876
IV.	MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS 876
V.	DELITOS RELATIVOS AL TRÁFICO ILEGAL DE INMIGRANTES..... 880
V.1	Introducción 880
V.2	Bien jurídico protegido 882
V.3	Tipo objetivo 883

	<u>Páginas</u>
V.4	Tipo subjetivo..... 886
V.5	Consumación..... 887
V.6	Subtipos agravados..... 887
V.7	Problemas concursales 890
V.8	Causas de justificación 893
V.9	Pena imponible..... 893
V.10	Tratamiento de los delitos cometidos fuera del territorio nacional..... 894
V.11	Especial referencia a los delitos relativos al tráfico de inmigrantes con fines de explotación sexual 897
V.12	Tratamiento de los testigos extranjeros y en especial, de las víctimas 898
VI.	ASPECTOS ORGANIZATIVOS 900
VII.	COMUNICACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN 902
VIII.	CONCLUSIONES SOBRE EXPULSIÓN SUSTITUTIVA DE EXTRANJEROS NO RESIDENTES LEGALMENTE CONDENADOS POR DELITO 904
IX.	CONCLUSIONES SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR DE INTERNAMIENTO 907
X.	CONCLUSIONES SOBRE AUTORIZACIONES PARA EXPULSAR A EXTRANJEROS IMPUTADOS EN PROCESOS PENALES 909
XI.	CONCLUSIONES SOBRE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS 912
XII.	CONCLUSIONES SOBRE DELITOS RELATIVOS AL TRÁFICO ILEGAL DE INMIGRANTES..... 913
XIII.	CONCLUSIONES SOBRE ASPECTOS ORGANIZATIVOS..... 915
XIV.	CONCLUSIONES SOBRE COMUNICACIONES INTER-ORGÁNICAS..... 915

I. INTRODUCCIÓN

La importancia cuantitativa y cualitativa del fenómeno de la inmigración plantea múltiples cuestiones y genera un cualificado deber de diligencia para los poderes públicos en su tratamiento y ordenación, para que los potenciales peligros que pueden generarse (racismo, xenofobia, marginalidad, delincuencia) sean conjurados y para que en su lugar pueda avanzarse hacia la racionalización, integración, disfrute de derechos en igualdad y recíproco beneficio. Nos encontramos, sin duda, ante un fenómeno poliédrico en cuanto a causas y efectos y cuantitativamente expansivo.

La necesidad de abordar la intervención del Ministerio Fiscal de acuerdo con su función constitucional de promotor de la acción de la justicia y de defensor de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos ha obligado a la Fiscalía General del Estado a dictar numerosos instrumentos definidores de los criterios a seguir por los Fiscales dentro del ámbito competencial que les es propio, en los supuestos en los que los derechos y libertades de los extranjeros pueden verse afectados.

La abundante doctrina de la Fiscalía General del Estado trata de hacer frente a este reto y de salvaguardar en la medida de lo posible el principio de unidad de actuación del Ministerio Público como pilar básico, en última instancia, del principio de seguridad jurídica.

En esta función unificadora de la actuación del Ministerio Fiscal en materia de inmigración y extranjería la Fiscalía General ha dictado las Consultas 5/1987, 2/1990, 12/1997 y 1/2001, las Instrucciones 6/1991, 2/2001, 4/2001, 2/2002, 3/2003 y 6/2004; y las Circulares 1/1994, 3/2001 y 1/2002.

La complejidad jurídica inherente a la extranjería tiene reflejo especialmente en la profusión de reformas legislativas y reglamentarias operadas en nuestro ordenamiento, reformas que exigen estudio, reflexión y adaptación a los nuevos esquemas. Las continuas novedades obligan a un sobreesfuerzo del jurista para alcanzar una exégesis racional y decantar unos principios generales en esta movедiza materia.

Así, podemos reseñar como novedades tras el dictado de las Circulares que con más profundidad se ocuparon de esta materia (la 3/2001 y la 1/2002) durante el año 2003 la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, que modifica la redacción del artículo 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante, LE), introduciendo numerosas innovaciones respecto a su redacción anterior e igualmente reforma

la redacción del artículo 89 del Código Penal en sus tres primeros apartados estableciéndose como regla general la sustitución de las penas inferiores a 6 años impuestas a extranjeros no residentes por la expulsión; la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, que nuevamente modifica la LE, y que introduce entre otras novedades una regulación de los centros de internamiento de extranjeros (arts. 62 bis a 62 sexies) y la posibilidad de que el extranjero que esté sometido a un expediente de devolución pueda ser internado cuando pretenda entrar ilegalmente en el país, disipando dudas anteriores. La obligación contenida en la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países es incorporada a través del nuevo artículo 64.3 LE, reformado por la referida Ley Orgánica 14/2003, que introduce en nuestro Derecho el principio del reconocimiento mutuo de resoluciones de expulsión, como manifestación de la progresiva consolidación de un espacio europeo de libertad, justicia y seguridad. Debe también destacarse la Disposición Adicional Decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que introduce disposiciones sobre comunicaciones con la autoridad administrativa y ejecución de la expulsión sustitutiva.

También en el ámbito de la Unión Europea debe destacarse la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia, a circular libremente y a residir en el territorio de los Estados miembros, que unifica y sistematiza el contenido de las directivas anteriores sobre la materia e incorpora la jurisprudencia del TJCE sobre derecho de entrada y residencia de los ciudadanos de la Unión, al tiempo que simplifica aún más el ejercicio del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión Europea y de sus familias. Igualmente es de interés la Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal.

Por lo demás, recientemente se ha publicado el Reglamento (CE) 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), con entrada en vigor el 13 de octubre de 2006.

Igualmente debe reseñarse la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York

el 15 de noviembre de 2000, suscrita por España, y publicada en el «BOE» de 29 de septiembre de 2003 y el Instrumento de Ratificación del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa esta Convención, publicado en el «BOE» de 10 de diciembre de 2003.

A nivel reglamentario ha de hacerse mención al Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, *sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo* y al Real Decreto 1325/2003, de 24 octubre, *por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas* y últimamente el nuevo Reglamento de Extranjería aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (en adelante, RE).

Debe igualmente partirse del dato de que –con mayor o menor intensidad– la problemática, incidencias, implicación e intervención del Fiscal en materia de extranjería se plantea ya en todas las Fiscalías de Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia, como se pone de relieve en sus Memorias anuales. De tratarse de un ámbito limitado a ciertas provincias costeras y fronterizas, ha pasado a generalizarse a todo el territorio español.

Estas reformas justifican el dictado de una nueva Circular por la Fiscalía General del Estado, necesaria para actualizar y adecuar al nuevo panorama legislativo las directrices que en su día fueron expuestas en las Circulares 3/2001 y 1/2002, instrumentos que han de entenderse en vigor en todo lo no afectado por las modificaciones legislativas y por la presente Circular.

I. La expulsión sustitutiva de extranjeros no residentes legalmente condenados por delito

I.1 NOVEDADES LEGISLATIVAS

El tratamiento penal de la delincuencia de extranjeros ha sufrido un giro radical desde nuestro primer Código Penal. El artículo 10 del Código Penal de 9 de julio de 1822 disponía que «todo español o *extrangero* que dentro del territorio de las Españas cometa algún delito o culpa, será castigado sin distinción alguna con arreglo a este código, sin que a nadie sirva de disculpa la ignorancia de lo que en él se dispone».

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre sintetiza los objetivos perseguidos por la reforma del artícu-

lo 89 CP: «... se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto».

La evolución legislativa se ha dirigido a ampliar cada vez más las posibilidades de sustitución de la pena por la expulsión: el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985 restringía el uso de esta facultad a los casos de condena por delito menos grave. El primitivo artículo 89 CP 1995 ampliaba las posibilidades a los supuestos de delitos graves con la limitación penológica de los seis años, limitando el ámbito subjetivo de aplicación a los extranjeros no residentes legalmente en España. El artículo 89 reformado, manteniendo el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, no diseña la expulsión sustitutiva como una facultad del Tribunal, sino que la establece con carácter cuasi imperativo. Esta es, sin duda, la novedad de mayor calado en esta reforma.

En cuanto a su naturaleza, conforme al ATC núm. 106/1997, de 17 abril, cabe seguir manteniendo que esta medida ni en rigor puede decirse sea una pena –lo que quedaría demostrado, entre otras cosas, por el hecho de no venir expresamente mencionada en el catálogo que de las mismas se establece en el artículo 33 del Código Penal de 1995– ni, dado su carácter puntual o de agotamiento en un solo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de las finalidades preventivo-especiales que no están absolutamente garantizadas por el simple regreso del penado extranjero a su país. Rechazan también la conceptualización de la expulsión como pena las SSTC 242/94, de 20 de julio, y 203/1997, de 25 de noviembre.

I.2 EL PRESUPUESTO GENERAL DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 89: EXTRANJEROS NO RESIDENTES LEGALES EN ESPAÑA

Siguiendo a la Circular 3/2001, debe, como premisa básica, sentarse la de que el extranjero residente que se halle en posesión de alguna de las autorizaciones administrativas o dispensado de la obligación de obtenerlas en virtud de tratado o de Ley ha de afrontar el cumplimiento de la condena en las mismas condiciones que el reo español, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 57.2 LE que autorizaría la incoación de expediente de expulsión si la condena ha sido por delito doloso que tenga señalada pena privativa de libertad superior a un año de duración.

El concepto general de extranjero aparece en el artículo 1.1 LE, que declara que *se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española*.

El artículo 29.1 LE dispone que los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia y desde el punto de vista negativo, el artículo 53 a) LE califica como infracción grave *encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.*

Desglosando los supuestos en los que puede entenderse que un extranjero se encuentra irregularmente en España podemos reseñar los siguientes: 1) permanencia irregular originaria, que comprendería los supuestos de entrada ilegal consumada. Los artículos 25 a 27 LE regulan las condiciones de entrada legal en España. En este punto deben tenerse en cuenta los supuestos en los que conforme al artículo 45 RE cabe otorgar autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales; 2) permanencia irregular sobrevenida por no obtención de prórroga de estancia, conforme a los artículos 30 LE y 29 y 30 RE; y 3) permanencia irregular sobrevenida por caducidad de documentos autorizantes de residencia sin haber solicitado la renovación en plazo reglamentario.

No puede confundirse residencia legal y estancia regular. No residen legalmente en España ni los extranjeros que se encuentran en situación irregular ni los que se encuentran en situación de estancia, pese a que estos últimos se encuentran legalmente en España.

Por tanto, puede en principio aplicarse la expulsión sustitutiva tanto a los extranjeros que se encuentran irregularmente en España como a los extranjeros en situación de estancia, conforme al artículo 30 LE (permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días). Ello no obstante, como se analizará *infra*, la concurrencia de esta circunstancia –estancia– habrá de ser ponderada a la hora de decidir sobre la expulsión. Solamente, pues, quedan excluidos de la posibilidad de expulsión sustitutiva los nacionales y los extranjeros que residen legalmente en España, temporal o permanentemente (art. 30 bis LE).

A estos efectos, los estudiantes extranjeros con autorización de estancia, conforme al artículo 33 LE, deberán considerarse como extranjeros residentes legalmente en España, pues pese a que nominativamente tienen la consideración de estantes, la nota de permanencia que acompaña su régimen los hace materialmente asimilables a la situación de los residentes, en tanto la duración de estas autorizaciones se acomodan a la del curso para el que estén matriculados, con posibilidad de prórrogas anuales. Por consiguiente, habrá de partirse

de la no aplicabilidad de la expulsión sustitutiva a los estudiantes extranjeros con autorización de estancia, pues en definitiva, su régimen se asemeja al de los residentes temporales más que al de los estantes.

La falta de residencia legal del extranjero debe estar debidamente acreditada en la causa (*vid.* STS 919/1999, de 2 de junio), debiendo entenderse que en principio, la certificación expedida sobre existencia o inexistencia de autorización de residencia por funcionarios de las Brigadas de Extranjería y Documentación, que en estos supuestos deberá incorporarse a la causa penal, será, como documento oficial expedido por los órganos del Ministerio de Interior, prueba suficiente para acreditar la aplicabilidad o inaplicabilidad del régimen legal del artículo 89 CP. Este documento, en tanto certifica la falta de residencia legal y la falta de constancia de que el imputado haya solicitado una renovación, debe considerarse *prima facie* como prueba bastante de que el extranjero no reside legalmente en España, sin perjuicio de que el mismo pueda aportar otros elementos probatorios para enervar ese principio de prueba. Cualquier otra decisión podría suponer obligar al Fiscal a una suerte de *probatio diabólica* incompatible con los principios de la teoría general de la prueba.

La inexistencia o no presentación por el extranjero de la mencionada documentación cuando le sea requerida por el Juzgado, arroja una fuerte presunción de ilegalidad, que se ve reforzada si tenemos en cuenta que el artículo 11 Ley Orgánica 1/92, de 21 de febrero, *sobre Protección de la Seguridad Ciudadana*, señala que «los extranjeros que se encuentren en territorio español están obligados a disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España, con arreglo a lo dispuesto en las normas vigentes». En este mismo sentido, el artículo 29.2 LE dispone que *las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante el pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda*. No obstante, hallándonos en el marco de un proceso penal, donde la vigencia del principio de presunción de inocencia condiciona toda la teoría de la carga de la prueba, en aquellos casos en que el extranjero no acreditase su estancia legal en España, los señores Fiscales pedirán que se incorpore a la causa la correspondiente certificación emitida por las Brigadas de Extranjería y Documentación del Cuerpo Nacional de Policía.

Las anteriores afirmaciones nada obstan a la posibilidad de prescindir de solicitar la referida certificación si el extranjero imputado, no solo no presenta documentación acreditativa de su residencia legal sino que además reconoce no disponer de tal autorización.

Habr  de tenerse presente que la posesi3n del NIE (número de identidad del extranjero) no acredita la residencia legal en España, como por lo demás se desprende del artículo 101.1 RE, que prevé –entre otros supuestos– el otorgamiento a los extranjeros a efectos de identificaci3n de NIE cuando *se les haya incoado un expediente administrativo en virtud de lo dispuesto en la normativa sobre extranjería*.

En tanto la calificaci3n del extranjero como no residente es esencial a los efectos de la aplicaci3n de la expulsi3n sustitutiva y en cuanto debe ser objeto de prueba, tal extremo habrá de ser recogido por los señores Fiscales en la conclusi3n primera del escrito de conclusiones provisionales o de acusaci3n, debiendo incorporarse el soporte probatorio preferentemente durante la fase de instrucci3n y antes de la calificaci3n.

Será no obstante admisible, si concurriendo indicios de carencia de autorizaci3n de residencia no se ha aportado aún la certificaci3n de la Brigada de Extranjería y Documentaci3n del Cuerpo Nacional de Policía sobre la situaci3n del imputado en España, evacuar el escrito de calificaci3n solicitando la expulsi3n sustitutiva e interesando por otros  la remisi3n por parte del organismo policial del correspondiente informe, proponiendo simultáneamente como prueba la documental generada por la práctica del otros .

I.3 EXPULSI3N SUSTITUTIVA DE LA PENA EN SU INTEGRIDAD

Es el supuesto regulado en el artículo 89.1 CP párrafo primero, y exige, además del requisito de la falta de residencia legal, que el extranjero haya sido condenado a una pena privativa de libertad inferior a seis años.

El texto del artículo 89 no deja lugar a dudas sobre su ámbito de aplicaci3n. Lo determinante para decidir la procedencia o no de la expulsi3n sustitutiva no será la pena abstracta señalada al delito, sino que habrá exclusivamente de tenerse en cuenta la concreta pena que se ha impuesto en la sentencia. Por ello, en principio cabrá aplicar la expulsi3n sustitutiva cuando el extranjero sea condenado a una pena inferior a los seis años, ya como consecuencia de la concurrencia de eximentes, semieximentes, circunstancias modificativas, grados de ejecuci3n o de participaci3n, ya como consecuencia de la utilizaci3n del arbitrio judicial autorizado por las reglas penol3gicas, independientemente de que la condena lo sea por un delito que en abstracto lleve aparejada pena superior a los seis años.

Debe en este punto recordarse que tras la reforma operada en el CP por Ley Orgánica 15/2003 la nueva división entre delitos graves y menos graves se traza a partir de la asignación de penas de prisión superiores a cinco años (art. 33 CP). Por ello entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 89 CP las penas graves y –con el juego de las reglas de determinación de la pena– potencialmente numerosos delitos graves.

En todos estos supuestos se establece como regla general la sustitución de la pena por la expulsión. Pero este límite penológico presenta algunas zonas de penumbra que deben ser aclaradas.

Así el precepto no aborda el supuesto de que en una misma sentencia el reo sea condenado a varias penas, todas ellas inferiores a los seis años de privación de libertad pero que sumadas excedan de dicho límite. Para estos casos habrá de admitirse la posibilidad de aplicar la expulsión sustitutiva. En efecto, una interpretación gramatical apunta claramente hacia tal solución al emplear el artículo 89 CP el plural: *las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas...* A idéntica conclusión nos lleva una interpretación sistemática del artículo 89 CP en relación con el artículo 57.7 LE, que cuando regula el otro gran supuesto de renuncia al *ius puniendi* (autorización de expulsión en causas por delitos penados con privación de libertad inferior a seis años) expresamente incluye el supuesto de pluralidad de causas y por ende de eventuales plurales condenas: así el precepto dispone que *en el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados... la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización*. Igualmente una interpretación sistemática en relación con la otra gran forma sustitutiva de la ejecución regulada en el mismo capítulo III nos lleva a la admisibilidad de la expulsión en estos supuestos, pues cuando el Código regula la suspensión de la ejecución, impone el límite de que la privación de libertad impuesta no sea superior a los dos años, estableciéndose expresamente que se supera éste tanto por la imposición de una única pena superior como por la condena a varias inferiores a dos años pero que sumadas lo rebasen. En efecto, el artículo 81 regla 2.^a CP exige como condición necesaria para la suspensión *que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años*. Por tanto, cabe entender que si el Legislador no ha incorporado una cláusula limitativa análoga en el artículo 89 CP es porque no quiere en estos casos constreñir la operatividad de la expulsión sustitutiva.

Por pena privativa de libertad habrá de entenderse cualquier pena de prisión, pero no debe quedar incluida la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas (y ello pese a su calificación como

pena privativa de libertad conforme al art. 35 CP), pues la aplicabilidad de ésta, por su propia naturaleza subsidiaria, es incierta en el momento ordinario de imposición de la expulsión sustitutiva, esto es, en el momento del dictado de la sentencia. *A fortiori*, hacer depender la puesta en marcha de la expulsión de la disponibilidad de recursos económicos para hacer frente al pago de la multa puede incorporar un criterio discriminatorio no justificado.

Aunque también debe entenderse que la pena de localización permanente es pena privativa de libertad (art. 35 CP), ha de exigirse en todo caso que la pena impuesta lo sea por delito, no debiendo reputarse título suficiente para posibilitar la expulsión sustitutiva una condena a pena privativa de libertad por una simple falta. Pese al silencio de la Ley, una interpretación acorde con la exigencia constitucional de respeto al principio de proporcionalidad veda cualquier otra alternativa. En apoyo de esta opción puede también argumentarse que el artículo 89 no contiene ninguna alusión a las faltas, refiriéndose sólo a los delitos cuando regula la posibilidad de excluir el régimen de la expulsión. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003 aún es más clarificadora, cuando se refiere exclusivamente a los delitos, no planteándose la posibilidad de expulsar judicialmente por una simple falta. En efecto, se dice en ella que *se establece que, en el caso de extranjeros que, además de no ser residentes legalmente en España, cometan un delito castigado con pena de prisión inferior a seis años, la regla general sea la sustitución de la pena por la expulsión.*

Si la finalidad de la reforma es –como también recoge la Exposición de Motivos– *evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto* es claro que tal fin no puede predicarse del cumplimiento de una pena impuesta en un juicio de faltas, pena cuya ejecución por su limitada extensión nunca va a trasmutarse en forma de permanencia en España.

Como argumento práctico debe también ponerse de manifiesto que es contrario al principio de concentración y de celeridad que debe presidir el enjuiciamiento de las faltas introducir como un elemento más de debate jurídico el relativo a si el reo es o no residente legal en España.

La inclusión de las condenas por simples faltas conllevaría –además de los reparos desde el punto de vista de la proporcionalidad– el problema de su ejecución: la pena privativa de libertad que puede imponerse es la localización permanente (art. 33 CP), con un máximo de duración de doce días (art. 37 CP) que además no es susceptible de cumplimiento en Centro Penitenciario.

En definitiva, será el expediente administrativo el cauce natural para acordar la expulsión de quienes además de haber cometido una falta están incurso en causa de expulsión por la irregularidad de su situación. En estos supuestos debe primarse la vía de la autorización del artículo 57.7 LE. Los señores Fiscales velarán porque la tramitación del juicio de faltas –y la eventual imposición de una pena leve– no se torne en obstáculo para autorizar la expulsión administrativa. A estos efectos, si se interesa por la autoridad administrativa la autorización del artículo 57.7 LE en el seno de un juicio de faltas, concurrendo los requisitos legales los Fiscales informarán favorablemente como regla general e interesarán la suspensión de la celebración de la vista oral del juicio de faltas, si éste hubiera sido ya convocado. La desactivación del juicio de faltas, aunque se tramite en la modalidad de señalamiento inmediato, debe ser consecuencia lógica anudada a la autorización de la expulsión, siendo además especialmente aconsejable para evitar perturbaciones derivadas de la ejecución de la pena (leve) impuesta. No puede oponerse a esta suspensión de la celebración del juicio de faltas (o en su caso del juicio rápido) el principio general de improrrogabilidad de los plazos procesales, pues este principio encuentra su lógica excepción ante la concurrencia de justa causa (art. 202 LECrim), concepto indeterminado que sin duda habría de entenderse colmado ante una solicitud atendida de autorización para expulsión. Concedida la autorización, deben suspenderse los términos judiciales, sin perjuicio de que puedan abrirse de nuevo si la expulsión no llegara finalmente a materializarse.

Pasando a otro punto necesitado de clarificación, cuando conforme al artículo 71.2 CP sea imperativo sustituir la pena de prisión de menos de tres meses por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, como quiera que ambas son penas no privativas de libertad, no procederá interesar la expulsión sustitutiva. En tanto el mecanismo de sustitución del artículo 71.2 opera preceptivamente, la pena privativa de libertad que se impone lo es a los solos efectos de servir de marco referencial a la hora de fijar la pena que conforme al artículo 88 debe ser efectivamente ejecutada. Por lo demás, el artículo 88.3 dispone que en ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras, por lo que no cabría aplicar el artículo 71.2 y el 88 (sustitución obligatoria) y posteriormente aplicar una nueva sustitución conforme al artículo 89.

I.3.1 *Delitos expresamente excluidos*

Se mantiene el párrafo 4.º del artículo 89, que fue añadido por la reforma 8/2002, de 22 de diciembre: las disposiciones establecidas en

los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6.º (derogado por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003), 517 y 518 del Código Penal.

Los delitos tipificados en los artículos 312 (tráfico ilegal de mano de obra) y 318 bis (tráfico ilegal de personas) precisamente se orientan a la represión de conductas relativas a la promoción del tráfico de personas, por lo que razones de prevención general exigen su aplicación en todo caso. La referencia a los artículos 515.6, 517 y 518 (asociaciones ilícitas que promuevan el tráfico ilegal de personas) quedan vacías de contenido al suprimirse tras la reforma 15/2003 el artículo 515.6, del que los artículos 517 y 518 son meros preceptos referenciales.

1.3.2 *Otros supuestos de exclusión de la expulsión*

La exclusión de los delitos de los artículos 312 y 318 bis unida a la también expresa posibilidad de excluir otros, lleva a la necesidad de analizar en cada supuesto si el interés público inherente a la ejecución de la pena exige excluir la alternativa de la expulsión.

Conforme a los criterios establecidos por la Circular 3/2001 la medida de expulsión supone una suspensión de la potestad jurisdiccional en su modalidad de hacer ejecutar lo juzgado en aras a preservar otros fines igualmente valiosos para el Estado relacionados con su política de extranjería, fines respetables, que podrán adquirir preponderancia siempre y cuando no impidan la realización elemental de los fines de prevención general y afirmación del ordenamiento jurídico que justifican la existencia de la pena. La Circular 3/2001 sentaba como criterio general que estos fines se verían resueltamente lesionados si la praxis derivase a una aplicación indiscriminada de la medida de expulsión.

A la vista de la nueva regulación, debe partirse de que se ha producido un cambio de rumbo, pues expresamente el legislador desea una aplicación generalizada de la medida de expulsión, solamente susceptible de derogación en casos excepcionales. Se limita, pues, la discrecionalidad del Juez o Tribunal para la sustitución de las penas inferiores a seis años por la expulsión del territorio nacional.

La STS 901/2004, de 8 de julio considera que el artículo 89 es «una conminación legal dirigida al juzgador» y que «sólo excepcionalmente se admite el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario».

Por tanto, según una interpretación *ad pedem litterae* sería imperativo aplicar el mecanismo de la sustitución. Pero aunque ya no será

de aplicación la jurisprudencia que concebía la sustitución como facultad del Juzgador, cuyo arbitrio no podía ser objeto de revisión casacional (*vid.* SSTS 1144/2000, de 4 septiembre, 929/1998, de 13 julio y 330/1998 de 3 marzo), la interpretación literal ha de ser objeto de modulaciones, para evitar en unos casos una quiebra del sistema penal y en otros, soluciones contrarias a la doctrina del TEDH en materia de expulsiones.

Como refiere el ATC 106/1997, deberán en todos estos supuestos ponderarse las necesidades preventivo-generales –en las que es perfectamente encuadrable el criterio de la alarma social, entendido como efecto nocivo que, en relación con la finalidad de prevención general inherente a toda pena, tendría el hecho de la falta de reacción penal suficiente ante la comisión de un delito grave– y preventivo-especiales.

La regla general podrá, pues, ser derogada mediante una decisión motivada del órgano jurisdiccional, tras oír al Ministerio Fiscal, basada en que *la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.*

La remisión a la naturaleza del delito implica que han de ser razones de prevención general las que puedan motivar el cumplimiento de la condena en centro penitenciario español. También deberá ponderarse la finalidad retributiva ínsita en la pena.

Pueden seguir utilizándose como pautas orientativas a la hora de optar por el cumplimiento de la pena las que aportaba la Circular 3/2001. Por tanto, habrán de ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso, tomando en consideración especialmente la necesidad de afirmar el ordenamiento jurídico frente al infractor en aquellos casos en que el delito revista especial trascendencia bien por su gravedad intrínseca –*v. gr.* tráfico de drogas, agresiones sexuales– bien por las particulares circunstancias de sus autores o los fines perseguidos –grupos de delincuentes organizados, especialmente si se trata de grupos transnacionales, bandas armadas y terroristas, etc.–, bien por la existencia de una necesidad reforzada de protección a la víctima –menores, discapacitados, personas en situación de desvalimiento–. Pero en todo caso habrá de añadirse tras la reforma 11/2003 que, en este examen de los tipos penales que pueden exigir que la pena impuesta se cumpla en España, debe partirse de la ponderación de la *voluntas legis* de poner en primer plano el interés del Estado en evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España. El legislador, al confrontar el interés del Estado en el ejercicio del *ius puniendi* con el interés del Estado en expulsar a extranjeros no residentes legales que hayan sido condenados a pena

inferior a seis años, opta conscientemente por el sacrificio de aquél en favor de éste, y por tanto ése debe ser el principio general a seguir.

Dentro del grupo de delitos que exigen cumplimiento ordinario estarán normalmente aquellos en los que el sujeto activo es un extranjero no residente que accede a España con el fin de cometer el delito y con ánimo de volver al extranjero una vez perpetrados los hechos. Los efectos criminógenos y la neutralización de la finalidad preventivo-general y preventivo-especial del ordenamiento penal que derivaría de aplicar a estos supuestos la expulsión aconsejan en principio hacer uso de las posibilidades de cumplimiento de la pena en España. Estas consideraciones deben ser especialmente aplicables a extranjeros no residentes traficantes de drogas (que causen grave daño a la salud o aún no causándolo, en cantidad de notoria importancia).

En este sentido, la STS 1249/2004, de 28 de octubre, en un supuesto de tenencia preordenada al tráfico de 411 gramos de cocaína consideró improcedente la sustitución de la pena de prisión impuesta de cinco años cuando el acusado llevaba escasamente cinco meses de prisión preventiva, pues lo contrario implicaría un favorecimiento o promoción del tráfico de cocaína en España por ciudadanos extranjeros, lo que provocaría una situación generalizada de impunidad para éstos, así como una desprotección total para los ciudadanos.

En la misma línea la STS 906/2005, de 8 julio, asume el criterio del órgano *a quo* de que «la sustitución de la pena por la expulsión en los casos de cantidades intermedias de cocaína excluiría el efecto coercitivo de la pena y disuasorio de la norma penal, ya que los ciudadanos procedentes de países donde se produce o se comercia con tal sustancia, adquirirían la convicción de tener una especie de licencia para la comisión delictiva, generándoseles como única consecuencia negativa la devolución a su país de origen».

No obstante, los supuestos de tráfico de drogas de menor entidad (menudeo), aunque se refieran a sustancias que causan grave daño a la salud pueden ser susceptibles de expulsión sustitutiva. La STS 1546/2004, de 21 de diciembre, ya señaló que «el análisis de la naturaleza del delito puede aconsejar, dentro de la variedad de tipos penales englobados en el artículo 368 del Código Penal, que se sustituya en la hipótesis de un vendedor callejero de «papelinas» pero no respecto a un importador de droga, en cantidades considerables». Esta doctrina es expresamente ratificada por la STS 366/2006, de 30 de marzo.

Deben excluirse también como pauta general los delitos cometidos por organizaciones criminales, conforme a los criterios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Habr  de mantenerse el criterio de la Circular 1/2002, respecto de las condenas por el tipo contenido en el artículo 313 CP. Los señores Fiscales, en estos supuestos valorarán muy especialmente la conveniencia de informar de modo desfavorable la expuls n sustitutiva de la pena. En tanto este delito sanciona otro supuesto de inmigración clandestina, concurre la misma *ratio* que justifica el singular tratamiento de los artículos 312 y 318 bis.

Habrán de tenerse presentes igualmente los acuerdos adoptados por la Junta General de la Fiscalía especial Antidroga, celebrada en Madrid los días 15 y 16 de diciembre de 2005 en los que se acordó como criterio general oponerse a las sustituciones en todos aquellos casos en los que la calificación jurídica incluya *los subtipos agravados de pertenencia a organización del artículo 369.1.2.  CP (en delitos contra la salud pública) o del 302.1 CP (en el caso de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico), por tratarse de supuestos específicos de asociación ilícita. Respecto de los demás supuestos, en aplicación de los mismos preceptos, debe observarse lo dispuesto en el artículo 3. , apartado 6 de la Convención de 20 de diciembre de 1988 de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas («BOE» de 10 de noviembre de 1990) a cuyo tenor «las partes se esforzarán por asegurarse de que cualesquiera facultades legales discrecionales conforme a su derecho interno (como lo es el art. 89 del CP) se ejerzan para dar la máxima eficacia a las medidas de detención y represión respecto a estos delitos teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasivo en lo referente a la comisión de estos delitos». Ello implica que haya de mantenerse una interpretación restrictiva, atendiendo a la trascendencia y gravedad del delito, en supuestos de concurrencia de alguno de los subtipos agravados de delitos contra la salud pública...»*

Debe finalmente tenerse en cuenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que para la imposición de la expuls n deben ponderarse circunstancias tales como el arraigo, la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o el mismo pueda ser objeto de tortura o tratos degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, las SSTEDH de 21 junio 1988, caso *Berrehab* contra Reino de los Países Bajos, de 18 de febrero de 1991; caso *Moustaquim* de 7 de julio de 1989; caso *Soering* contra Reino Unido, de 26 de marzo de 1992; caso *Beldjoudi*, de 15 de noviembre de 1996; caso *Chahal* contra Reino Unido, de 2 de mayo de 1997; caso D. contra Reino Unido, de 11 julio 2000; caso *Ciliz* contra Reino de los Países Bajos, 502/2001 de 2 agosto; caso *Boultif* contra

Suiza y de 6 marzo 2001 caso *Hilal* contra Reino Unido, o la de 31 octubre 2002, caso *Yildiz* contra Austria.

En este mismo sentido, la STS 901/2004, de 8 de julio considera «que la normativa en vigor actualmente debe ser interpretada desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona –sea o no inmigrante, ilegal o no– que están reconocidos no sólo en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, sino en los Tratados Internacionales firmados por España y que de acuerdo con el artículo 10 no sólo constituyen derecho interno aplicable, sino que tales derechos se interpretarán conforme a tales Tratados y en concreto a la jurisprudencia del TEDH... y ello es tanto más exigible cuanto que... la filosofía de la reforma... responde a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto, lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado» y por ello «parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión.»

También la STS 514/2005, de 22 de abril declara que «la reforma... al establecer la sustitución en términos de obligatoriedad y aplicación automática, por completo ajenos a los principios de actuación de la jurisdicción ha sido interpretado, tanto por esta Sala..., como por las Juntas de Magistrados del orden penal, rebajando el contenido categórico del precepto propiciando una interpretación acorde con los principios constitucionales y las exigencias de los Tratados Internacionales signados por el Estado». Esta interpretación se ha consolidado y así la STS 366/2006, de 30 de marzo declara que la motivación del Tribunal debe ponderar no sólo la naturaleza del delito sino también las circunstancias personales y familiares del acusado, a fin de atender no sólo a razones de orden público o de una determinada política criminal sino también a la salvaguarda de derechos fundamentales. En este mismo sentido pueden citarse las SSTS 710/2005, de 7 de junio, 906/2005, de 8 de julio, y 1120/2005, de 28 de septiembre.

Dentro de estas circunstancias personales a valorar a efectos de decidir sobre la procedencia de la expulsión sustitutiva habrá de prestarse particular atención a aquellas que conforme al artículo 57.5 y 6 LE restringen las posibilidades de expulsión administrativa (*vid. infra* epígrafe II.4 *in fine*). En esta línea habrán de tenerse en cuenta y

ponderarse los casos de extranjeros que pese a no tener regularizada su situación, se encuentren en España trabajando por cuenta ajena y devengando derechos prestacionales. Debe a estos efectos recordarse que conforme al artículo 36.3 LE, aunque para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la correspondiente autorización, la carencia de la misma por parte del empresario, *no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.*

Por tanto, en supuestos en los que la expulsión automática del artículo 89 conduzca a resultados que contraríen la doctrina del TEDH habrán los señores Fiscales de optar por no solicitar la expulsión. En todo caso habrá de exigirse en estos supuestos una motivación justificante de la derogación de la regla general.

1.3.3 *Procedimiento para la decisión sobre la sustitución*

La decisión sobre la sustitución tiene su cauce natural en la propia sentencia. Del tenor literal del precepto parece que la audiencia del Ministerio Fiscal solamente es necesaria para excepcionar la regla general. Sin embargo, conforme a la STS 514/2005, de 22 de abril la sustitución en aplicación del artículo 89 del Código Penal «está sujeta a una previa audiencia en la que debe informar el Ministerio Fiscal sobre su procedencia».

Por tanto, comoquiera que expulsión sustitutiva de la pena ha de ser decidida en sentencia, y en tanto su aplicación no es automática, los señores Fiscales habrán de pronunciarse en el escrito de calificación provisional y, en su caso, excepcionalmente, en el trámite de elevación a definitivas de las conclusiones, interesando la sustitución, o pronunciándose respecto de la procedencia del cumplimiento de la pena.

Además, de este modo se permite también al acusado la posibilidad de realizar alegaciones y proponer y practicar prueba, que puede, por ejemplo, referirse a los presupuestos de la expulsión, esto es, a si el mismo es o no residente legal en España. A través de esta vía se alcanza una interpretación más acorde con la Constitución evitándose cualquier atisbo de indefensión, que podría generarse siguiendo unos criterios hermenéuticos estrictamente gramaticales. La necesidad de salvaguardar la audiencia del reo había sido por lo demás resaltada tanto por el TS (*vid.* STS 17/2002, de 21 enero) como por el TC (STC 242/1994, de 20 de julio).

La exigencia de respeto al principio de audiencia y la necesidad de plantear la petición ordinariamente en conclusiones provisionales ha

sido por lo demás recordada en la STS 901/2004, de 8 de julio que afirma que *se denuncia lo sorpresivo de la petición del Ministerio Fiscal efectuada en el trámite de conclusiones definitivas... Lo usual será que tal petición se efectúe en las conclusiones provisionales, lo que permite conocer ex ante y temporáneamente tal petición para efectuar las alegaciones y probanzas que se estimen procedentes por la parte afectada. En el presente caso tal momento supuso, de hecho, una indefensión con trascendencia en la quiebra de la protección de derechos fundamentales como el de defensa, causante de indefensión y protección a la familia –artículo 16 Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 8 del Convenio Europeo y artículo 39 de la Constitución–. La exigencia de audiencia al reo puede considerarse netamente asentada (vid. SSTS 710/2005, de 7 de junio y 274/2006, de 3 de marzo).*

Los señores Fiscales habrán de incluir el pronunciamiento sobre la sustitución de la pena por la expulsión en la conclusión quinta, tras la pena concreta solicitada, bien interesando la expulsión sustitutiva, bien el cumplimiento ordinario.

Seguirán siendo de aplicación los criterios sentados por la Circular 3/2001 en relación con la no vinculación del órgano jurisdiccional a la petición del penado para que se le expulse: la medida de expulsión no debe ser considerada como un beneficio ni atribuye un derecho subjetivo para exigir del juez o tribunal un trato benévolo en comparación con el dispensado a los penados españoles o a los extranjeros residentes. El juez o tribunal no está obligado a otorgar la expulsión ni sujeto a una interpretación necesariamente favorable al reo en virtud del principio *pro libertate* que en modo alguno resulta aplicable al caso (ATC 33/1997). Este es por lo demás el criterio implícitamente asumido por la STS 906/2005, de 8 de julio. Sin embargo debe ahora introducirse un importante matiz: el Tribunal está con carácter general obligado a la expulsión, por lo que en estos casos habrá de acordarla incluso a instancia del propio acusado, salvo que de forma motivada acuerde la efectiva ejecución de la pena.

La decisión sobre la expulsión sustitutiva requiere motivación. Ello hace igualmente exigible que la petición que pueda realizarse en tal sentido por el Fiscal sea razonada. En este sentido, la STS 1162/2005, de 11 de octubre deja sin efecto la expulsión acordada en el fallo de la sentencia en la medida de que además de no ser pedida la misma por el Ministerio Fiscal se ha acordado sin una motivación ante las concretas circunstancias del caso, ya que la motivación obrante... se refiere en clave genérica a un interés del Estado a la vista de que la

pena impuesta ha sido la mínima, lo que se estima insuficiente desde la exigencia de motivación que se propugna. La STS 274/2006, de 3 de marzo considera doctrina de la sala la exigencia de motivación para decidir la expulsión.

I.3.4 *Posibilidad de decidir la expulsión en ejecución de sentencia*

A la vista del tenor literal del nuevo artículo 89 CP parece que ya no cabría admitir el aplazamiento de la decisión de concesión o no de la expulsión sustitutiva a la fase de ejecución de sentencia, como se permitió durante la vigencia de la anterior versión del artículo 89 por el TS (*vid.* SSTS 330/1998, de 3 de marzo, y 1381/2000, de 11 de septiembre). Con el nuevo régimen, la sustitución (tanto la íntegra como la parcial) ha de acordarse, en principio imperativamente en sentencia, por lo que los señores Fiscales habrán de interponer en su caso los correspondientes recursos ante la injustificada falta de pronunciamiento expreso, en uno u otro sentido, sobre la expulsión.

La *voluntas legis* es clara al respecto: se pretende que la decisión se adopte ya en la sentencia, sin diferirla a otro ulterior momento procesal.

Podría inicialmente entenderse que al no existir una prohibición expresa en el artículo 89 CP, cabría, al igual que ocurre con la sustitución del artículo 88 CP, superando la literalidad del precepto y como excepción a la norma general, en atención a una exégesis teleológica, de forma congruente con la finalidad de la reforma –que es, recordemos, evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto– instar que se adopte la expulsión sustitutiva en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta además que la expulsión sustitutiva es una alternativa a la pena privativa de libertad que puede ser beneficiosa tanto para el Estado como para el propio penado.

Ya la jurisprudencia menor había admitido la posibilidad de acordar la expulsión en ejecución de sentencia [SSAP Vizcaya (Sección 2.^a) de 25 de febrero de 2004 y Ciudad Real núm. 45/2004 de 7 abril]. La STS 298/2004, de 12 de marzo también parece apuntar implícitamente hacia la admisibilidad de diferir el pronunciamiento sobre la expulsión a la fase de ejecución de sentencia. Esta misma admisión implícita cabe extraerla de las SSTS 1249/2004, de 28 de octubre y 514/2005, de 22 de abril. Esta última sentencia expresamente remite al trámite de ejecutoria para que con audiencia de las partes se decida sobre la aplicación del artículo 89 CP. También la STS 274/2006, de 3 de marzo, tras dejar sin efecto una expulsión sustitutiva por no

haberse respetado el principio de audiencia, declara que «no procede hacer pronunciamiento alguno sobre tal expulsión, sin perjuicio de lo que se solicita (*sic*) o acuerde en el trámite de ejecución de sentencia».

Los problemas de la sustitución en ejecución de sentencia han sido abordados recientemente por la STC 145/2006, de 8 de mayo, dictada por la Sala Segunda del máximo intérprete de la Constitución en resolución de un recurso de amparo. Esta sentencia analiza si la sustitución de la pena de menos de seis años por la expulsión, operada en ejecución de sentencia vulnera el derecho a la ejecución de las Sentencias en sus propios términos como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El propio TC declara que «en el control de la corrección de la actuación judicial al ejecutar el fallo habrá de contrastarse... el sentido del fallo mismo interpretado en su propio contexto; de otro lo resuelto con posterioridad para llevarlo a cabo, analizando si existió o no un desvío irrazonable, arbitrario o erróneo en relación con el contenido y alcance de los pronunciamientos que integran la parte dispositiva de la resolución ejecutada».

Analizando el caso concreto, el TC declara que «...la interpretación efectuada por el órgano judicial, según la cual cabe aplicar en este supuesto, en fase de ejecución, la nueva normativa, resulta irrazonable básicamente por dos razones: de un lado porque el texto del artículo 89.1 CP vigente al tiempo de dictarse la Sentencia condenatoria facultaba al órgano judicial para acordar la sustitución y, pese a ello, nadie la solicitó ni aquél la acordó pudiendo hacerlo; de otro porque la nueva redacción del artículo 89.1 CP prevé la sustitución en Sentencia si la pena privativa de libertad es inferior a seis años, y únicamente en el caso de que la pena sea superior a seis años cabe acordar la expulsión del territorio nacional en fase de ejecución, lo que no sucede en el caso presente. A ello cabe añadir que la irrazonabilidad de la interpretación se hace aún más evidente si se tiene en cuenta que, de ejecutarse las resoluciones judiciales impugnadas, en puridad no estaríamos ante una verdadera y propia sustitución, sino que, dado lo avanzado del cumplimiento de la pena privativa de libertad por el penado, realmente se produciría una acumulación sucesiva de dicha pena y de la medida de expulsión... los Autos impugnados, con base en una argumentación manifiestamente irrazonable, añaden una nueva consecuencia jurídica que altera de modo esencial el contenido del fallo y la correspondiente ejecución de la Sentencia condenatoria en los términos allí plasmados, lesionando

de este modo el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE».

La doctrina derivada de esta sentencia apunta a la imposibilidad de sustitución de la expulsión en ejecución de sentencia, por alterar de forma irrazonable de modo esencial el contenido del fallo. No obstante, para precisar las consecuencias que caben extraerse de esta sentencia deben subrayarse dos aspectos: en primer lugar, que en el caso analizado la sentencia nada decía acerca de la posibilidad de que en ejecución de sentencia se decidiera la sustitución. En segundo lugar, que se trataba de un supuesto patológico en el que la pena privativa de libertad se hallaba en avanzado estado de ejecución.

Desde estas coordenadas, aun siguiendo la doctrina establecida por la STC 145/2006 y, por tanto, partiendo de que si nada se hubiera establecido en la sentencia firme sobre la expulsión sustitutiva no cabrá promoverla en ejecución de sentencia, habrán los señores Fiscales de partir de la admisibilidad de la apertura del incidente de sustitución de la pena por la expulsión en fase de ejecución en dos supuestos: 1.º) Cuando la sentencia se plantee la aplicación de la expulsión sustitutiva pero por concurrir alguna causa justificada difiera la decisión a la fase de ejecución de sentencia, en cuanto no existiría aquí una alteración esencial del contenido del fallo; y 2.º) Cuando quien solicite en ejecución de sentencia la sustitución de la pena por la expulsión sea el propio reo, al entender que en tal contexto, valorada la sustitución como beneficio, no se conculcaría ninguna garantía del mismo y por contra podría entenderse que si el fallo no se ha pronunciado pese a concurrir los requisitos legales se le ha privado injustificadamente de un beneficio. Debe a estos efectos recordarse que el Reglamento Penitenciario expresamente establece la obligación de los centros de informar a los reos sobre las posibilidades de interesar la sustitución de la pena por la expulsión (art. 52.2 RP).

En todo caso, en estos supuestos limitados en los que se promueva una resolución de expulsión sustitutiva después de dictada sentencia, será necesario dar audiencia al penado asistido de su letrado, permitiéndole incluso articular prueba sobre los presupuestos de la expulsión, y debiendo adoptar la decisión la forma de auto motivado, susceptible de los correspondientes recursos. Por supuesto, también habrá de darse audiencia al Fiscal, quien al despachar el trámite en fase de ejecución habrá de tener presente la posición adoptada al respecto por el Ministerio Público durante las fases anteriores del procedimiento, sin perjuicio de valorar datos nuevos o circunstancias sobrevenidas.

I.4. LA EXPULSIÓN COMO MEDIDA SUSTITUTIVA DEL CUMPLIMIENTO DEL ÚLTIMO TRAMO DE LA PENA DE PRISIÓN

El texto del anterior artículo 89 disponía que *los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena.*

En el nuevo texto, el ámbito de esta expulsión sustitutiva del último tramo de la pena se amplía, pues se dispone que *los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena...*

Por tanto, la expulsión surtirá sus efectos no solamente tras el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena sino incluso cuando antes se hubiera concedido al reo el tercer grado.

El legislador parte de que en estos supuestos de pena muy grave, el cumplimiento de la pena es ineludible, y solamente renunciable cuando se extingue mediante la ejecución su núcleo central.

La sustitución parcial no está sujeta en sus presupuestos aplicativos a ningún límite máximo desde el punto de vista penológico.

A diferencia del supuesto de la sustitución de la pena en su integridad aquí si se exige expresamente que el Ministerio Fiscal inste la aplicación de la medida. Aunque la sustitución en estos casos va a operar en un momento futuro incierto, pues no puede conocerse *a priori* cuando va a serle concedido al reo el tercer grado, la petición habrá de formularse por los señores Fiscales en el escrito de calificación provisional.

En principio no hay obstáculos –como tampoco los hay en los supuestos de sustitución íntegra– para introducir la petición en trámite de elevación de las conclusiones a definitivas si se ha omitido con anterioridad, sin perjuicio de que en tales supuestos y para evitar cualquier sombra de indefensión deba concederse a la defensa a solicitud de la misma un plazo adicional para poder estudiar posibles alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes, aplicando analógicamente lo dispuesto en el artículo 788.4 LECrim.

Pero en todo caso, la ortodoxia procesal y la necesidad de preservar en plenitud el derecho de audiencia, de contradicción y de defensa

hacen que ordinariamente deba incluirse este *petitum* desde la fase de calificación inicial.

Los señores Fiscales, en el despacho de las ejecutorias habrán de controlar la correcta aplicación de la expulsión cuando llegue el momento, promoviendo la corrección de cualquier retraso o prolongación en el cumplimiento.

El Tribunal debe acordar imperativamente en sentencia la expulsión sustitutiva parcial prevista en el párrafo 2.º del artículo 89, aunque también se prevé la posibilidad de excepcionar esta regla general de forma motivada, cuando *aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España*. También cabrá en estos casos excepcionar la regla general y optar por solicitar el cumplimiento ordinario cuando la expulsión automática del artículo 89 conduzca a resultados que contraríen la doctrina del TEDH.

I.5 LA EJECUCIÓN DE LA EXPULSIÓN ACORDADA CONFORME AL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL

La reforma 11/2003, pese a que según su Exposición de Motivos pretendía ... *dar adecuado cauce a que el juez penal acuerde la sustitución de la pena impuesta al extranjero no residente legalmente en España que ha cometido un delito, por su expulsión*, incurrió en una flagrante omisión en cuanto a la regulación del procedimiento para materializar la expulsión.

Tal omisión ha sido solventada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, *de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, que en su disposición adicional decimoséptima, sobre *Comunicaciones de los órganos judiciales a la autoridad gubernativa en relación con extranjeros*, establece en su párrafo segundo la obligación de los órganos judiciales de comunicar a la autoridad gubernativa *las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión*. El apartado 2.º del artículo 152 RE reproduce la disposición adicional decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003.

Debe entenderse que cuando se trate de sentencias dictadas de conformidad en el Juzgado de guardia, podrá el Juez de Instrucción acordar el ingreso en prisión por aplicación del artículo 801.1.4 LECrim. En estos supuestos la conformidad del reo con la pena debe ir precedida de información suficiente de que ésta va a ser sustituida por la expulsión.

La misma disposición decimoséptima establece que *a estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial.*

La regla general será pues el inmediato ingreso en prisión, pero la rigidez de tal disposición debe tener alguna posibilidad de flexibilización para evitar en algún supuesto resultados desproporcionados. En efecto, cabe en circunstancias definidas por su excepcionalidad y tratándose de reos en libertad provisional durante el proceso, otorgar un plazo –que en ningún caso podrá ser inferior a 72 horas (art. 64.1 LE)– para cumplir voluntariamente la sentencia, abandonando el territorio nacional. Esta solución es especialmente recomendable para supuestos de penas cortas que de ordinario no habrían motivado el ingreso en prisión, cuando además el penado ofrezca garantías de que va efectivamente a abandonar el territorio nacional. El artículo 28.3 LE parte de la admisibilidad de este procedimiento de ejecución cuando dispone que *la salida será obligatoria en los siguientes supuestos: a) Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal.*

Para todos estos supuestos en los que por las circunstancias concurrentes no se estime procedente el inmediato ingreso en prisión, la LE permite encauzar las actuaciones subsiguientes de una forma más respetuosa con el principio de proporcionalidad. Por tanto, existiendo una resolución de expulsión ya dictada y notificada (en este caso, la sentencia) si no se estima procedente el ingreso inmediato en prisión, podrá fijarse el plazo en el que el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio español, que, en ningún caso, podrá ser inferior a las setenta y dos horas, comunicándose tal decisión a la autoridad gubernativa. Si se incumple el plazo de salida voluntaria por el extranjero, el tribunal sentenciador siempre podrá proceder conforme a lo dispuesto en la disposición decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003 para hacer efectiva la expulsión decretada.

I.6 IMPOSIBILIDAD DE EJECUTAR LA EXPULSIÓN SUSTITUTIVA ACORDADA

El artículo 89.1 párrafo 5.º dispone que *en el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente.*

Por tanto, y siguiendo los criterios sentados por la Circular 3/2001, habrá de exigirse de las autoridades gubernativas y los servicios policiales la comunicación inmediata de la práctica de la expulsión o de las razones que en su caso imposibiliten su realización, y si por cualquier motivo la expulsión no se materializa habrá de instarse el alzamiento de la suspensión del proceso penal y la continuación del mismo.

Debe aquí recordarse que la pena impuesta no se extingue, sino que simplemente queda en suspenso y es sustituida por la expulsión una vez ésta llega a materializarse.

El artículo 89.1 párrafo 3.º dispone que la expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal. El artículo 80 se refiere a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, el artículo 87 se refiere a la suspensión en los supuestos de drogadicción y alcoholismo y el artículo 88 se refiere a la sustitución de las penas privativas de libertad. La sustitución de la pena por la expulsión es incompatible con las resoluciones a que se refieren los artículos mencionados.

La exclusión de la aplicación de los artículos 80, 87 y 88 CP solamente afecta a los supuestos en los que se lleva a efecto con éxito la expulsión. Frustrada ésta, los señores Fiscales habrán de partir de que tales preceptos recobran su aplicabilidad, sin que por tanto pueda interpretarse el inciso *cumplimiento de la pena privativa de libertad* como inexorable ingreso en prisión. Una exégesis acorde con los valores constitucionales llevaría en tales supuestos a la aplicación de las disposiciones generales sobre la ejecución de la pena. Otra interpretación supondría un tratamiento jurídico diferenciado para el extranjero, más gravoso y, sin duda contrario a la Constitución por discriminatorio. Cabrá por tanto aplicar, en los casos en que sea procedente, las disposiciones sobre sustitución y suspensión de la pena.

El Tribunal Constitucional ha sancionado por lo demás recientemente esta interpretación en su ATC 132/2006, de 4 de abril, al establecer que «el extranjero cuya expulsión no haya podido realizarse en el plazo máximo legal establecido tiene acceso, en la medida en que reúna

los requisitos legalmente exigidos para ello en los artículos 80, 87 y 88 CP, a la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta, o a su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que los penados de nacionalidad española y que los penados extranjeros con residencia legal en España».

Esto no obstante, cuando la imposibilidad de materializar la expulsión se hubiera debido a una voluntad deliberadamente rebelde del penado extranjero concretada en actos obstruccionistas, tal circunstancia habrá de ponderarse debidamente a la hora de optar por el cumplimiento en prisión o por la suspensión o sustitución de la pena, para evitar que resulten «premiados» dichos comportamientos, lo que constituiría una incoherencia desde el punto de vista político criminal.

I.7 EFECTOS DE LA EXPULSIÓN SUSTITUTIVA

La prohibición de regreso se prolonga durante todo el plazo de prescripción de la pena pero jugando como tope mínimo regirá el plazo de 10 años desde la fecha de la expulsión. Por ello, si la pena impuesta es de más de cinco y menos de diez años de prisión, conforme al artículo 133 CP el plazo de prescripción y por tanto de prohibición de regreso será el de quince años.

Los señores Fiscales habrán de incluir en la conclusión quinta la petición de prohibición de regreso durante el plazo que conforme al artículo 89.2 CE proceda, al ser esta sanción una consecuencia jurídica ligada al delito.

Los criterios a seguir ante los supuestos de tentativa de regresar o de regreso a España consumado por parte del extranjero en incumplimiento de la prohibición serán en ambos casos los de devolución inmediata. Ya no cabrá la posibilidad prevista en el inciso final del artículo 89.2 CP en su redacción originaria, conforme al cual «si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas», ni la previsión de la Circular 3/2001 en el sentido de que en tal caso el reo será ingresado en prisión para cumplir la totalidad de la pena pendiente. Tampoco procederá la apertura de nueva causa por desobediencia o quebrantamiento de condena. La respuesta que en todo caso prevé el nuevo artículo 89.3 es la de devolución por la autoridad gubernativa. Esta interpretación se amolda por lo demás a la disposición general contenida en el artículo 58.2 LE, conforme a la que «no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España; b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país.»

No obstante, si no pudiera materializarse esta segunda expulsión entraría en juego el párrafo 4.º del artículo 89.1, con el consiguiente inicio o reinicio de la pena total o parcialmente sustituida.

Desde el punto de vista de los efectos civiles de la expulsión, habrán de mantenerse los criterios sentados por la Circular 3/2001: la expulsión no ha de ser óbice para que se concluyan las piezas separadas de responsabilidad civil, que no deberán ser archivadas hasta que se hayan concluido debidamente, procurando en su caso la localización y realización de los bienes del reo que puedan ser objeto de traba en España. El archivo de la ejecutoria penal no justifica el automático cierre de la pieza separada de responsabilidad civil si existen bienes embargados o se han localizado fuentes de ingresos que puedan servir para satisfacer las indemnizaciones declaradas en sentencia, pudiendo continuarse por tanto la tramitación a tales efectos, sin perjuicio del necesario respeto de los derechos fundamentales del sometido a ejecución.

En todo caso debe tenerse presente que el nuevo régimen no incluye un requisito como el previsto en el artículo 21.2 Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, a cuyo tenor «...el Juez o Tribunal podrán acordar... su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueran aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar...». No habrá pues de considerarse como impedimento para la expulsión la falta de aseguramiento de responsabilidades civiles. Esta fue, por lo demás, la interpretación que realizó el TC analizando el cambio que supuso el anterior artículo 89 (que a tales efectos es idéntico al actual) respecto del artículo 21 Ley Orgánica 7/85 (*vid.* ATC 106/1997, de 17 abril).

I.8 EXPULSIÓN SUSTITUTIVA DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA O DE OTROS PAÍSES ASIMILADOS

En este punto ha de realizarse una remisión en bloque a los criterios sentados en la Circular 3/2001, que concluía con que el artículo 89 CP difícilmente podrá ser aplicado a un ciudadano comunitario, constatando por lo demás la dificultad adicional para que la medida resultase efectiva, teniendo en cuenta la existencia de un espacio común sin fronteras creado por las normas de Schengen.

Estas conclusiones se refuerzan con la regulación contenida en la reciente Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que dispone en su artículo 33 que el Estado miembro de acogida sólo podrá emitir una orden de expulsión del territorio de un ciudadano

comunitario como pena o medida accesoria a una pena de privación de libertad, cuando dicha orden cumpla los requisitos de los artículos anteriores. Estos requisitos –generales para la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea o de miembros de su familia– por lo que ahora interesa se concretan en que conforme al artículo 27 las limitaciones a la libertad de circulación y residencia sólo podrán acordarse por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos. Las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas. La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general. El artículo 28 dispone que antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen.

Debe tenerse en cuenta, respecto de las indicaciones contenidas en la Circular 3/2001, que con posterioridad se ha promulgado el Real Decreto 178/2003, de 14 febrero que regula la materia relativa a libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea, Confederación suiza y de los nacionales de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Por tanto, las consideraciones que en este apartado se realizan son aplicables a los ciudadanos de la Unión, Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein.

El Real Decreto 178/2003 se aplica, también conforme a su artículo 2, *«cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que a continuación se relacionan, y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos: a) A su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho. b) A sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de veintidós años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas. c) A sus ascendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separa-*

dos de derecho, que vivan a sus expensas, con la excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges».

Debe sin embargo tenerse en cuenta que la STS (sala tercera) de 10 de junio de 2004 ha anulado el inciso «y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos».

Se mantiene por tanto el criterio de que los señores Fiscales deberán, con carácter general y salvo supuestos excepcionales, informar negativamente las solicitudes de expulsión relativas a ciudadanos comunitarios y asimilados que, al amparo de lo previsto en los artículos 57.7 LE y 89 CP les trasladen para informe los órganos judiciales competentes. Esos supuestos excepcionales habrán de poder ser reconducidos a las razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública a que se refiere el artículo 16 del Real Decreto 178/2003 y la Directiva 2004/38/CE y respetando las peculiaridades procedimentales establecidas en el artículo 17 del referido Decreto.

I.9 SUSTITUCIÓN JUDICIAL DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD POR LA EXPULSIÓN

El artículo 108.1 CP tras la reforma operada por Ley Orgánica 11/2003 dispone que *si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.*

Pese al tenor literal del precepto, que apunta a que la sustitución opera respecto de cualquier medida de seguridad, parece que una interpretación sistemática, a la luz de los criterios sentados por el artículo 89 y del principio de proporcionalidad, aboga por entender que solamente es aplicable para medidas de seguridad privativas de libertad, incluyendo, eso sí, las impuestas por los delitos de tráfico de seres humanos contemplados en el artículo 89.4 CP respecto de los que no se hace ninguna alusión. No obstante, respecto de estos últimos, cabrá inaplicar la expulsión sustitutiva pues el precepto permite con carácter general tal inaplicación por el órgano jurisdiccional y previa audiencia del Ministerio Fiscal, cuando *excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España»* (art. 108.1 CP).

En cuanto al plazo de la prohibición de regreso a España el artículo 108 se separa del 89 y establece un sistema de plazo único de diez años.

I.10 PLURALIDAD DE CAUSAS ABIERTAS

Cuando el extranjero no residente legal está sometido a varios procedimientos penales, es indispensable la coordinación a través del servicio de extranjería de cada Fiscalía para dar una respuesta global, armónica y coherente con los fines de nuestro ordenamiento.

Si el penado extranjero tiene otra u otras causas penales pendientes de enjuiciamiento, no existirá ningún obstáculo para que, una vez acordada la expulsión sustitutiva en la causa ya finalizada, concurriendo los requisitos, se autorice la expulsión, conforme al artículo 57.7 LE, por los Juzgados que estén conociendo las causas no finalizadas por sentencia. De no concederse tal autorización podrá hacerse uso del inciso *in fine* del apartado 1.º del artículo 89 CP, conforme al que en el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente.

II. EL FISCAL Y LA MEDIDA CAUTELAR DE INTERNAMIENTO

II.1 Introducción

La intervención del Fiscal en materia de internamientos cautelares de extranjeros debe inspirarse en su función de *patronus libertatis*. No ha de olvidarse que la medida supone aplicar una privación de libertad a personas que ni han sido condenadas penalmente (o si lo han sido no se ha estimado procedente el inicio de la ejecución de la pena) ni han sido sometidas a una medida cautelar personal penal (en caso de estar imputadas en un proceso penal). Debe tenerse también presente que el derecho a la libertad es uno de los denominados derechos «innatos absolutos». El extranjero –sea cual sea su situación en España– goza del mismo sin necesidad de ningún reconocimiento legal, pues su disfrute es inherente a la dignidad humana (*vid.* SSTC 115/1987, 144/1990, 55/1996 y 179/2000).

La doctrina emanada de la Fiscalía General del Estado ha sido en este punto constante. Desde la Instrucción 6/1991, de 23 de octubre, *sobre garantías en las autorizaciones judiciales de internamiento de extranjeros sometidos a procedimientos de expulsión* se promovía la necesidad de partir de que la medida del internamiento, por la naturaleza del bien jurídico implicado, ha de estar inspirada por un principio

de excepcionalidad. La Circular 1/1994 de 15 de febrero, *sobre intervención del Ministerio Fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España* declaraba que la adopción de la medida de internamiento debe producirse únicamente y dada su excepcionalidad cuando sea imprescindible para asegurar el fin de la expulsión, y durante el menor tiempo posible y llevarse a cabo de forma que nunca represente una situación de mayor aflicción que la que en sí misma conlleva toda detención y pérdida de libertad, y siempre bajo la supervisión del Juez y del Ministerio Fiscal.

Debe operarse, pues, con las mayores cautelas, y –dentro de los márgenes que *de lege data* confiere la legislación– promover una decidida fiscalización del cumplimiento de los requisitos legales por parte del Ministerio Fiscal.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001 realizó un profundo análisis de los criterios a seguir por los Fiscales en relación con esta medida cautelar. En este punto debe recordarse la plena vigencia de tales criterios, haciendo una remisión global a los mismos y evitando así antieconómicas reiteraciones.

No obstante, la práctica y algunas específicas novedades normativas obligan a realizar algunos recordatorios e introducir algunos criterios adicionales de carácter puntual.

En todo caso la actuación de los señores Fiscales en el control de legalidad de los internamientos se extiende a todas las modalidades de internamiento de extranjeros regulados en la Ley. Por tanto, habrán de entenderse comprendidos: 1) los internamientos de extranjeros detenidos por causa de expulsión, en los supuestos expresamente previstos, mientras se tramita el procedimiento [art. 61.1.e) y 62 LE]; 2) el internamiento de extranjeros ya expulsados, si hubieran incumplido la orden de salida (art. 64.1 LE); 3) los internamientos de extranjeros detenidos en territorio español contra los que exista una resolución de expulsión de otro Estado miembro de la Unión Europea (art. 64.3 LE); 4) los internamientos por causa de devolución por encontrarse en España vulnerando una prohibición de entrada vigente [art. 58.2.a) y 58.5 LE]; 5) los internamientos por causa de devolución respecto de extranjeros detenidos cuando pretendían entrar ilegalmente en España [art. 58.2.b) y 58.5 LE]; y 6) los internamientos en los casos de denegación de entrada con acuerdo de retorno (art. 60.1 LE).

Debe tenerse presente que el requisito de la celebración de la audiencia es en principio aplicable a todos los supuestos de internamiento.

Siendo la finalidad del internamiento en todos los casos asegurar la ejecución de la expulsión, devolución o retorno, los señores Fiscales

se pronunciarán en contra del internamiento o instarán el cese del mismo si su cumplimiento hubiera comenzado cuando se constate que dicha ejecución resulta de imposible materialización.

El internamiento sólo tiene sentido para materializar la expulsión, devolución o retorno. Por ello el Juez de Instrucción no puede legalmente mantenerlo cuando la autoridad gubernativa interesa el cese por no ser posible ejecutar la salida del territorio nacional del internado. Incluso cuando habiéndose acordado el internamiento se hubiere interpuesto un recurso contra el mismo, si la autoridad gubernativa pide el cese del internamiento, habrá de procederse a acordar en tal sentido, sin esperar la resolución de la impugnación presentada contra el auto de internamiento.

Por ello, no procederá el internamiento cuando el extranjero esté incurso en una causa penal en la que la índole del delito impida autorizar la expulsión. En estos supuestos habrá en su caso de ponderarse la procedencia de la prisión provisional, no siendo el internamiento una alternativa a la medida cautelar penal.

Debe también recordarse que «el procedimiento de habeas corpus queda manifiestamente fuera de lugar cuando... la intervención judicial ya se ha producido con la aplicación de la Ley de Extranjería, sin que todavía hubiera transcurrido el plazo que para la duración del internamiento se había fijado por el Juez» (SSTC 315/2005, 316/2005, 317/2005, 318/2005, 319/2005, 320/2005, 321/200, todas ellas de 12 de diciembre).

La anterior doctrina debe interpretarse en sus propios términos, de modo que no cabrá entender ajustada a Derecho la inadmisión de plano del procedimiento de habeas corpus cuando no habiéndose oído todavía al detenido, la autoridad judicial prevea que, en virtud de la legislación de extranjería, va a tener que intervenir en breve para la decisión de internamiento. El habeas corpus está configurado en nuestro ordenamiento jurídico de manera absolutamente independiente de cualquier otro mecanismo de garantía de la libertad personal (como es el previsto en el art. 61 LE) y, únicamente en los casos en los que por mera coincidencia temporal se ha llevado a cabo el control judicial de la situación del detenido con anterioridad a la decisión de admisión o no del procedimiento de habeas corpus podrá entenderse constitucionalmente legítima la decisión de inadmisión de plano de dicho procedimiento, puesto que en estos casos, dicha inadmisión se produce cuando la situación del solicitante ya ha sido controlada por la autoridad judicial (STC 169/2006, de 5 de junio).

Por otro lado, un internamiento decidido judicialmente que se extienda más allá del plazo señalado en el auto dictado al efecto pasa

a ser una situación de privación de libertad que, por carecer ya del fundamento judicial que lo hizo constitucionalmente legítimo, no tiene más apoyo que la voluntad gubernativa, lo que la hace objeto posible de una solicitud de habeas corpus (SSTC 303/2005 y 115/1987).

En relación con las privaciones de libertad en aplicación de la LE y el procedimiento de habeas corpus, conforme a la doctrina acuñada por el TC, habrán de observar los señores Fiscales los siguientes criterios:

1) Tienen el carácter de situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente, y por tanto susceptibles de control a través del procedimiento de habeas corpus, entre otras, las detenciones impuestas en materia de extranjería (SSTC 46/2006, de 13 de febrero y 93/2006, de 27 de marzo).

2) Aunque la LE sólo establece el control policial del cumplimiento de los requisitos legales para circular y residir en España con ocasión de entrar a través de los puestos fronterizos o, de manera más laxa, en el momento de abandonar el país, la Ley de protección de la Seguridad Ciudadana (LO 1/1992 de 21 febrero) sí permite a los agentes de policía identificar a las personas en la vía pública, cuando resulta necesario para ejercer sus funciones de indagación o prevención dirigidas a proteger la seguridad ciudadana de acuerdo con las leyes (art. 21,1 LSC). Entre esas funciones se incluye la de comprobar que los extranjeros que se encuentran en territorio español disponen de la documentación obligatoria: la que acredita su identidad, y la que acredita el hecho de encontrarse legalmente en España (art. 11 LSC), por lo que la inicial parada y requerimiento de identificación cuenta con cobertura legal (SSTC 144/1990, 12/1994 y 86/1996).

3) El criterio de que la detención no puede durar más allá del plazo estrictamente necesario es aplicable a las detenciones realizadas en aplicación de la legislación de extranjería (SSTC 86/1996, 115/1987 y 331/1993). El plazo de 72 horas que establece la Constitución es un límite máximo de carácter absoluto, sobre el que se superpone, sin reemplazarlo, el tiempo estrictamente indispensable para realizar el fin al que sirve la privación cautelar de libertad (SSTC 341/1993, y 206/1991). El límite máximo de privación provisional de libertad que permite el artículo 17 CE puede ser sensiblemente inferior a las 72 horas, atendidas las circunstancias del caso, y en especial el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas, y el comportamiento del afectado por la medida (SSTC núms. 41/1982, 127/1984, 128/1995 y 31/1996).

Desde el mismo momento en que las «averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos» finalizan, la detención policial queda privada de fundamento constitucional. En ese instante, que nunca puede producirse después del transcurso de 72 horas, pero sí antes, la policía tiene que ponerlo en libertad, o bien haberse dirigido al Juez competente, para demandar o solicitar que autorizase el internamiento del extranjero pendiente del trámite de expulsión (SSTC 86/1996, 115/1987 y 144/1990).

4) El procedimiento de habeas corpus aun siendo ágil y sencillo, de cognición limitada, no puede verse reducido en su calidad o intensidad, por lo que es necesario que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo sea plenamente efectivo. De lo contrario la actividad judicial no sería un verdadero control, sino un mero expediente ritual o de carácter simbólico, lo cual, a su vez, implicaría un menoscabo en la eficacia de los derechos fundamentales y, en concreto, de la libertad. (SSTC 169/2006 y 303/2005).

5) De acuerdo con la específica naturaleza y finalidad constitucional de este procedimiento, y teniendo en cuenta su configuración legal, adquiere especial relevancia la distinción, explícitamente prevista en los artículos 6 y 8 LOHC, entre el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia. Aun cuando la Ley permita realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad constitucional de tal resolución liminar debe reducirse a los supuestos en los cuales se incumplan los requisitos formales (tanto los presupuestos procesales como los elementos formales de la solicitud) a los que se refiere el artículo 4 LOHC. Por ello, si se da el presupuesto de la privación de libertad y se cumplen los requisitos formales para la admisión a trámite, no es lícito denegar la incoación del habeas corpus. Se admite el rechazo liminar en supuestos en los cuales no se daba el presupuesto de privación de libertad o de falta de competencia del órgano judicial (SSTC 169/2006 y 303/2005, entre otras).

6) Ante una detención, aunque venga acordada por el funcionario administrativo que ostenta competencia, si existe alguna duda en cuanto a la legalidad de sus circunstancias, no procede acordar la inadmisión sino examinar dichas circunstancias, aunque no, por supuesto, las cuestiones relativas a la procedencia de la expulsión, objeto en su caso de impugnación ante los Tribunales contencioso administrativos, sino, precisamente, las de la detención preventiva previa a la expulsión, ya que el Juez del habeas corpus debe contro-

lar la legalidad material de la detención administrativa (SSTC 86/1996 y 12/1994).

7) Las limitaciones a que se enfrentan los Juzgados de guardia, especialmente en una gran capital no pueden eximir al Juez, guardián de la libertad, de expresar –todo lo sucintamente que estime oportuno– la precisa razón legal por la que es inadmitida la petición presentada ante él en defensa del derecho fundamental (SSTC 86/1996 y 154/1995).

8) La intervención de la autoridad judicial no se limita a controlar la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa, evitando así que la detención presente el carácter de internamiento arbitrario, idea plenamente aplicable a las detenciones impuestas en materia de extranjería (SSTC 86/1996, 144/1990, 115/1987). Por eso, si el Juzgado oye solo a los funcionarios bajo cuya custodia se encuentra el detenido, se vulnera el principio esencial de igualdad de armas procesales (SSTC 144/1990, 115/1987).

9) Aunque esté acreditado que la detención tiene su origen en un expediente de expulsión del territorio nacional, ello no es bastante para justificar siempre y en todo caso la privación de libertad, que ha de ser controlada en el proceso de habeas corpus atendiendo a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión, dado que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad y la libertad debe ser respetada, salvo que se estime indispensable la pérdida de su libertad por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial (SSTC 66/1996, 115/1987, 144/1990 y 12/1994).

10) En la resolución del habeas corpus no procede abordar cuestiones tales como dispensa del visado, su obtención por silencio, o procedencia de la expulsión, objeto en su caso de impugnación ante los Tribunales contencioso-administrativos. El Juez del habeas corpus debe controlar la legalidad material de la detención administrativa (STC 66/1996, de 16 de abril).

II.2 Juez competente para acordar el internamiento

Ya la Circular 3/2001 estableció al respecto que el órgano judicial competente para decidir sobre el internamiento sería, a tenor de los artículos 60 y 62 LE y 127.1 RE, el Juez de Instrucción del lugar en

el que hubiese sido detenido el extranjero, que actuará, en estos casos, como Juez de garantías.

Las últimas reformas no han afectado a este criterio competencial, que con más claridad si cabe se refleja en el nuevo artículo 153 del Reglamento 2393/2004.

Este fuero territorial debe considerarse directamente inspirado en el artículo 496 LECrim, que establece que los detenidos se pondrán a disposición del juez más próximo al lugar en el que se hubiera hecho la detención.

Por consiguiente deberán los señores Fiscales supervisar la competencia del Juzgado ante el que se presente la solicitud de internamiento.

Debe en este punto recordarse que el artículo 275 LOPJ permite a los Jueces, cumpliendo los requisitos legales, realizar cualesquiera diligencias de instrucción penal o de otra índole en lugar no comprendido en el territorio de su jurisdicción. A través de esta vía puede darse solución a supuestos en los que los problemas de infraestructura derivados de entradas de grupos numerosos de inmigrantes irregulares exigen un inmediato traslado de los mismos a otros partidos judiciales antes de resolver sobre el internamiento. Los señores Fiscales, pues, promoverán la utilización de las posibilidades que el artículo 275 LOPJ brinda cuando sea necesario para garantizar el respeto a las reglas de competencia.

II.3 Procedimiento para tramitar las solicitudes de internamiento. Intervención del Fiscal

El silencio de la Ley en cuanto a las cuestiones de procedimiento debe llenarse con los principios procesales generales, en la búsqueda de opciones que favorezcan una tramitación garantista y simultáneamente respetuosa con la necesaria celeridad que debe inspirar un trámite que persigue la adopción de una medida cautelar que por su propia naturaleza se justifica por razones de urgencia.

En la práctica se han detectado disfunciones. En principio puede resultar indiferente tramitar el expediente bajo la denominación de Diligencias Previas o bajo otras denominaciones, siempre que se respeten los principios de audiencia, contradicción y tutela judicial efectiva.

Pero será necesario incoar unas diligencias autónomas, tanto cuando la solicitud de internamiento se realice independientemente como cuando se efectúe en el seno de un atestado presentado por la Policía por haber sido detenido el extranjero por la comisión de un hecho delictivo.

En efecto, debe desterrarse la práctica de que en este segundo caso se acuerde el internamiento en los propios autos penales, pues tal proceder puede generar importantes perturbaciones.

Si en el seno de un proceso penal se acuerda el internamiento y con posterioridad el Juez que lo ha acordado se inhibe en favor de otro Juzgado de Instrucción puede quedar el internado en un peligroso limbo jurídico, pues la competencia para controlar el internamiento y para resolver cualquier incidencia en relación con el mismo va a mantenerse en un Juzgado que ya ha remitido la causa *in toto* a otro Juzgado distinto. Este problema, si puede dar lugar a disfunciones cuando la inhibición afecta a Juzgados del mismo partido, resulta especialmente peligroso cuando la misma tiene lugar entre Juzgados de diferentes poblaciones.

Por lo expuesto, los señores Fiscales velarán por que las solicitudes de internamiento, sea cual sea su origen, sean tramitadas en procedimientos autónomos. En todo caso, de tramitarse conjuntamente con unas diligencias penales, los señores Fiscales promoverán, si se autoriza el internamiento, la deducción del oportuno testimonio para continuar la supervisión de esta medida en un procedimiento autónomo.

No obstante, esta regla de tramitación autónoma tiene su excepción en los casos en los que el internamiento solicitado y tramitado en el seno de una causa penal sea denegado y el Fiscal no considere procedente recurrir la resolución judicial, pues aquí ya no concurre la *ratio* justificadora de la necesidad de tramitar procedimientos independientes, siendo aconsejable por razones de economía procesal evitar promover actuaciones inútiles.

Por otro lado, en principio, la intervención y control del Fiscal en las Diligencias que se incoen ante la solicitud de un internamiento es *a posteriori*, una vez se le notifica la resolución.

Sin embargo, a la vista de la naturaleza de los intereses en juego, resultando afectado un derecho fundamental de la persona como es la libertad, interpretando sistemáticamente el artículo 62 LE en relación con el artículo 505 LECrim y teniendo en cuenta las funciones asignadas al Fiscal por la Constitución y su Estatuto Orgánico es conveniente –pese a la inexistencia de una disposición específica en tal sentido– la presencia del Fiscal en el acto de la audiencia y la emisión de informe previo a la decisión judicial.

La presencia del Fiscal en la audiencia y la emisión de informe previo a la decisión judicial también es aconsejable desde la lógica procesal, para poder realizar el control de legalidad del internamiento para el que indubitadamente está legitimado con plenitud de cono-

cimiento y para favorecer una decisión conforme a la valoración imparcial del Fiscal.

Por ello, aunque ha de partirse de que el Juez de Instrucción conforme a la legislación vigente es el competente para adoptar la decisión sobre el internamiento solicitado, sin necesidad de informe o audiencia previa del Ministerio Público, los señores Fiscales interesarán que se les cite para la audiencia. Igualmente los señores Fiscales interesarán de los Juzgados de Instrucción que se les dé traslado para emitir informe sobre el internamiento solicitado con carácter previo a la decisión judicial.

II.4 Contenido de la audiencia previa a la resolución de la solicitud de internamiento para la expulsión

La LE no regula con la necesaria precisión el contenido de la audiencia al extranjero para el que se solicita una medida de internamiento, que debe realizar el juez de instrucción competente. No obstante, la previsión expresa de tal audiencia, que en sí ya puede considerarse un avance, debe articularse de modo que se respeten los principios de contradicción y defensa, y de forma que se dé cauce al extranjero para poder aportar elementos de prueba que permitan fundamentar sus alegaciones a fin de que la autoridad judicial pueda valorar todas las circunstancias concurrentes antes de decidir sobre la procedencia de la medida cautelar interesada.

Ya la STC 115/1987, de 7 de julio, consideró que la decisión judicial en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, había de ser «adoptada mediante resolución judicial motivada», que debía respetar los derechos fundamentales de defensa y cumplir la exigencia de que «toda persona privada de su libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un Tribunal, y por ello con unas garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal», añadiendo el TC que «la intervención judicial no sólo controlará el carácter imprescindible de la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa, evitando así que la detención presente el carácter de un internamiento arbitrario».

Deberán por consiguiente rechazarse interpretaciones formalistas, que ajustándose a la letra de la Ley incumplan su espíritu. La audiencia debe permitir al extranjero, con asistencia letrada, alegar y practicar prueba pertinente, siendo ésta la interpretación correcta conforme a la Constitución y a la doctrina sentada por su intérprete máximo.

La Recomendación del Defensor del Pueblo a la Fiscalía General del Estado contenida en el núm. 5.2 de su Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España interesa que el Ministerio Fiscal favorezca las posibilidades de participación de los letrados en la audiencia, así como la posibilidad de que éstos propongan la práctica de alguna prueba o anuncien su presentación.

En realidad ya la Circular 3/2001 propició una exégesis garantista al mantener que «la previa audiencia del interesado... permitirá a éste efectuar sus alegaciones y presentar sus medios de defensa... se pretende evitar todo atisbo de indefensión que pudiera sufrir el extranjero abocado a una eventual restricción de su libertad, debiendo arbitrarse los medios necesarios para que dicha audiencia se efectúe en las condiciones más favorables para el extranjero, lo que exigirá, siempre que resulte necesario, la presencia de un intérprete».

Por tanto, no cabe en este punto sino recordar la consolidada doctrina de la Fiscalía General del Estado al respecto exhortando a los señores Fiscales a favorecer estas vías hermenéuticas en pro de la efectividad del derecho a la tutela judicial de las personas respecto de las que se solicita internamiento.

La posible concurrencia de las circunstancias previstas en los apartados 5.º y 6.º del artículo 57, en tanto restringen las posibilidades de expulsión, también limitan la procedencia del internamiento, por lo que pueden ser objeto de alegación y prueba en el curso de la audiencia previa. Recordemos que tales circunstancias son: 1) haber nacido en España y haber residido legalmente en los últimos cinco años; 2) tener reconocida la residencia permanente; 3) ser español de origen que hubiera perdido la nacionalidad española; 4) ser beneficiario de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, y ser beneficiario de una prestación contributiva por desempleo o de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral; 5) ser cónyuges de los extranjeros, ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y hayan residido legalmente en España durante más de dos años; 6) ser mujer embarazada cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.

II.5 Criterios para decidir el internamiento a efectos de expulsión

Como *prius* lógico habrá de exigirse que la documentación remitida por la Policía incorpore datos sobre las verificaciones efectuadas

sobre la identidad del extranjero presentado como detenido, así como todas las anotaciones que obren en los ficheros policiales sobre el mismo.

Deberán los señores Fiscales tener en cuenta que no cabe entrar en el fondo de la resolución administrativa, intentando desentrañar si concurre o no la concreta causa de expulsión aducida por la Administración, pues ello no es competencia del Fiscal de guardia. Será en vía administrativa y, en su caso, en vía contencioso administrativa, a través de los recursos legalmente previstos, donde habrá de dilucidarse la conformidad o no a Derecho del acto administrativo.

Deberá también comprobarse, en su caso, que el expediente no esté afectado por la caducidad o por la prescripción. La caducidad se produce por el transcurso de 6 meses desde la incoación del expediente administrativo de expulsión hasta la notificación al interesado del Decreto de expulsión, salvo causa imputable a éste último (art. 121.1 RE). La acción para sancionar las infracciones a la LE prescribe a los tres años si la infracción fuera muy grave y a los dos años si fuera grave, contados a partir del día en que los hechos se hubiesen cometido, interrumpiéndose por cualquier actuación de la Administración de la que tenga conocimiento el denunciado (art. 121.2 RE). La prescripción de la sanción se produce por el transcurso del plazo de 2 ó 5 años desde la firmeza del Decreto, plazo que no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada en territorio nacional fijado en la resolución de expulsión (art. 56 LE y 121.3 RE).

El artículo 62.1 párrafo 2.º LE introduce con carácter novedoso unos criterios que han de servir de pauta: el juez debe resolver atendidas las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que el extranjero carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes.

Debe la decisión estar presidida por la concurrencia del denominado genéricamente en la teoría general de las medidas cautelares *fumus boni iuris*, que se concretará en este ámbito en el temor fundado de que el extranjero pueda tratar de sustraerse a la decisión sobre la expulsión.

En relación con ello ha de recordarse que, aunque no exclusiva, la prueba habitual de la residencia es el correspondiente certificado de empadronamiento, y que para obtener el mismo no se necesita acreditar la residencia legal en España. Por otro lado también debe tenerse presente que el certificado de empadronamiento no es prueba plena de

la realidad del domicilio reflejado en el mismo, por lo que en su caso, será conveniente contrastarlo a través de un informe policial o mediante la aportación de documentos complementarios (contrato de arrendamiento, recibo de pagos de suministros, etc.).

Para valorar la existencia del peligro de fuga podrán tenerse especialmente en cuenta la preexistencia de requisitorias para el llamamiento y busca del extranjero.

También ha de quedar claro que el internamiento no se justifica por la comisión de un delito, sino en base a una infracción administrativa, por lo que cuando la detención se practica simultáneamente por la comisión de un delito y por la infracción de la LE, el eventual informe negativo a la solicitud de internamiento no puede fundarse en que no esté suficientemente acreditada la comisión del delito. El sólo hecho de que el extranjero no haya cometido una infracción penal no puede servir de argumento único para denegar el internamiento, pues lo que se está valorando en esencia es la necesidad de la medida de internamiento para garantizar la materialización de la expulsión.

El que esté acreditado que el extranjero tenga domicilio conocido, trabajo y convivencia familiar supone una mitigación en cuanto al riesgo de fuga. El criterio ha de ser el de que a mayor socialización e integración del expedientado, menor riesgo de fuga. La carencia de documentación, en tanto reduce la segura identificación de la persona expedientada, también es un poderoso elemento a valorar en cuanto a la ponderación del *periculum in mora*. La utilización de nombres diversos, en tanto actividad desplegada para dificultar la localización, debe ser especialmente valorada para calibrar la concurrencia del peligro de fuga.

Debe recordarse la vigencia de los criterios apuntados en la Instrucción 6/1991 y ratificados y aclarados por la Circular 3/2001 para evitar internamientos sucesivos: transcurrido el plazo de internamiento fijado en la resolución judicial o el de los cuarenta días, si el plazo inicialmente acordado era menor y fue judicialmente ampliado, sin que se haya podido ejecutar la correspondiente orden de expulsión, el extranjero deberá ser puesto en libertad, sin que quepa solicitar, ni acordar un nuevo internamiento por una causa ya prevista en el expediente inicial. Sin embargo, si al extranjero así puesto en libertad se le incoa un nuevo expediente de expulsión por una causa no contemplada en el primer expediente, sí resultará posible la solicitud y, en su caso, la autorización de un nuevo internamiento.

Excepcionalmente, y para cualquier supuesto, de no haberse agotado el plazo legal de los cuarenta días durante un primer internamiento, sí resultará posible acordar un nuevo internamiento por la misma

causa u otra del mismo expediente, cuya duración máxima no podrá exceder del tiempo que reste hasta completar los cuarenta días.

II.6 Recursos contra el auto de internamiento

El Fiscal está legitimado para interponer recursos contra la resolución por la que se acuerde o no el internamiento. Ya la Circular 3/2001 declaraba que compete a los señores Fiscales el velar por el respeto de los requisitos, en los términos expresados en la Instrucción 6/1991, debiendo notificárseles los autos de internamiento para la supervisión del cumplimiento de las garantías señaladas, y, para, en caso de inobservancia, ejercitar los recursos oportunos.

La Circular 3/2001 entendía que, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 217 y 218 de la LECrim los recursos procedentes contra el auto del Juez de Instrucción eran los de reforma y queja. Tras la reforma operada en la LECrim por Ley 38/2002, de 24 de octubre habrá ahora de entenderse como recursos procedentes los de reforma y apelación. Estos recursos de reforma y apelación no suspenderán el curso de las actuaciones (*vid.* art. 766, apartado 1 LECrim).

II.7 Inspecciones sobre los centros de internamiento

La regulación del régimen de los centros de internamiento ha sido tradicionalmente bien olvidada, bien abordada por instrumentos de muy bajo rango jerárquico.

Así, la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999 sobre «normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros», puso fin a catorce años de laguna legal, puesto que la materia carecía desde 1985 de marco normativo, a salvo las escasas y asistemáticas disposiciones que el Reglamento de 1996 dedicó a la misma.

Ante este páramo normativo, la Fiscalía General del Estado asumió decididamente un rol activo en la inspección y así la Instrucción 6/1991 exhortaba a los Fiscales a visitar periódicamente esos centros de internamiento de extranjeros, conforme al artículo 4.2 EOMF. La Circular 1/1994 concretaba esta obligación estableciéndola con periodicidad trimestral, e imponiendo la obligación de dar cuenta a la Fiscalía General y finalmente la Circular 3/2001 recuerda de nuevo el deber de los Fiscales de visitar periódicamente los centros de internamiento de extranjeros, levantando la correspondiente acta y dando cuenta a la Fiscalía General.

La novedad en esta materia se concreta en que tras la reforma operada por Ley Orgánica 14/2003 los Centros de Internamiento cuentan ya con una regulación sistemática en los artículos 62 a 62 sexies de la LE, con el rango jerárquico que la materia merece, y en los artículos 153 a 155 del Real Decreto 2393/2004.

Los señores Fiscales habrán de continuar velando por que en estos centros se cumpla con los límites fijados en la propia resolución judicial autorizante y se respeten los derechos de los internos, concretados ahora en las disposiciones reseñadas.

Los señores Fiscales deberán, mediante oficio, a través del Fiscal Jefe, poner en conocimiento del Delegado o Subdelegado del Gobierno las eventuales disfunciones que puedan detectarse.

En caso de que tales disfunciones comunicadas al Delegado o Subdelegado del Gobierno no sean corregidas en plazo razonable, atendidas las circunstancias en cada caso concurrentes, los señores Fiscales, a través del Fiscal Jefe, lo pondrán en conocimiento de la Fiscalía General del Estado.

II.8 Especialidades del internamiento a efectos de devolución

La devolución no se configura como sanción, sino como medida administrativa de policía tendente al restablecimiento o mantenimiento del orden jurídico.

En estos casos el internamiento, más que medida cautelar, es un supuesto de ejecución forzosa de una resolución administrativa.

Los señores Fiscales habrán de comprobar en el control de legalidad de los internamientos solicitados para devolución que el decreto se ha dictado por autoridad competente, por alguna de las causas legalmente previstas conforme al artículo 58.2 LE (contravención de prohibición de entrada en España o propósito de entrada ilegal en España) y que se ha notificado al interesado.

Acreditados los anteriores requisitos, los señores Fiscales informarán favorablemente el internamiento, salvo que se trate de una mujer embarazada y la devolución pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre (art. 58.3 LE).

Tras la reforma operada por Ley Orgánica 14/2003 de 20 noviembre se unifica en el apartado 5.º del artículo 58 LE el régimen de internamiento para los dos supuestos de devolución, debiendo estimarse derogada la previsión que al respecto contenía la Circular 3/2001, que remitía las devoluciones por entrada ilegal al régimen de internamiento previsto para el retorno.

II.9 Especialidades del internamiento a efectos de retorno

El internamiento para materializar el retorno también se separa de la naturaleza propia de las medidas cautelares para participar de la naturaleza de medida de ejecución forzosa de un acto administrativo.

Ello se refleja en que el inciso segundo del apartado primero del artículo 60 LE dispone que *la autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno.*

Los señores Fiscales deberán comprobar que el Decreto de retorno está unido a las actuaciones, que *prima facie* se basa en causa legal, que el mismo ha sido notificado al extranjero y que ha sido dictado por autoridad competente, teniendo en cuenta que el internamiento puede proponerse por el responsable del puesto fronterizo, por delegación de la autoridad gubernativa.

Acreditados los anteriores extremos, la regla general habrá de ser el informe favorable al internamiento.

Debe tenerse presente que el artículo 60.1 LE dispone que será la autoridad judicial la que *determine el lugar donde hayan de ser internados* y que conforme al artículo 60.2 LE *los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio.* Cabe por tanto entender que esos lugares de internamiento no necesariamente habrán de ser los centros de internamiento para extranjeros previstos en el artículo 62 LE.

II.10 Solicitudes de asilo

La presentación de una solicitud de asilo suspende la ejecución de las resoluciones de expulsión, devolución o retorno (art. 64.4 y 58.3 LE y art. 5.1 Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado), en tanto no se haya inadmitido a trámite la petición o se haya resuelto sobre la misma, existiendo un plazo de 4 días para resolver acerca de la admisión o no de la solicitud y un plazo de 2 días para su reexamen.

No obstante, el mero hecho de la presentación de la solicitud de asilo no es por sí sólo motivo suficiente para denegar el internamiento, pues lo que se suspende provisionalmente, y durante un plazo máximo de 6 días, es la ejecución o materialización de la expulsión, de la devolución o del retorno. Por ello, nada impide que si se dan todos

requisitos se acuerde el internamiento, sin perjuicio que, de producirse la admisión a trámite de la solicitud de asilo, deban los señores Fiscales instar el cese del internamiento decretado.

En estos supuestos, como cautela, en el caso de que los señores Fiscales informen a favor del internamiento, interesarán que el auto que lo autorice precise que no se podrá acordar el cese del internamiento para la expulsión hasta que no se inadmita a trámite la solicitud de asilo y que si transcurre el plazo de 6 días desde la solicitud de asilo sin que haya recaído resolución sobre la admisión procederá el cese del internamiento. Debe tenerse presente que el Juez que autoriza el internamiento puede introducir instrucciones tendentes a controlar el cese del internamiento.

Debe también recordarse aquí –como restricción de libertad distinta al internamiento para expulsión, devolución o retorno– que el párrafo tercero del apartado 7 del artículo 5 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, *Reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado*, añadido por el apartado 8 de la Ley 9/1994, de 19 de mayo dispone que «durante la tramitación de la admisión a trámite de la solicitud y, en su caso, de la petición de reexamen, el solicitante permanecerá en el puesto fronterizo, habilitándose al efecto unas dependencias adecuadas para ello». La STC núm. 53/2002, de 27 de febrero declaró la constitucionalidad de esta disposición, entendiendo que la limitación a la libertad contemplada en este precepto es cierta, y claramente limitada tanto en relación con los sujetos afectados (únicamente los extranjeros peticionarios de asilo cuya solicitud aún no ha sido admitida a trámite) como en el tiempo (un máximo de cuatro días, y dos días más si, inadmitida la solicitud, se paraliza la expulsión del extranjero por medio de una petición de reexamen) en el espacio (no impide el retorno del extranjero a su lugar de procedencia o su entrada en otro Estado) y en el modo de la restricción (ausencia de régimen penitenciario o disciplinario). El TC la considera también una limitación a la libertad plenamente controlada tanto en forma administrativa (el art. 5.7.1 LRDA prevé –incluso– una posible visita de un representante del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados) como judicial.

Para el TC «el hecho de que el solicitante de asilo no sea un “detenido” en forma alguna le priva de la tutela judicial», declarando que «el derecho al procedimiento de habeas corpus (art. 17.4 CE) rige en todos los supuestos de privación de libertad no acordada por el Juez... Esta garantía tiene especial sentido ante situaciones en las que, bajo la apariencia de protección del extranjero al amparo del artículo 5.7.3 LRDA, se pudieran producir verdaderas detenciones o privaciones de

libertad contrarias al artículo 17 CE; aquí habría que incluir... supuestos de permanencia del extranjero en el puesto fronterizo después de la inadmisión a trámite de la petición de asilo; o, también en hipótesis, la retención en el puesto fronterizo del extranjero cuya petición de asilo ya hubiera sido admitida a trámite por silencio administrativo positivo».

En definitiva, podemos decir que el párrafo tercero del apartado 7 del artículo 5 de la Ley 5/1984, contiene una previsión en protección del propio solicitante de asilo.

III. AUTORIZACIONES PARA EXPULSAR A EXTRANJEROS IMPUTADOS EN PROCESOS PENALES

III.1 Introducción

La Circular 3/2001 abordaba los aspectos mas relevantes de la posición del Fiscal en la materia, introduciendo criterios a los que de nuevo hemos de remitirnos, confirmando su vigencia en todo lo que no resulte en contradicción con las nuevas pautas que a continuación se exponen, derivadas de las modificaciones legislativas operadas en la materia.

El artículo 57.7 en su versión anterior disponía que cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida del territorio español, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si ésta resultara procedente de conformidad con lo previsto en los párrafos anteriores del presente artículo, previa sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

El artículo 57.7 LE en su actual redacción dada por Ley Orgánica 11/2003 de 29 septiembre introduce también significativas novedades, al establecer que *cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación.*

En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior.

El párrafo último del artículo 57.7 LE dispone que *no serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los arts. 312, 318 bis, 515.6.ª, 517 y 518 del Código Penal*. Se trata de una previsión en armonía con la contenida en el apartado 4.º del artículo 89 CP, por lo que pueden darse por reproducido lo expuesto en el epígrafe I.3.1 de la presente Circular.

III.2 Aspectos procedimentales

III.2.1 FASES PROCESALES DURANTE LAS QUE SE PUEDE AUTORIZAR LA EXPULSIÓN

La Consulta de la Fiscalía General del Estado 2/1990, de 10 de octubre, *sobre expulsión de extranjeros: Juez competente para decidirla y fase procesal en que debe acordarse* declaraba que «sin escrito de acusación, previo o coetáneo, es inimaginable un dictamen del Ministerio Fiscal sobre la procedencia o no de la expulsión».

Con posterioridad la Circular 1/1994 modifica, ampliándolo, el criterio anterior, entendiéndolo como «encartado» al formalmente imputado.

La Circular 3/2001 considera que el término inculcado ha de ser entendido con toda la flexibilidad que le es propia, de modo que tan pronto se concrete la inculpación en fase de diligencias previas, mediante la citación del extranjero ante el juez de instrucción en calidad de imputado, quedará expedita la vía para autorizar judicialmente la expulsión gubernativa.

Este criterio debe ser mantenido, pues precisados *prima facie* los hechos, y resultando factible calificar indiciariamente los delitos, puede determinarse si concurren o no los límites que operan como presupuesto de la autorización.

En cuanto al momento preclusivo para solicitar la autorización de la expulsión, debe entenderse que puede instarse la misma hasta el inicio de la celebración de las sesiones de juicio oral. A partir de ese momento, el juicio oral debe continuar y culminar en sentencia, no siendo procedente conceder la autorización. Esto no obstante, si por cualquier motivo legal se acuerda la suspensión de las sesiones del

juicio oral, con pérdida de validez de lo actuado, habrá de entenderse admisible autorizar la expulsión interesada vía gubernativa.

Si el extranjero es condenado, pasa a ser penado, no cabiendo autorización por vía del artículo 57.7 LE, sino que habrá de operarse, en su caso, vía expulsión sustitutiva. Si por el contrario resulta absuelto, no cabrá lógicamente expulsión sustitutiva ni tampoco procederá autorizar la expulsión acordada en vía administrativa, que podrá ejecutarse sin intervención de la jurisdicción penal.

Los señores Fiscales promoverán las actuaciones necesarias para que en los supuestos en los que cuando por haberse iniciado las sesiones del juicio oral no sea posible aplicar el artículo 57.7 LE y simultáneamente cuando por la índole de la pena impuesta no sea aplicable el artículo 89 CP, la ejecutoria se tramite con la mayor celeridad de forma que la ejecución de la pena impuesta (multa, trabajos en beneficio de la comunidad, localizaciones permanentes) no se convierta en un obstáculo para la expulsión administrativa, cuando ésta sea procedente. El objetivo debe ser el de que la ejecución de la pena no privativa de libertad o de la pena impuesta por una simple falta no se torne en obstáculo para la ejecución de una posible expulsión gubernativa.

Si el procedimiento penal hubiera concluido por sobreseimiento libre, no es necesaria la autorización de expulsión por parte del órgano de la jurisdicción penal. En estos casos, si se solicita por la autoridad gubernativa la autorización y la causa es trasladada al Fiscal para dictamen, para evitar confusiones, los señores Fiscales habrán de indicar que no procede otorgar autorización alguna por no ser necesaria la misma al no existir proceso penal pendiente.

Esta interpretación no es aplicable a los supuestos de causas sobreseídas provisionalmente por estar el imputado en paradero desconocido, pues la solicitud de autorización por parte de la autoridad administrativa supone sin duda que tal óbice procesal a la continuación de la tramitación de la causa penal ha quedado superado por la localización del imputado, siendo por tanto necesaria la autorización si se quiere expulsar administrativamente al prófugo.

Si el procedimiento penal hubiera concluido por sobreseimiento provisional por no estar acreditados los hechos, habrán de distinguirse dos supuestos. Si la causa se sigue por hechos que tienen asignada pena inferior a seis años, habrá de informarse conforme a la regla general en el sentido de ser procedente la autorización para la expulsión.

Si, por contra, la causa se sigue por hechos que tienen asignada pena privativa de libertad igual o superior a seis años la solución se presenta esencialmente casuística. En efecto, habrán de analizarse los óbices procesales que fundamentan el sobreseimiento, de modo que si

es improbable que tales óbices puedan superarse y que por tanto puedan llegar a enjuiciarse los hechos, la regla general será informar en el sentido de ser procedente la autorización para la expulsión. En otro caso deberá emitirse informe negativo por ser la pena señalada superior al tope legal.

III.2.2 AUDIENCIA DEL FISCAL Y DEMÁS PARTES

El artículo 142 RE dispone que «...la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, oído el interesado y las partes personadas, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación».

Con anterioridad a la promulgación del Reglamento se consolidó la interpretación de que no era necesaria la audiencia del extranjero, partiendo de que no es el Juez de Instrucción el que expulsa, sino la autoridad administrativa por lo que es a través del cauce del procedimiento administrativo de expulsión y posteriormente, en su caso, del contencioso-administrativo donde puede el extranjero alegar cuanto estime conveniente para evitar la expulsión. Tras el nuevo Reglamento de Extranjería se añade a la audiencia del Fiscal la del interesado.

Habrà de procederse a oír por tanto, no sólo al Fiscal sino también al interesado, es decir, al extranjero procesado o inculcado, así como a las partes personadas. Esta ampliación no prevista en la Ley, e inserta en las corrientes victimológicas que amplían las posibilidades de intervención de perjudicados y víctimas del delito, deberá cohonestarse con la necesaria celeridad que ha de respetarse en la resolución de estos incidentes. Por ello habrá de entenderse cumplimentado el requisito reglamentario dando la oportunidad de que interesado y demás partes puedan formular alegaciones, de manera que si no lo hacen dentro del plazo legal (que debe entenderse común al del Fiscal), podrá continuarse la tramitación del incidente de autorización de la expulsión.

En todo caso, los señores Fiscales, como cautela, ante la eventualidad de que pueda ser solicitada la expulsión administrativa del extranjero sometido a proceso penal, en la primera declaración que el mismo preste en calidad de imputado, promoverán que se le dé la oportunidad para que pueda manifestar lo que a su derecho convenga sobre tal posibilidad. Anticipando este nuevo trámite de audiencia, pueden allanarse eventuales problemas de citaciones y traslados, al tiempo que se da debido cumplimiento al precepto reglamentario.

La Ley Orgánica 11/2003 introduce también con carácter novedoso un plazo máximo de tres días para que el órgano judicial conceda la autorización. No pueden, desde luego, los señores Fiscales admitir la aceptación resignada de la inexigibilidad de los plazos legales, por lo que dentro de su función dinamizadora del procedimiento habrán de promover su cumplimiento estricto, coadyuvando a tales efectos mediante un preferente y ágil despacho de estas causas. Ello no obstante, ante la falta de previsión legal sobre las consecuencias del incumplimiento del plazo debe entenderse por un lado que el agotamiento del mismo no impide otorgar la autorización solicitada; y por otro lado, que el transcurso del plazo sin resolución no significa autorización tácita.

III.3 Criterios que deben inspirar el dictamen del Fiscal

III.3.1 DELITOS RESPECTO DE LOS QUE PROCEDE LA AUTORIZACIÓN

La Fiscalía General del Estado se pronunció sobre esta materia por primera vez en su Consulta 5/1987, de 18 de noviembre, *sobre cuestiones que plantea la expulsión de extranjeros sujetos a determinados procesos penales* que ante la pregunta de si es o no conveniente que el Ministerio Fiscal adopte una posición favorable a la expulsión cuando se está tramitando el proceso penal, se contestaba con que *«la actividad valorativa del Ministerio Fiscal no tiene por qué ser siempre la misma, porque los datos a ponderar serán distintos según cuál haya sido la causa tenida en cuenta por la autoridad gubernativa para proponer la expulsión»*.

Sin embargo, con posterioridad, la Circular núm. 1/1994, dando un giro de 180 grados, alertaba de la paradoja que supone el hecho de que en ocasiones resulte más fácil expulsar al extranjero que simplemente se encuentra en situación ilegal en nuestro país que a aquél otro que, además de estar en situación ilegal, aparece como presunto responsable de un delito. Este razonamiento desembocó en el pronunciamiento contenido en la referida Circular, que declaró *conveniente y acorde con los intereses que el Ministerio Fiscal ha de tutelar, que promueva activamente la autorización por los Jueces de la expulsión de aquellos extranjeros que se encuentren incurso en causa legal para proceder a la misma*.

Siguiendo este hilo argumental la Instrucción núm. 4/2001, de 25 de julio, *sobre la autorización judicial de la expulsión de los extranjeros imputados en procedimientos penales*, se hace eco de la sorpresa y desasosiego que a menudo genera en los ciudadanos la inseguridad

jurídica provocada por las dificultades que, en ocasiones, se presentan para poder ejecutar la expulsión de los extranjeros que se hallan imputados por la comisión de delitos comprendidos dentro de lo que se puede denominar delincuencia menor. Esta Instrucción reitera la necesidad de que los señores Fiscales promuevan en estos casos activamente la autorización de su expulsión por los Jueces de Instrucción competentes. En esta misma línea declaraba que *una vez que el extranjero en cuestión haya sido oído en declaración como imputado, el Fiscal interesará con carácter general, ponderando todas las circunstancias concurrentes y salvo que concurran circunstancias particulares y excepcionales que lo desaconsejen, la autorización de su expulsión.*

La Circular 3/2001, ante el incremento del radio de acción de los delitos susceptibles de autorización distinguió entre delitos menos graves, respecto de los que se inclinaba por la opción de la sustitución del proceso por la expulsión y delitos graves en los que entendía que la respuesta no era tan clara y demanda un esfuerzo complementario de ponderación. Esta Circular consideraba que en relación con delitos de naturaleza grave los fiscales deben valorar el conjunto de las circunstancias del caso –especial trascendencia del delito cometido, pertenencia a grupos organizados, alarma social, necesidad reforzada de respuesta penal– para instar la decisión que mejor acomode las exigencias de la justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico, con las necesidades de una racional y prudente política de extranjería.

Debe en este punto llamarse la atención en relación con la modificación operada por Ley Orgánica 11/2003: el artículo 57.7 en su versión anterior disponía que *cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado... el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida del territorio español, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión...* El mismo precepto, en su actual redacción dispone que cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado... *la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación.*

La autorización por tanto, se torna conforme a la *voluntas legis*, como de concesión obligada, salvo concurrencia de circunstancias excepcionales. La opción por la denegación de autorización y la consiguiente continuación en la tramitación de la causa penal se configura como excepción, al primarse expresamente la expulsión.

No obstante cabe entender que para calibrar las circunstancias que excepcionalmente deben llevar al Fiscal a emitir un dictamen contrario a la autorización, pese a la reforma legislativa, pueden seguir operándose con los criterios sentados por la Circular 3/2001, teniendo en cuenta que aunque por un lado la reforma operada por Ley Orgánica 11/2003 de 29 septiembre refuerza la regla general de la autorización haciendo que la denegación sea excepcional, la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modifica la línea fronteriza entre delitos graves y menos graves, de modo que los primeros ahora son los que llevan aparejadas penas de prisión superior a cinco años, frente a la anterior regulación que fijaba la línea separadora en la prisión superior a tres años.

Esta doble reforma hace por tanto que las pautas que la Circular 3/2001 aplicaba a los delitos menos graves y graves puedan seguir inspirando la actuación de los Fiscales tras la nueva situación legal en la que a la vez que se robustece la regla general de la autorización, se amplía el radio de los delitos menos graves, en detrimento de los graves.

Otras pautas con las que habrán de operar los señores Fiscales son las siguientes: debe sopesarse los intereses de los perjudicados, en los supuestos en los que siendo el extranjero solvente y concurriendo perjuicios materiales relevantes la expulsión pueda frustrar las legítimas expectativas de los perjudicados para obtener la reparación. Debe también ponderarse la posible relevancia de la declaración del extranjero para lograr el esclarecimiento de las responsabilidades de otras personas imputadas que deban ser objeto de enjuiciamiento en la causa penal. Si la declaración del extranjero constituye una prueba de descargo, el derecho a utilizar todos los medios pertinentes de prueba debe prevalecer, de modo que la autorización debiera en todo caso subordinarse a la preconstitución probatoria.

Por otra parte, la nueva redacción del artículo 57.7 en tanto expresamente incluye dentro del ámbito de la autorización a los delitos o faltas para los que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, zanja definitivamente las dudas y vacilaciones –quizás originadas por una defectuosa comprensión de la naturaleza de la autorización– sobre si cabía la autorización en juicios de faltas o si cabía la autorización en causas por delitos que llevaban aparejada pena no privativa de libertad.

Finalmente, al igual que cabe autorizar la expulsión cuando se sigan varias causas contra el mismo extranjero si cada una respeta el límite penológico establecido en el artículo 57.7 LE, cabrá autorizar la expulsión si la misma causa se sigue por varios delitos contra el

mismo extranjero siempre que cada uno de ellos no supere la pena de seis años de privación de libertad.

III.3.2 ASPECTOS QUE DEBEN ANALIZARSE PARA RESOLVER SOBRE LA AUTORIZACIÓN

La Fiscalía General del Estado adoptó inicialmente una posición expansiva en cuanto a las cuestiones a controlar. La Consulta 5/1987 abogaba por un control de legalidad de la medida de expulsión.

Este criterio se superó con la Circular 3/2001, de 21 de diciembre que parte de que quien acuerda la expulsión no es el Juez o Tribunal, sino la Administración que previamente ha dictado el correspondiente acto administrativo sancionador en los supuestos previstos en el artículo 57.1 y 2 LE. Este control no se identifica con el que corresponde efectuar a la jurisdicción contencioso-administrativa, es más somero y busca principalmente comprobar si el acuerdo gubernativo cumple las exigencias esenciales de la Ley en cuanto a la competencia del órgano autor del mismo, formalidades externas y concurrencia de alguno de los supuestos materiales que lo justifican en Derecho.

La nueva redacción dada por Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre al artículo 57.7 también suprime la referencia anterior que subordinaba la autorización a que la misma resulte procedente de conformidad con lo previsto en los párrafos anteriores. Pese a la supresión de esta remisión expresa, debe no obstante conforme a una interpretación sistemática, mantenerse la necesidad de tenerlos en cuenta a la hora de valorar la procedencia de la autorización.

Debe tenerse también presente que no cabe autorizar la expulsión cuando su fundamento son los mismos hechos que han dado lugar al procedimiento penal y que por tanto se encuentran *sub iudice*, pues de otra manera se vulneraría el principio de presunción de inocencia y el *non bis in idem* en su dimensión formal (*vid.* SSTSJ Madrid, Sala de lo Contencioso, sec. 1.^a, de 24 de septiembre de 1999 y de 26 de mayo de 2000). Esta conclusión se apuntaba ya en la Circular 1/2002, de 24 de octubre *relativa a los aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia contencioso administrativa*. En este sentido, el TS ha afirmado reciente y reiteradamente que “la Administración puede solicitar del Juez... la autorización de expulsión de un extranjero encartado en un procedimiento... siempre que se aplique una causa de expulsión distinta de la realización de esos hechos por los que se sigue causa penal, puesto que en caso contrario... la Administración no puede pronunciarse sobre ellos sin que antes lo haya hecho la

Jurisdicción penal (SSTS Sala 3.^a 29 de noviembre y 21 de diciembre de 2004 y 2 de marzo y 29 de abril de 2005).

En todo caso los señores Fiscales no deberán olvidar al informar las solicitudes planteadas conforme al artículo 57.7 LE que el control pleno de la legalidad de la medida de expulsión corresponde a los Tribunales Contencioso Administrativos, pero el Juez Penal debe velar *prima facie* por los derechos del extranjero, revisando, aunque sea de manera provisional el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención (*vid.* STC núm. 24/2000, de 31 de enero).

En definitiva, debe partirse de que en el orden jurisdiccional penal no puede enjuiciarse la procedencia de la decisión legalmente adoptada de expulsión. No ha de entrarse en el análisis de cuestiones tales como el arraigo de la persona afectada, o la plena acreditación de los hechos que fundamentan la causa de expulsión invocada en el expediente administrativo. El análisis y posterior enjuiciamiento de estos factores encontrará su sede natural en el propio procedimiento administrativo, y eventualmente en la jurisdicción contencioso administrativa. No ha de olvidarse que el Juez penal ni expulsa ni controla la legalidad de la expulsión.

El expediente administrativo de expulsión ha de haber agotado su tramitación y estar concluido, debiendo haber recaído la sanción de expulsión. No es óbice para conceder la autorización que el referido acto administrativo haya sido recurrido.

Recapitulando, los señores Fiscales habrán de analizar, antes de emitir dictamen, los siguientes elementos: 1) si el imputado es extranjero susceptible de ser expulsado; 2) si concurre formalmente una causa legal de expulsión, comprobando que la misma no se integra con los hechos a probar en el proceso penal; 3) si se ha concluido el expediente, dictándose la orden de expulsión; 4) si el delito por el que se sigue el proceso está suficientemente determinado, llevando aparejada pena privativa de libertad inferior a seis años u otra pena no privativa de libertad; 5) que el delito por el que se sigue el proceso no sea de los tipificados en los artículos 312 o 318 bis CP; 6) si por las circunstancias concurrentes, con carácter de excepción debidamente fundamentada, es necesaria la continuación de la tramitación del proceso penal contra el extranjero, y 7) que no haya comenzado el juicio oral.

Desde el punto de vista subjetivo, el ámbito de aplicación del artículo 57.7 LE no se ciñe como ocurría en relación con el ámbito del artículo 89 CP, a los extranjeros no residentes legalmente en España, si bien tal limitación tiene también operatividad en la medi-

da en que la resolución administrativa de expulsión tampoco puede recaer –salvo los supuestos tasados en la LE– sobre estas personas residentes legales.

III.4 Efectos de la autorización de expulsión

Los señores Fiscales cuidarán que no se archive la causa hasta tanto no conste la efectiva ejecución de la expulsión acordada. El archivo debe adoptar la forma de provisional, no debiendo acordarse como definitivo sino hasta el transcurso de los plazos de prescripción.

Si la expulsión no llega a ejecutarse habrá de continuarse el procedimiento. En el caso de que el expulsado regresara a territorio nacional antes de transcurrida la prohibición de entrada habrá de procederse no a la reapertura del proceso penal sino a la devolución por la autoridad administrativa. Sólo en el caso de que ésta no se llevara a efecto podría alzarse el archivo provisional acordado en la causa penal.

IV. MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

Dentro del Derecho de extranjería presenta una especial complejidad el tratamiento jurídico de los menores inmigrantes extranjeros no acompañados. En estos supuestos, como se subrayaba en la Instrucción 6/2004, a la nota de la extranjería se yuxtapone la de la minoría de edad, debiendo ser ponderados uno y otro elemento a la hora de dar solución a los problemas interpretativos que puedan generarse, pero siempre desde la premisa de que como dispone el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño (en adelante, CDN) la consideración primordial a que se atenderá en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas será el interés superior del niño.

La reciente Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados vuelve a la doctrina tradicional de la Fiscalía General del Estado, contenida en la Circular 3/2001, doctrina que debe ser íntegramente ratificada.

La intervención de distintos organismos y entes en el tratamiento del menor inmigrante no acompañado es una de las causas de las dificultades que se detectan en la práctica, e impone prestar la máxima atención a la necesaria coordinación. En este contexto, los señores

Fiscales velarán dentro de sus competencias por el respeto al *iter* diseñado en el Protocolo de menores extranjeros no acompañados, aprobado por acuerdo adoptado en la reunión del Grupo de Menores No Acompañados del Observatorio de la Infancia en fecha 14 de noviembre de 2005. Dados los términos generales de dicho Protocolo, resulta especialmente aconsejable la elaboración de Protocolos de desarrollo a nivel provincial, con intervención de Ministerio Fiscal, Entidades Públicas de Protección de Menores, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad e instituciones sanitarias, como ya se está llevando a cabo en algunas provincias, con la finalidad de garantizar la plena coordinación entre todos y determinar así con la mayor celeridad posible la edad del extranjero indocumentado, así como, en su caso, la puesta del menor a disposición de los correspondientes servicios de protección.

El Informe del Defensor del Pueblo sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España, publicado en septiembre de 2005 ha dirigido una Recomendación a la Fiscalía General del Estado, la núm. 5.1, en la que propone que se dicte una instrucción estableciendo que en aquellos casos en los que existan dudas acerca de la edad de los menores extranjeros, los Fiscales, una vez efectuadas las pruebas de diagnóstico pertinentes, emitan una resolución motivada en la que de manera expresa determinen la edad del menor a todos los efectos.

Puede constatarse que ni el artículo 35 LE ni los instrumentos estatutarios de la Fiscalía General del Estado que han abordado la materia se pronuncian sobre los cauces procedimentales por los que deben discurrir las actuaciones dirigidas a cumplimentar las obligaciones que en dicho precepto se imponen al Fiscal.

El Protocolo reseñado *supra*, y en cuya elaboración y aprobación participó la Fiscalía General del Estado, tampoco se pronuncia sobre estos aspectos.

Es, por tanto, necesario abordar la cuestión planteada por el Defensor del Pueblo, partiendo de que las competencias que se atribuyen al Fiscal deben ordenarse y exteriorizarse a través de unas diligencias o expediente y recordando la vigencia íntegra de la Instrucción 2/2001 de la Fiscalía General del Estado sobre interpretación del artículo 35 LE.

Debe recordarse que el artículo 35 LE dispone para los supuestos de localización de un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad que habrá de ponerse el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, el cual debe: 1) disponer lo necesario para la determinación de su edad, y 2) una vez determinada la minoría de edad, acordar la puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores.

Por consiguiente, una vez que los señores Fiscales reciban la noticia de la localización de un presunto menor extranjero no acompañado, bien con el informe o atestado recibido (con independencia de la vía de recepción –fax, correo electrónico, entrega del atestado original–) bien mediante diligencia de constancia si la comunicación se realiza telefónicamente, bien mediante comparecencia si la comunicación se realiza verbalmente *in personam* por los agentes actuantes, habrán de proceder a la incoación de unas diligencias, conforme a las previsiones del artículo 5 EOMF, en cuanto dispone en su último párrafo, en redacción dada por la Ley 14/2003 de 26 mayo que *también podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye.*

Los señores Fiscales deberán velar porque la decisión sobre la práctica de las pruebas se adopte –en la medida de lo posible– después de que la Fuerza actuante consulte los antecedentes que pudieran existir del presunto menor en el Registro de menores extranjeros no acompañados regulado en el artículo 111 RE y en el que debe hacerse constar el resultado de la prueba médica de determinación de la edad (*vid. letra f*). Por consiguiente, si consultado el Registro consta practicada dicha prueba, habrá de prescindirse de la nueva práctica solicitada, salvo que razones excepcionales aconsejen otra decisión.

Cabrá igualmente autorizar la práctica de las pruebas de determinación de la edad cuando, pese a la exhibición de documentación, ésta presente indicios de falsedad, y simultáneamente existan dudas sobre si el extranjero efectivamente ha alcanzado los dieciocho años.

Si el menor extranjero indocumentado es por sus características físicas indubitadamente menor de edad, no concurriendo el presupuesto de hecho del artículo 35 LE, lo procedente será ponerlo a disposición de la Entidad Pública de Protección de Menores, sin la realización urgente de pruebas previstas en el precepto de referencia y sin perjuicio de las ulteriores gestiones para determinar la concreta edad del menor, que habrán de tener trascendentes efectos jurídicos, gestiones a practicar por su tutor legal.

Una vez practicadas las pruebas, habrá de dictarse por el Fiscal la correspondiente resolución en forma de decreto motivado en la que se determine si la persona afectada debe considerarse menor de edad, y en caso positivo, se acuerde la puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores. El referido decreto especificará la edad del menor, de forma aproximativa y conforme a los elementos de prueba de que se disponga. Dicho decreto tendrá efectos provisionales, y así habrá de hacerse constar en el mismo, no supo-

niendo por tanto una resolución definitiva sobre la edad de la persona afectada, que podrá ser sometida a pruebas complementarias en el curso de otros procedimientos. No puede olvidarse que las primeras diligencias que se practican y que sirven de base a la resolución del Fiscal, lo son con las notas de urgencia, normalmente limitadas a la práctica de la radiografía de la muñeca izquierda, pudiendo practicarse por la Entidad Pública con posterioridad y disponiendo de más tiempo y medios, otras pruebas médicas de mayor precisión (v. gr. ortopantomografía) o llevarse a cabo otro tipo de investigación (v. gr. certificaciones de los registros del país de origen del menor etc.)

La resolución del Fiscal fijando provisionalísimamente la edad a los efectos del artículo 35 LE, podrá ser adelantada verbalmente a la fuerza actuante, con el fin de evitar tiempos muertos o dilaciones, teniendo en cuenta los intereses en juego. Comoquiera que siempre habrá de tomarse como edad del extranjero no acompañado la menor que se desprenda del informe médico, tal criterio o instrucción podrá anticiparse a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, con el fin de evitar dilaciones en un procedimiento que debe necesariamente en interés del menor estar presidido por la nota de celeridad, sin perjuicio de la ulterior documentación de la decisión y de su comunicación a la Entidad Pública de Protección de Menores.

En cuanto a la intervención del Fiscal en el proceso de repatriación, la comunicación que se reciba en Fiscalía en relación con el inicio de las actuaciones habrá de dar lugar igualmente a la incoación de las correspondientes Diligencias conforme al artículo 5 EOMF. A dichas diligencias preprocesales habrán de ir incorporándose todas las comunicaciones que se vayan recibiendo sobre dicho expediente. A este respecto debe recordarse que el RE dispone que *la autoridad gubernativa pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones llevadas a cabo en este procedimiento* (art. 92.4 párrafo tercero).

Deberá tenerse especialmente presente la necesidad de respetar el derecho del menor a ser oído, debiendo recordarse que este derecho «integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión... derecho que, en su calidad de fundamental, tienen todos, incluidos los menores cuando posean suficiente juicio para ello, como expresamente se reconoce en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor» (STC 71/2004, de 19 de abril) por lo que la omisión del trámite de audiencia al menor supone vulneración del artículo 24.1 de la Constitución (STC 221/2002, de 25 de noviembre).

El derecho del menor a ser oído es reconocido en el artículo 12 CDN y en el artículo 9 Ley Orgánica 1/1996 con carácter general y

ahora, con carácter específico para el expediente de repatriación es incorporado por el artículo 92.4 RE.

Los señores Fiscales deberán comprobar que concurren las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen, requisitos necesarios para la repatriación del menor a su país de origen.

Por tanto, los señores Fiscales habrán de comprobar en los expedientes de repatriación que se ha respetado el contenido mínimo exigido por nuestro ordenamiento: que se han realizado con resultado positivo gestiones tendentes a la localización de la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país de origen que se hicieren responsables del menor; que se ha adjuntado un informe de la entidad pública de protección de menores, que se ha dado audiencia al menor y que no se hubiera verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares.

V. DELITOS RELATIVOS AL TRÁFICO ILEGAL DE INMIGRANTES

V.1 Introducción

Uno de los ámbitos funcionales del Ministerio Fiscal en el tratamiento de la inmigración es el relativo a la persecución de aquellas conductas que convierten al inmigrante en mera mercancía o en mano de obra barata susceptible de cualquier abuso, así como la persecución de aquellas otras conductas en las que los inmigrantes son sujetos pasivos especialmente vulnerables.

En esta función la dimensión represiva ha de verse necesariamente complementada por una actuación protectora, que ampare al extranjero víctima, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3.10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, regulado en la Ley 30/1981 de 30 de diciembre, que asigna al Fiscal velar por la protección procesal de las víctimas, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas.

El título XV bis del Código Penal se dedica específicamente a los «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros» Este nuevo título tiene su origen en las disposiciones finales de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los*

ciudadanos extranjeros en España y su integración social y se integra por un único artículo.

Con posterioridad a la Circular 1/2002 se dictó la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 19 de julio de 2002 (2002/629/JAI), la Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002 (2002/946/JAI) que refuerza el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada a la circulación y a la estancia irregulares y la Directiva 2002/90/CE, de 28 noviembre, que define la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Tras estos instrumentos se promulgó la Ley Orgánica 11/2003 de 29 septiembre, que introdujo modificaciones de gran calado en la redacción del artículo 318 bis, incrementando las penas imponibles a las conductas de tráfico de personas yendo incluso mas allá de las directrices de la Unión.

La Circular 1/2002, de 19 de febrero, *sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del fiscal en materia de extranjería* se mostraba partidaria de la decidida actuación del Ministerio Fiscal en el descubrimiento, persecución y castigo de estos delitos, aconsejando en relación con la adopción de medidas cautelares la petición de la prisión provisional, cuando concurrieran las finalidades admitidas por el TC y exhortando a los Fiscales para que la respuesta penal a hechos de esta naturaleza fuese contundente. Tales indicaciones deben ahora ser ratificadas. No obstante, debe tenerse presente que se ha producido en este ámbito una expansión en cuanto a las conductas típicas y un endurecimiento de la respuesta penal, por lo que los señores Fiscales deberán atemperar su actuación asumiendo líneas exegéticas orientadas al respeto de las garantías y principios del Derecho penal, en especial el principio de responsabilidad por el hecho, el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad, ajustando la entidad de las penas en función del hecho cometido.

La dimensión netamente internacional de estas conductas, que por esencia tienen un matiz transfronterizo, unida a la exponencial difusión de estas actividades en un mundo cada vez mas globalizado, ha despertado un cada vez mayor interés de los organismos internacionales. En este sentido deben tenerse especialmente presentes el Convenio contra el crimen organizado y sus dos Protocolos: el Protocolo *para la prevención, supresión y punición del tráfico de personas, especialmente mujeres y niños* y el Protocolo *contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire*. Ambos Protocolos han sido firmados y ratificados por España en fecha 1 de marzo de 2002.

Tras la última reforma se ha facilitado una cierta racionalización en los tipos que el Código Penal dedica a la protección penal del inmigrante, con la supresión de los tipos de los artículos 515.6 y 188.2 CP, aunque siguen existiendo problemas en las relaciones entre los tipos.

Siguiendo la nomenclatura que inspira los Instrumentos de Naciones Unidas sobre la materia podría decirse que los tipos del artículo 318 bis CP abarcan dos modalidades de conductas de muy distinta gravedad: el denominado «tráfico ilícito de emigrantes», consistente en la facilitación de la entrada, tránsito o permanencia ilegal de personas en un país y la «trata de personas» o tráfico dirigido a la explotación del emigrante utilizando medios como la coacción, la amenaza o el abuso de situación de necesidad, o bien que recae sobre menores de 18 años, aun sin utilizar los medios anteriores.

V.2 Bien jurídico protegido

La rúbrica del título XV bis parece dar a entender que el bien jurídico protegido se integra por los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros como colectivo.

Sin embargo, un análisis en profundidad de los tipos del artículo 318 bis permite llegar a la conclusión de que coexisten varios bienes jurídicos: los derechos que el ciudadano extranjero podría llegar a disfrutar en caso de que su entrada o tránsito por el Estado español hubiese sido realizada en condiciones de legalidad, los derechos que se ponen en peligro por los riesgos inherentes al proceso de entrada, tránsito y establecimiento ilegal y por último pero no menos presente, el interés estatal por reforzar la efectividad de las prohibiciones de entrada establecidas en la Legislación de extranjería y, en definitiva, el interés estatal en el control de los flujos migratorios.

En los tipos agravados se solapan otros bienes jurídicos (vida, integridad física, salud, libertad).

La jurisprudencia menor se ha decantado por conferir mayor rango al bien jurídico-derechos de los extranjeros, frente al bien jurídico de control de flujos migratorios (*vid.* SSAP Málaga 15/2001, de 13 de marzo, y 49/2004, de 30 de julio).

Pero en todo caso, desde este reconocimiento del carácter pluriofensivo de los tipos del artículo 318 bis CP, puede detectarse un bien jurídico supraindividual identificable con el orden socioeconómico en sentido amplio, entendido como el entramado de condiciones e instituciones básicas para el mantenimiento del sistema de relaciones económicas y sociales.

V.3 Tipo objetivo

El artículo 318 bis CP castiga al que, *directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España.*

La nueva redacción del artículo 318 bis no sólo no delimita la conducta típica, sino que la amplía al añadir el inciso «*directa o indirectamente*» respecto de los verbos rectores relativos a promover, favorecer o facilitar el tráfico. La reforma 11/2003 también añade la referencia, junto al tráfico ilegal, a la inmigración clandestina.

Por tanto, tras la reforma, la conducta típica consiste en promover, favorecer o facilitar, directa o indirectamente, el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.

Para el Tribunal Supremo «la conducta...se describe en forma abierta y progresiva: promoción, que equivale a provocación, incitación o procurar su consecución; favorecimiento, integrado por cualquier acción de ayuda o apoyo al tráfico ilegal; y facilitación, que viene constituida por la remoción de obstáculos o prestación de medios para hacer posible el tráfico y que, en el fondo, no es más que una modalidad del favorecimiento. Podíamos decir, de acuerdo con la doctrina más autorizada, que cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su producción en condiciones de ilegalidad, está inducida (*sic*) en la conducta típica» (STS 1059/2005, de 28 de septiembre).

Deberán partir los señores Fiscales de que con los términos «directa o indirectamente» se trata de dar la amplitud necesaria para integrar en este tipo de delito también los comportamientos que, dirigidos a esa misma finalidad, no tuvieran relación inmediata con el hecho favorecedor del tráfico ilegal o la inmigración clandestina (STS 968/2005, de 13 de julio).

Las modalidades típicas abarcan el tráfico «*desde, en tránsito o con destino a España*». Se prevén, por tanto, tres modos de comisión diferentes: *a)* movimiento de personas desde el extranjero hacia España, que es el modo más frecuente de comisión; *b)* salida de alguien de España al extranjero; *c)* tránsito dentro de España, de un punto a otro, relacionado con ese tráfico ilegal o esa inmigración clandestina (SSTS 968/2005, de 13 de julio y 284/2006, de 6 de marzo).

El tipo no exige habitualidad. Tampoco requiere el tipo básico el abuso de situación de necesidad, ni la directa puesta en peligro de los derechos de los ciudadanos extranjeros ni la dignidad humana.

En cuanto a qué deba entenderse por tráfico ilegal, habrán de considerar los señores Fiscales englobado el efectuado contra las normas de la legislación de extranjería para el cruce de fronteras (*vid.* fuera de los pasos habilitados) o con fraude de esas normas (entrando por pasos habilitados pero con documentación falsa o declarando falsamente el motivo del viaje). Admiten esta segunda modalidad las SSTS 994/2005, de 30 de mayo; 1381/2005, de 20 de enero; 2205/2002, de 30 de enero, 1045/2003; de 18 de julio y 1735/2003, de 26 de diciembre. Por ello, se considera inmigración clandestina la entrada en nuestro país como turista cuando la finalidad era trabajar en un club de alterne (STS 2205/2002, de 30 enero, y 1045/2003, de 18 de julio).

También será, pues, inmigración clandestina aquella que se realiza, revistiéndola de una apariencia de legalidad, ocultando a las autoridades la finalidad ilícita con que se hace, y que de ser conocida la haría imposible (SSTS 994/2005, de 30 de mayo; 1059/2005, de 28 de septiembre, y 284/2006, de 6 de marzo).

Por tanto, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurrir en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente (STS 284/2006, de 6 de marzo).

En este sentido, el acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de fecha 13 de julio de 2005 en relación con el alcance del artículo 313.1.º CP declara que «El facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina».

Una misma conducta de tráfico ilegal generará un único delito, con independencia del número de personas que resulten afectadas, teniendo en cuenta el plural empleado por el tipo al referirse al sujeto pasivo (...*tráfico ilegal de personas*...). Esto no obsta a la tipicidad de la conducta cuando se refiera a un único sujeto pasivo. La reciente STS 1059/2005, de 28 de septiembre, confirma esta línea exegética al declarar al respecto que «aunque en el tipo se alude a personas en su acepción plural, no parece necesario que la actividad afecte a más de una persona para ser típica», añadiendo que «aunque sean varias las personas afectadas, estaremos ante la existencia de un solo delito en

cada tráfico ilegal». En idéntico sentido se pronuncia la STS 284/2006, de 6 de marzo.

El traslado ilegal desde Ceuta y Melilla a otro punto del territorio español también puede integrar el tipo pese a no concurrir elemento transnacional (SSTS 112/1998, de 3 de febrero, y 1330/2002, de 16 de julio).

Los señores Fiscales habrán de considerar típica conforme al artículo 318 bis la conducta consistente en el traslado del emigrante –sin connivencia con quien ha facilitado la entrada en España– desde el punto de desembarco en la costa española hasta otros puntos seguros con conciencia de la condición de emigrante clandestino de la persona transportada y con voluntad de ejecutar la acción prohibida. Para ello habrá de exigirse desde un punto de vista temporal la inmediatez de la entrada de los inmigrantes en España, desde un punto de vista espacial que el lugar de origen del traslado sea un lugar cercano a la zona de llegada y desde un punto de vista funcional que el extranjero haya permanecido en una situación de clandestinidad sin haber tenido la posibilidad de asentarse siquiera de forma provisional en nuestro país.

Esta interpretación es por lo demás apoyada por la STS 968/2005, de 13 julio; y *obiter dicta* por las SSTS 1397/2003, de 16 octubre, y 1207/2003, de 17 septiembre.

Es un delito de tendencia. Así lo afirma la STS 1330/2002, de 16 de julio que añade que «como consecuencia del abanico de actividades que el tipo penal admite, basta con que se promueva o favorezca por cualquier medio la inmigración clandestina para que se consume el delito. Lo que comporta que es suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción para cumplirse la previsión normativa. Por lo que se pueden incluir conductas tales como la financiación de la operación, la actuación como intermediario, transportista, piloto de embarcación, o la facilitación de ésta, etcétera».

Es, por tanto, difícil admitir otro grado de participación distinto de la autoría. La STS 1330/2002, de 16 de julio, en relación con el artículo 313 pero con una ratio trasladable al tipo del artículo 318 bis señalaba que «...la aplicación de la complicidad se compadece mal con la amplitud del tipo del artículo 313.1.º del Código Penal, similar en su tipología, como ya hemos expuesto, con el artículo 368 del propio Cuerpo legal, haciéndose muy difícil la apreciación de formas imperfectas de participación...». No obstante, puede excepcionalmente admitirse en alguna ocasión la complicidad como forma de

participación [vid. SSAP Las Palmas 48/2004 (Sección 2.^a), de 22 marzo, y Valencia núm. 40/2002 (Sección 5.^a), de 15 marzo].

En todo caso, no deben olvidarse las exigencias derivadas de la taxatividad, debiendo evitarse exégesis contrarias a los principios de proporcionalidad y de fragmentariedad. La interpretación de los elementos del tipo objetivo no puede llevar a incluir conductas inocuas o irrelevantes en relación con el fin de protección pretendido por la norma. En este sentido, la STS 569/2006, de 19 de mayo declara que «desde la perspectiva relacionada con el bien jurídico, aun cuando se entienda, como hace un sector doctrinal, que el delito trata de proteger el control sobre los flujos migratorios, su ubicación sistemática en un nuevo título XV bis bajo la rúbrica de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico, por lo que será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para ese bien protegido como consecuencia del acto de favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina... ha de tratarse de una acción que, desde una observación objetiva, y en relación a su propia configuración, aparezca dotada de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico.» En la misma línea puede citarse la STS 479/2006, de 28 de abril.

V.4 Tipo subjetivo

No es necesario que concurra ánimo de lucro, elemento subjetivo que de concurrir integrará un subtipo agravado

El delito es esencialmente doloso (*re ipsa in se dolus habet*). No parece ni siquiera posible admitir el dolo eventual, debiendo exigirse dolo directo. La necesidad de dolo directo debe servir para excluir del ámbito de la norma los supuestos en los que no se pretende favorecer la emigración ilegal sino auxiliar en sus necesidades primarias a quien ya ha entrado en territorio nacional.

Es teóricamente posible la concurrencia de error, que se calificará como de tipo o de prohibición según recaiga sobre los presupuestos objetivos que fundamentan la ilegalidad o sobre la propia ilegalidad.

Habrán de entender los señores Fiscales que en principio la intención de emigrar a España compartida por el sujeto activo del delito con las otras personas a quienes auxilia no excluye la relevancia penal de su conducta. En este sentido se pronuncia la STS 830/2005, de 27 de junio, criterio que ya con anterioridad se había aplicado por la SAP Las Palmas 40/2003 (Sección 2.^a), de 21 febrero.

V.5 Consumación

Es un tipo de consumación anticipada (STS 556/2005, de 25 de abril), que adelanta la barrera penal al momento en que se facilita o favorece el tráfico. Es también de mera actividad, consumándose por consiguiente con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido (*vid.* SAP Las Palmas sección 2.^a 48/2004, de 22 de marzo, STS 1059/2005, de 28 de septiembre, STS 284/2006, de 6 de marzo). Por ello es irrelevante que no se concluya la operación de que se trate por causas ajenas a la voluntad del agente, tales como la posible intervención policial o por detectarse el fraude en la propia vía administrativa. El delito se consume aunque la interceptación de la patera o cayuco se produzca antes de llegar a la costa española.

V.6 Subtipos agravados

El apartado 3.º del artículo 318 bis CP castiga *a los que realicen las conductas con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas.*

Para acreditar el ánimo de lucro puede acudir a la prueba de indicios. Así por ejemplo el Tribunal Supremo considera que se puede inferir, sin riesgo a equívoco alguno, que la actividad de los denominados «motores humanos» es siempre retribuida. Ninguna persona llevaría a cabo un traslado tan arriesgado para la vida, exponiéndose a sufrir una condena de 6 años... por simples razones altruistas y sin tener ninguna relación personal o familiar con el emigrante (STS 1039/2005, de 22 de septiembre).

Existe engaño cuando se encubre el propósito de explotación sexual asegurando a la víctima que en España trabajaría como cocinera (STS 1755/2003, de 19 diciembre).

La novedad respecto a la regulación anterior a la reforma de 2003 es la referencia a los incapaces, la incorporación del abuso de una situación de superioridad, que será incompatible con la agravante general y la incorporación del abuso de la especial vulnerabilidad de la víctima.

El peligro ha de evaluarse en cada situación en concreto (STS 1059/2005, de 28 de septiembre, núm. 1039/2005, de 22 de septiembre), aunque alguna resolución se ha referido al peligro como peligro abstracto (STS núm. 704/2005, de 6 de junio). En la aplicación de este subtipo deberán los señores Fiscales seguir las pautas acuñadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Así, aunque como refiere la STS 1059/2005, de 28 de septiembre «la necesidad de que haya provocado una concreta situación de peligro para los bienes jurídicos contemplados en el precepto requiere la prueba específica de que el peligro se dio en el caso concreto» debiendo rechazarse por tanto que el riesgo «pueda presumirse como ligado a ciertas conductas consideradas ex-ante como peligrosas», no es menos cierto que sin perjuicio de aportar en cada caso los elementos probatorios necesarios para concretar, algunos procedimientos para llegar a España son en sí peligrosos. En efecto, existen ciertos medios para el transporte que incorporan generalmente este elemento de peligro. Los traslados en frágiles embarcaciones (pateras o cayucos) desde la costa norteafricana a la española, generan por sí un peligro concreto. Así, el subtipo se aprecia cuando los inmigrantes son conducidos desde Marruecos en patera (SSTS 1685/2002, de 15 de octubre; 1248/2002, de 28 de junio, y 1207/2003, de 17 de septiembre). Se ha apreciado esta situación de peligro concreto en la situación de hipotermia detectada y otras genéricas asechanzas (*v.gr.* cambio brusco de factores atmosféricos con repercusión en el oleaje, corrientes, etc. peligro de animales marinos o la huída del acusado si sospecha que puede ser detenido, etc.) (STS 1039/2005, de 22 de septiembre).

En este sentido el Tribunal Supremo ha declarado que «no cabe aceptar como irracional o absurdo el juicio de inferencia de la peligrosidad para la vida e integridad física de las personas que transportaba una embarcación tan precaria, carente de los mínimos elementos de seguridad y de ayudas a la navegación y, por ello, sumamente vulnerable en un medio de suyo hostil y sumamente arriesgado en las condiciones en que se efectuó la travesía. Si a estas consideraciones se añade la realidad que nos ofrece la experiencia, que demuestra empíricamente los numerosos episodios de personas fallecidas en situaciones idénticas al supuesto de hecho enjuiciado, lo que pone de manifiesto de modo patente la certeza del grave peligro que aprecia el juzgador de instancia, habrá de concluirse que el pronunciamiento inferido por el Tribunal sentenciador se ajusta plenamente a los cánones de la racionalidad, de la lógica, de la experiencia y del recto criterio humano» (STS 491/2005, de 18 de abril).

Aunque la travesía no fuera por alta mar, se aplica el subtipo en ocasiones teniendo en cuenta la hora –madrugada–, y la época –mes de diciembre– que hacen «patente la realidad del riesgo para la vida de las dos personas», jugándose también con el dato de que no estén acreditados conocimientos de natación en los transportados (STS 704/2005, de 6 de junio).

Por lo demás, declara la STS 1451/2005, de 14 de diciembre que «lo que sí tiene valor probatorio referido a otras ocasiones y como criterio de experiencia, es catalogar el lugar concreto por el que se accedió a Ceuta, como muy peligroso, por las circunstancias concurrentes, ya conocidas por la Sala. Los informes de la Guardia Civil en este punto son decisivos, al concretar que la zona del mar por la que discurrió la travesía tiene corrientes peligrosas y el viento suele desviar la corriente marina al Estrecho».

También se ha apreciado el subtipo agravado en un supuesto en el que se permaneció oculto en un vehículo, en un doble fondo de reducidas dimensiones, aproximadamente dos horas, de modo que cuando fue sacado de allí se encontraba desorientado y aturdido (STS 887/2005, de 30 de junio) o en un caso en el que una de las tres personas que venían ocultas se encontraba dentro de un bolso de viaje con la cremallera abierta, y debajo de varias maletas, mantas y otros bultos, en el interior de una furgoneta (STS 610/2004, de 4 de mayo).

El traslado de menores requiere que el sujeto activo conozca la minoría de edad del emigrante, aunque en este punto cabe admitir el dolo eventual. La aplicación del subtipo no generará dificultades cuando el menor tenga una edad notoriamente inferior a los dieciocho años. En este sentido, la SAP Las Palmas, Sección 2.ª, 26/2004, de 9 de febrero, que aprecia el subtipo agravado, declara que teniendo en cuenta que uno de los menores tendría unos tres años *en modo alguno puede llevar a confusión sobre su minoría de edad, y por tanto el acusado no podía desconocer que estaba transportando al menos a un menor*. El problema se plantea en los supuestos en que sea difícil determinar la minoría de edad de la víctima. En estos casos será aconsejable optar por la no aplicación del subtipo. Así no procederá aplicarlo en supuestos en los que la falta de documentación obligue a realizar pruebas médicas a la víctima y éstas arrojen una horquilla cuyo tramo superior exceda de los 18 años.

El apartado 4.º incorpora como subtipo la conducta de los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Para que el subtipo devenga aplicable será preciso que el sujeto activo perpetre los hechos utilizando su condición pública para facilitar la comisión del delito. Es en este sen-

tido ilustrativo la STS 727/2004, de 10 de junio, que considera concurrente el prevalimiento al exhibir el acusado «ante los responsables de los controles policiales sus credenciales como funcionario de policía, con la intención de beneficiarse indudablemente, de ese modo, de la confianza que su conducta podía generar ante quienes, en definitiva, eran sus propios compañeros».

El apartado 5.º agrava el tipo básico cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. La supresión mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, del apartado 6.º del artículo 515 del Código Penal, que incluía dentro del catálogo de las asociaciones ilícitas a las que promovieran el tráfico ilegal de personas, simplifica y evita farragosos problemas concursales.

Pueden trasladarse a este subtipo los criterios aplicados por la jurisprudencia del TS en relación con el concepto de organización referido al delito contra la salud pública. Conforme a la STS 1306/2003, de 6 de octubre, la organización *supone algo más que el mero concierto de varias personas para la realización de una determinada infracción criminal. Es preciso que el acuerdo lleve a la formación de una estructura, siquiera sea elemental, en que haya una dirección y una jerarquía que planifique y conjunte las diversas actividades de los miembros del grupo* añadiendo que *conviene no ser demasiado flexible en la exigencia de los elementos que pueden conformar una organización o asociación dedicada a la comisión de ciertos delitos a fin de no incluir en dicha categoría, como forma transitoria de la misma, cualquier supuesto de codeincuencia compleja.*

El párrafo segundo del apartado 5.º introduce un tipo hiperagravado: cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

Cuando respecto de un mismo hecho concurren dos o más agravaciones de las previstas en el artículo 318 bis.3 el tipo cualificado se integrará con cualquiera de las concurrentes, pudiendo dar los señores Fiscales operatividad a las restantes agravaciones a la hora de determinar la pena concreta dentro de los márgenes legales.

V.7 Problemas concursales

En los supuestos en los que en la actividad de tráfico llegara a irrogarse lesión a algún bien jurídico individual penalmente tutelado (concurso entre el delito de riesgo del subtipo agravado contenido en

el apartado tercero del artículo 318 bis y el resultado muerte o lesiones causado), habrán de distinguirse dos supuestos distintos: si el riesgo creado lo fue respecto de una sola persona, nos encontraremos ante un concurso de leyes, no pudiendo aplicarse simultáneamente el subtipo agravado y el delito derivado de la concreción del peligro, debiendo por contra aplicarse el tipo básico y el delito de resultado o el subtipo agravado exclusivamente, si éste resultara castigado con pena superior. Si el riesgo creado lo fue respecto de varias personas y el resultado lesivo sólo se concretó respecto de una de ellas, podrá aplicarse como concurso de delitos el subtipo agravado del artículo 318 bis y el tipo de resultado.

Si para la actividad de tráfico, con el fin de facilitar la entrada o tratar de acreditar la identidad se facilitan documentos falsos también podrá apreciarse concurso de delitos entre el artículo 313.1 o el 318 bis y el delito de falsificación (STS 1116/2003, de 25 de julio, SAP de Málaga, sección 7.ª 15/2003, de 21 de febrero, SAP Las Palmas sección 2.ª 48/2004, de 22 de marzo).

Hay perfecta compatibilidad entre los delitos de secuestro del artículo 164 y el del artículo 318 bis 1. Se trata de conductas fácilmente separables, que podrían haber existido la una sin la otra, que originan un concurso real de delitos y no concurso de normas por absorción (art. 8.3.º CP), ya que es necesario aplicar ambas disposiciones penales para abarcar la total antijuridicidad del comportamiento punible (STS 968/2005, de 13 de julio, con cita de la 1397/2003, de 16 de octubre).

El artículo 313.1 CP castiga con penas de dos a cinco años y multa a quien *promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España*.

Antes de la reforma 11/2003 el delito del 313.1 CP era castigado con pena superior a la del tipo básico del 318 bis 1, por lo que aquél coherentemente era de aplicación preferente, teniendo en cuenta que a la común conducta de tráfico se unía el plus de la finalidad de incorporación ilícita al mercado de trabajo. Por tanto, el concurso de normas se resolvía a favor del artículo 313.1 tanto si se aplicaba el principio de alternatividad como si se operaba con el de especialidad.

Tras la referida reforma, las relaciones entre ambos tipos se complican, pues por un lado se modifica la redacción del artículo 318 bis CP con un propósito omnicompreensivo y, por otro lado, se le asigna mayor penalidad, sin derogar expresamente el artículo 313.1.

En el trance de dar una solución al concurso debe obviamente descartarse la aplicación del concurso de delitos, pues se conculcaría frontalmente el principio *non bis in idem*.

Habr  de dársele a estos supuestos, pues, un tratamiento conforme a los principios que rigen el concurso de leyes.

Si concurre una conducta subsumible en alguno de los subtipos agravados del 318 bis y conforme al artículo 313.1 CP, habrá de optarse por la aplicación del primero, pues en estos casos es claro que no existe ya una relación tipo general-especial, dado que ambos incorporan elementos especializantes, por lo que devendrá aplicable, conforme al principio de alternatividad, el artículo 318 bis.

Más complejo es el supuesto en el que concurra una conducta subsumible en el tipo básico del artículo 318 bis y en el artículo 313.1 CP. En una primera aproximación podrá entenderse de preferente aplicación este último, como tipo especial, en tanto aparentemente aporta una singularidad en cuanto al sujeto pasivo del delito no contenida en el artículo 318 bis.

Sin embargo, debe repararse en que si con carácter general el fundamento de la aplicación preferente de los tipos especiales radica en que los mismos valoran con más precisión la conducta típica, en estos casos el tratamiento privilegiado que el artículo 313 otorga a las conductas de tráfico de emigrantes carece de justificación.

Se ha incurrido en una defectuosa técnica legislativa, pues debió haberse suprimido expresamente el tipo del artículo 313.1, incorporando en su caso un nuevo subtipo agravado en el artículo 318 bis cuando la conducta tuviese por objeto la explotación laboral (más que la inmigración clandestina de trabajadores, pues no parece que tal finalidad sin más suponga un plus de antijuridicidad ni de culpabilidad).

Parece claro, no obstante, que el objetivo del Legislador –pese a la defectuosa plasmación final– se orientaba hacia un tratamiento unificado de estas conductas a través del nuevo artículo 318 bis. Tal propósito tiene una explícita formulación en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, en la que se declara que *el nuevo texto contiene un importante aumento de la penalidad al respecto, estableciendo que el tráfico ilegal de personas –con independencia de que sean o no trabajadores– será castigado con prisión de cuatro a ocho años.*

Por lo demás, puede defenderse que la referencia a la inmigración clandestina de trabajadores contenida en el artículo 313.1 CP ha dejado de ser un elemento especializante en relación con el tipo básico del artículo 318 bis. En efecto, habiéndose incorporado al artículo 318 bis junto al tráfico ilegal la referencia a la inmigración clandestina de personas, puede concluirse con que siendo consustancial a la inmigración el desplazamiento de una persona de su país con el fin de buscar trabajo, el concurso de normas entre ambos tipos ha de resolverse no conforme al principio de especialidad, sino con-

forme al principio de alternatividad, deviniendo de aplicación preferente el artículo 318 bis.

En tanto no se consolide un criterio jurisprudencial en sentido contrario, los señores Fiscales mantendrán la aplicación preferente del tipo del artículo 318 bis CP respecto del contenido en el artículo 313.1 CP.

V.8 Causas de justificación

Frecuentemente se invoca como causa de justificación el estado de necesidad sobre la base de que los sujetos pasivos se encontraban perseguidos en sus países de origen. La jurisprudencia menor ha afirmado cómo «en teoría, es posible apreciar la justificante del estado de necesidad (art. 20.5 CP) cuando la salida, la entrada o el tránsito del extranjero por territorio nacional se hace para evitar un mal ajeno. Por ejemplo, individuos perseguidos por motivos políticos, por su etnia o creencias religiosas, etc., que se encuentren amenazados de muerte en sus países de origen» (*vid.* SSAP Málaga 15/2001, de 13 de marzo, y 49/2004, de 30 de julio).

Sin desconocer que puede concurrir el estado de necesidad, si efectivamente se hace para evitar un mal ajeno a las personas transportadas, y el sujeto activo obra en atención a la consecución de refugio, asilo o protección para los inmigrantes, tales extremos deben acreditarse cumplidamente y, desde luego, han de entenderse incompatibles con el precio.

V.9 Pena imponible

La respuesta penal al tráfico de inmigrantes se ha visto tras la reforma 11/2003 sensiblemente incrementada, pasando el tipo básico de prever una pena de prisión de 6 meses a 3 años y multa a una pena de prisión de 4 a 8 años.

En este contexto, deberán tener presentes los señores Fiscales las posibilidades individualizadoras que permite el apartado 6.º del artículo 318 bis, a cuyo tenor *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*. A estos efectos debe admitirse que la posibilidad de degradación penológica puede operar no solo sobre el tipo básico sino también sobre los subtipos agravados.

Debe, en relación con las posibilidades del apartado 6.º, tenerse presente que como quiera que el tipo básico no exige ánimo de lucro,

en principio serían típicas las conductas realizadas con finalidad altruista o humanitaria, cuando no reunieran los requisitos para aplicar la eximente. En estos supuestos la pena puede resultar desproporcionada. También esta desproporción puede ser predicable de otros casos en los que pese a actuarse con ánimo de lucro, el transporte se realiza en relación con adultos y a instancias de éstos, en condiciones de seguridad excluyentes de cualquier menoscabo a su dignidad.

Se considera valorable a efectos de la atenuación el referirse el hecho al intento de introducir en España a una sola persona, no a varias, como es lo habitual en estos casos (STS 887/2005, de 30 de junio). Anticipando esta pauta, la STS 1116/2003, de 25 de julio, aunque dictada antes de la introducción del apartado sexto del artículo 318 bis ya consideraba que debía tenerse en cuenta en la tarea de determinación de la pena el que se tratara de introducir en el país a una sola persona, «lo que disminuye la gravedad del hecho». Cabrá también valorar la mínima afectación de los ciudadanos extranjeros (STS 1531/2005, de 7 de diciembre).

También pueden valorarse para aplicar la atenuación la inexistencia de móviles de lucro, el propósito altruista o la vinculación familiar o asimilada del autor con el inmigrante (*Vid.* SSAP Málaga 9/2004 (Sección 7.^a Melilla), de 26 de febrero, Cádiz 156/2003 (Sección 6.^a Ceuta), de 9 de diciembre).

Debe igualmente recordarse a los señores Fiscales la necesidad de solicitar en los escritos de calificación provisional el comiso de los medios de transporte empleados en la comisión de delitos de tráfico de personas en cualquiera de sus modalidades, consecuencia accesoria prevista en el artículo 127 CP.

V.10 Tratamiento de los delitos de tráfico ilegal de personas cometidos fuera del territorio nacional

El tipo del artículo 318 bis implícitamente exige una acción que se dirija a traspasar la frontera española, aun cuando su consumación no requiere que tal propósito se logre. Por territorio nacional habrá de entenderse el espacio terrestre delimitado por sus fronteras y las doce millas adyacentes a las costas españolas, conforme a la Ley de 4 de enero de 1977 y el espacio aéreo que se eleva sobre el espacio terrestre y marítimo territorial, conforme a la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960. También tienen consideración de territorio español a efectos de determinación del ámbito de la jurisdicción penal los buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte (art. 23.1 LOPJ).

Un problema colateral es el de los casos en los que no habiéndose alcanzado aún territorio nacional, son interceptadas por agentes de la autoridad españoles en funciones de salvamento embarcaciones con inmigrantes irregulares en aguas internacionales cuando inequívocamente se dirigen a España.

Si el tráfico de seres humanos detectado en aguas internacionales está orientado a la explotación sexual de los mismos, la jurisdicción de los Tribunales españoles no ofrece dudas, a la vista de la expresa previsión contenida en el artículo 23.4 e) LOPJ, conforme al que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como... delitos relativos a la prostitución.

Más dudosos, como consecuencia de la falta de una previsión expresa en el artículo 23 LOPJ, son los supuestos en los que los actos de inmigración clandestina no estén orientados hacia la explotación sexual.

Pese a que ya ha recaído alguna resolución contraria a reconocer a España jurisdicción (*vid.* AAP Las Palmas, secc. 1.^a de 17 de marzo de 2006), los señores Fiscales habrán de mantener la tesis de la competencia de la jurisdicción española, en tanto no se consolide en los tribunales la exégesis contraria.

El tipo delictivo se estructura en torno a unos verbos rectores –promover, favorecer o facilitar– que remiten a conductas que abarcan la que ahora es objeto de análisis: en estos casos el traficante de seres humanos ha promovido la inmigración ilegal hacia y en España, al haber organizado el acto de transporte con destino a España y haber provocado –colocando a los inmigrantes en una situación de necesidad– el acto de salvamento y la consiguiente entrada de los mismos en nuestro país. El delito debe entenderse cometido en todos aquellos lugares en que se haya realizado cualquiera de los elementos típicos de la acción, lo mismo donde se realiza la actividad que donde se realizan los resultados intermedios o finales. Entraría este delito por su matiz transfronterizo dentro del grupo de los denominados delitos de tránsito, en el que también ha de entenderse cometido el delito en el país en el que se produce una parte de la acción.

En estos casos no es que se frustre la operación de inmigración ilegal fuera de territorio español por causas ajenas a la voluntad del agente. La intervención de las autoridades españolas en las operaciones de salvamento no están preordenadas a la prevención o represión del delito ni suponen la frustración del mismo, ni siquiera su interrupción fuera de España. El tipo es de estructura permanente y, precisa-

mente, con la operación de salvamento y el traslado de los inmigrantes a territorio español el mismo se continúa ejecutando y llega a la fase de agotamiento. La acción típica se sigue realizando, de modo ininterrumpido, más allá del momento consumativo inicial.

El traficante de seres humanos pretende en estos casos trasladar a los inmigrantes a España y con la operación de salvamento tal propósito se ve coronado con éxito. De hecho, en estos casos pese a la intervención de salvamento una vez trasladados los inmigrantes a España, puede perfectamente ocurrir que no sea posible devolver a éstos y que se queden definitivamente en España.

En este contexto cabe defender que el delito se ha cometido en España y que, por tanto, nuestros tribunales tienen jurisdicción para instruir y enjuiciar la conducta de los traficantes.

En estos casos desde el punto de vista territorial habrá de reconocerse competencia a los Tribunales del partido al que a la vista del punto de interceptación, puede inferirse que se dirigía la nave, debiendo optarse si tal inferencia no resulta clara por el Juzgado del puerto de arribada.

Debe repararse en que la propia descripción típica de la conducta sancionada en el artículo 318 bis CP apunta a una expansión de la jurisdicción de los tribunales españoles, pues cuando castiga al que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o *con destino a España* está atribuyendo competencia al orden penal español para perseguir hechos que comienzan a ejecutarse fuera de España siempre que pueda acreditarse que el destino final es nuestro país.

Estas conclusiones son por lo demás ajustadas a los recientes Convenios internacionales suscritos por España en relación con la materia. El artículo 8.7 del Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 y ratificado por España («BOE» 295/2003, de 10 diciembre 2003) dispone que todo Estado Parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de inmigrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad podrá visitar y registrar el buque. Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado Parte adoptará medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno e internacional, según proceda. El artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, dispone que un Estado Parte también podrá establecer su

jurisdicción para conocer de los delitos a que se refiere cuando sea uno de los delitos tipificados con arreglo al párrafo 1 del artículo 5... y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio.

Por su parte, el artículo 7 del Protocolo establece que los Estados Parte cooperarán en la mayor medida posible para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de inmigrantes por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar, objetivo que se cohonesta con la interpretación propuesta.

La reciente STS 950/2005, de 20 de julio, acepta el fallo condenatorio en un supuesto en que el acusado «fue interceptado en alta mar... en la patera que patroneaba cuando se aproximaba a las costas de Fuerteventura en la que trasladaba sin medida de seguridad alguna como chaleco salvavidas, señales de emergencia o bengalas de localización, etc., desde la costa africana a 32 inmigrantes indocumentados, entre ellos un bebé». La misma no se plantea el problema de si el punto de localización era o no el de las aguas territoriales españolas.

V.11 Especial referencia a los delitos relativos al tráfico de inmigrantes con fines de explotación sexual

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, derogó el tipo del artículo 188.2 CP, introduciendo simultáneamente un subtipo agravado del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en el número 2 del artículo 318 bis que castiga con la pena de 5 a 10 años de prisión «si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas».

Resulta sin duda un avance técnico la construcción de tráfico ilegal con finalidad de explotación sexual como subtipo agravado del delito de tráfico ilegal de personas, pues con ello se allana el camino hacia la búsqueda de soluciones para supuestos de concursos. En efecto, la tipificación anterior conforme al artículo 188.2 generó una jurisprudencia menor dispersa y contradictoria, sobre todo en el tratamiento de la relación concursal con el delito de prostitución coactiva (art. 188.1).

La reforma también ha supuesto la agravación de la respuesta penal y así la pena prevista en el artículo 318 bis apartado segundo es muy superior a la asignada por sí para la explotación sexual (188.1). La entidad de la pena imponible hará necesaria siempre la incoación de sumario ordinario, conforme a lo dispuesto en el artículo 757 LECrim.

En cuanto al tipo objetivo habrá de partirse de que por «explotación sexual» deben entenderse abarcados además del ejercicio de prostitución, otros empleos de inmigrantes para fines de naturaleza sexual (pornografía).

El tipo se amplía pues ya no se exige que la conducta se cometa mediante violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de necesidad o superioridad o vulnerabilidad de la víctima.

Sólo podrán ser sujetos pasivos del delito tipificado en el artículo 318 bis 2 los extranjeros, con exclusión de los ciudadanos de la Unión Europea y países asimilados, sin perjuicio de la aplicación en su caso del tipo del artículo 188.1 CP.

El tipo subjetivo incorpora como elemento la finalidad de explotación sexual por el propio sujeto activo o por un tercero.

En cuanto a los tipos cualificados, también le son aplicables al tráfico con fines sexuales los subtipos de los apartados 3.º, 4.º y 5.º del artículo 318 bis. Debe no obstante excluirse la agravación en base al ánimo de lucro, pues el mismo es inherente a la finalidad de este tráfico, con reflejo en la referencia al término explotar.

Respecto a los problemas concursales, en los supuestos de tráfico ilegal con fines de explotación sexual en que llegue a consumarse la prostitución típica de la víctima habrá de aplicarse el artículo 318 bis en concurso con el artículo 188.1, pues para abarcar en estos casos el desvalor total de la acción, incluyendo el resultado, se precisa de la aplicación de ambos tipos penales. La STS 651/2006, de 5 de junio referida a un supuesto de tráfico ilegal y prostitución coactiva, se decanta por apreciar un concurso real de delitos.

V.12 Tratamiento de los testigos extranjeros y, en especial, de la víctima

En las causas abiertas para la investigación de los delitos de tráfico de inmigrantes es esencial promover la preconstitución de la prueba, pues la propia situación precaria de quienes son los principales testigos de cargo en un gran número de supuestos va a determinar el peligro evidente de no contar con su testimonio presencial en el acto del juicio oral.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2002 ya establecía que en los delitos de tráfico de seres humanos las declaraciones de los testigos víctimas de las redes se efectúen de acuerdo con las previsiones del artículo 448 LECrim, remitiendo al mismo tiempo comunicación a la autoridad gubernativa expresando el criterio del Fiscal en

orden a la conveniencia o no de la exención de responsabilidad, a tenor de los datos de la causa penal.

Debe en este punto hacerse hincapié en que salvo circunstancias excepcionales, como regla general, los señores Fiscales, en los delitos de tráfico de seres humanos, promuevan la preconstitución probatoria de los testimonios de las víctimas a través del citado artículo 448, o, en su caso, conforme a lo dispuesto en el artículo 777.2 LECrim y a la interpretación al respecto establecida en la Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado (apartado II.1 E).

El artículo 59.4 LE, desarrollado por el artículo 117.3 RE, prevé que cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente a los efectos de que se valore la inejecución de su expulsión durante el tiempo necesario o la autorización de su regreso, si ya hubiera sido expulsado.

La valoración que el Fiscal traslada a la Administración no es vinculante para la misma, si bien debe tenerse presente que la obligación constitucional de los poderes públicos de colaboración con la Administración de Justicia ha de entenderse aplicable también a las solicitudes del Ministerio Fiscal. Por ello, la motivación de la petición del Fiscal se torna esencial y especialmente exigible, para poder reivindicar con fundamento la referida obligación de colaboración. También habrán de procurar los señores Fiscales la necesaria fluidez en las vías de comunicación con las autoridades gubernativas, a fin de lograr la imprescindible coordinación en este ámbito.

La Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, *sobre expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes* establece un procedimiento para la expedición de los permisos de residencia, e insiste en esta línea de actuación, subrayando la necesidad de que se asegure a los eventuales beneficiarios una adecuada información previa.

La Directiva subordina la concesión del permiso a la concurrencia de una *clara voluntad de cooperación* en el beneficiario. En el artículo 14 se dispone que el permiso de residencia podrá retirarse, entre otros motivos, si la autoridad competente considera que la cooperación de la víctima es fraudulenta o su denuncia es fraudulenta o infundada.

También debe recordarse a los señores Fiscales la conveniencia de instar las medidas de protección de testigos prevista en la Ley Orgánica 19/1994, a favor de los extranjeros víctimas de los delitos relacionados con la inmigración ilegal que colaboren contra las redes organizadas, teniendo en cuenta el grave desamparo en que muchas veces se encuentran, en especial a las víctimas del delito de tráfico ilegal de personas con finalidad de explotación sexual del artículo 318 bis apartado 2.º CP.

Habrà no obstante que actuarse con la máxima cautela en estos supuestos de colaboración para evitar, como reseñaba la Circular 1/2002 que puedan prosperar situaciones de denuncias falsas, huecas o inconsistentes o situaciones de retractación o cese de la cooperación, que tengan sólo por objeto la consecución de una regularización, imposible de obtener de otro modo.

VI. ASPECTOS ORGANIZATIVOS

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1994 ya abordó el necesario reflejo orgánico del cúmulo de competencias atribuidas funcionalmente al Fiscal en materia de extranjería. Efectivamente, ya en 1994, se hacía preciso crear en determinadas Fiscalías un Servicio de Extranjería, dirigido por un Fiscal o Abogado Fiscal, e integrado por cuantos Fiscales fuesen precisos en atención al volumen del trabajo. Las funciones que la Circular 1/1994 confiere al Servicio de Extranjería, aparte de las que específicamente le sean confiadas, son las siguientes: 1.ª) Coordinar el tratamiento de las cuestiones de extranjería y elaborar informes. 2.ª) Hacer un seguimiento de todas las causas abiertas contra un mismo extranjero mediante la apertura de fichas individuales, a fin de que cuando se solicite la expulsión se haga constar simultánea o sucesivamente en todas las que procedan. 3.ª) Mantener reuniones periódicas con las Autoridades Penitenciarias y Gubernativas, con la finalidad de adoptar las decisiones precisas que permitan asegurar la efectividad de las expulsiones que se autoricen o acuerden en el ámbito judicial. 4.ª) Proceder inmediatamente, en relación con los listados de penados extranjeros, a revisar las correspondientes ejecutorias, al objeto de solicitar su expulsión como substitutiva de las penas que les sean aplicables, siempre que ello sea posible. 5.ª) Proceder de igual manera con respecto a los listados de preventivos al objeto de solicitar la autorización para su expulsión, cuando proceda.

La Instrucción 2/2002, ante el incremento del fenómeno de la inmigración y su correspondiente impacto funcional en el Ministerio

Fiscal se propuso reestructurar el Servicio de Extranjería para integrarlo –aun con la adecuada autonomía– con el Servicio de Vigilancia Penitenciaria de la Fiscalía, dada la interconexión de información y parcial coincidencia de actuaciones de ambos, debiendo en todo caso mantenerse una estrecha coordinación con los Fiscales encargados en materia penitenciaria. Esta Instrucción también dispuso la creación del Servicio de Extranjería en todas las Fiscalías que hasta el momento no lo tuvieran establecido, a cuyo efecto el Fiscal Jefe debía designar un Fiscal encargado en la materia. También se postulaba reforzar el Servicio de Extranjería de las Fiscalías incrementando, si fuera preciso, el número de Fiscales adscritos al mismo.

Manteniendo estas líneas organizativas, debe hacerse hincapié en la necesidad –dentro de las potestades autoorganizativas de cada Fiscalía– de adoptar medidas para la efectividad del principio de coordinación interna entre el servicio de extranjería y el resto de la Fiscalía, tanto más necesaria cuanto mayor sea la entidad de la misma, pues como ya se reconocía en la Instrucción 2/2002 en las grandes Fiscalías es difícil que la Sección de Extranjería pueda, por ejemplo, dictaminar todas las causas.

Habrà también el servicio de extranjería de coordinarse con los Fiscales encargados del despacho de asuntos contencioso-administrativos a los efectos de mantener la unidad de criterio en las zonas de intersección de uno y otro ámbito funcional.

En cuanto a la emisión de informes la Circular 1/1994 instauró también la obligación de elevar informe bimensual a la Fiscalía General sobre la actividad del Servicio de Extranjería. La Instrucción 2/2002 modificó la periodicidad de este informe estableciéndolo de forma más racional y lógica con carácter anual, así como detallando su contenido y ordenando la elaboración de un apartado específico de la Memoria de cada Fiscalía. Debe recordarse –al observarse la omisión en algunas Memorias de Fiscalías territoriales en los últimos años– que estas últimas previsiones contenidas en la Instrucción 2/2002 mantienen su vigencia, siendo por tanto imperativo incluir en las Memorias anuales un apartado específico dedicado a extranjería. Debe entenderse, con el fin de evitar burocráticas reiteraciones, que el informe anual del Servicio de Extranjería se integra propiamente en el apartado correspondiente de la Memoria anual, no precisándose pues elaborar dos documentos distintos ni remitirlos a la Fiscalía General del Estado en dos momentos diferentes. El informe anual del Servicio de Extranjería de cada Fiscalía debe incorporarse, pues, como un capítulo autónomo en la Memoria anual de la Fiscalía de que se trate. Todo ello ha de entenderse sin perjuicio de la remisión de las informa-

ciones puntuales que se estime conveniente remitir a la Fiscalía General del Estado en cualquier momento y en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 25 EOMF conforme al que *los miembros del Ministerio Fiscal pondrán en conocimiento del Fiscal General del Estado los hechos relativos a su misión que por su importancia o trascendencia deba conocer.*

A las funciones referidas *supra* habrán ahora de añadirse, la de la llevanza de las causas por delitos de tráfico ilegal de inmigrantes, bien directamente, bien mediante actividades de supervisión y coordinación, de acuerdo con las potestades autoorganizativas de cada Fiscalía.

Igualmente corresponderá al Servicio de Extranjería el control de la aplicación del artículo 59 LE, canalizando todos los escritos que a tales efectos se remitan por la Fiscalía a la autoridad gubernativa.

En este ámbito, los principios de unidad de actuación, especialización y coordinación vertical de los Servicios de Extranjería de las Fiscalías territoriales van a experimentar un decisivo fortalecimiento a través del Fiscal Delegado Coordinador de Extranjería. En efecto, el Real Decreto 709/2006, de 9 de junio, *por el que se establece la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para el año 2006* introduce esta nueva plaza, subrayando la Exposición de Motivos su ubicación en la cúspide de la categoría fiscal y su inspiración en la necesidad de impulsar el papel del Ministerio Público en la persecución de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico público y privado regulador de la extranjería.

VII. COMUNICACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN

Las comunicaciones fluidas entre la Fiscalía y las autoridades gubernativas en extranjería tienen una importancia esencial, habiendo motivado ya la atención de la Fiscalía General del Estado, teniendo reflejo en la Circular 3/2001, en la Instrucción 2/2002 y en la Circular 1/2002. La importancia de estas comunicaciones queda plasmada en las diversas Memorias de la Fiscalía General del Estado, abordándose en profundidad en la Memoria correspondiente al año 2004, en la que se analizan con detalle algunas experiencias y observaciones de las Fiscalías en relación con esta cuestión. La coordinación de las Fiscalías con las Comisarías Provinciales de Documentación y Extranjería es imprescindible, sobre todo cuando se autorizan las expulsiones conforme a lo dispuesto en el artículo 57.7 LE.

La STS (sala 3.^a) de 20 de marzo de 2003 declaró nulo el artículo 136.3 del anterior Reglamento de Extranjería, conforme al cual se

imponía al órgano judicial la obligación de comunicar a la autoridad gubernativa la finalización de los procesos judiciales en los que concurran infracciones administrativas a las normas de Extranjería a los efectos de que pueda reanudarse, iniciarse o archivarse el correspondiente procedimiento administrativo sancionador. La situación creada por la STS de 20 de marzo de 2003, que en definitiva, hacía gravitar todo el peso de las comunicaciones en el Ministerio Fiscal, ha sido corregida o paliada por la disposición adicional decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que nuevamente introduce la obligación de los órganos judiciales de comunicar a la autoridad gubernativa la finalización de los procesos judiciales en los que concurra la comisión de infracciones administrativas a las normas sobre extranjería, a los efectos de que por las autoridades administrativas pueda reanudarse, iniciarse o archivarse, si procede, según los casos, el procedimiento administrativo sancionador, así como de comunicar condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, a los efectos de incoación del correspondiente expediente sancionador. Idéntica previsión se reitera en el artículo 152 RE.

Pero pese a esta obligación de los órganos jurisdiccionales, en todo caso el papel del Ministerio Fiscal en materia de comunicaciones interorgánicas sigue siendo esencial.

Debe tenerse especialmente en cuenta que conforme al artículo 151.3 RE *cuando el Ministerio Fiscal conozca que un extranjero se encuentre imputado en un procedimiento por delito menos grave y pudiera estar incurso en alguna de las causas de expulsión previstas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sin que hubiera sido incoado el correspondiente expediente administrativo sancionador, informará sobre tal imputación a la autoridad gubernativa para que ésta compruebe si procede o no la incoación de expediente de expulsión, a los efectos oportunos.*

La Instrucción 2/2002 desarrolla la obligación de los Fiscales de comunicar o interesar de la autoridad judicial que comunique a las Brigadas provinciales de documentación y extranjería las resoluciones que puedan afectar a los expedientes gubernativos de extranjería. Aunque tales facultades y deberes de comunicación recaen sobre todos los Fiscales, la Instrucción –adoptando un criterio que ahora debe ratificarse y recordarse– parte de que la concreta comunicación con la autoridad gubernativa parece preferible que se efectúe desde el Servicio de Extranjería, a fin de centralizar desde éste todas las comunicaciones de semejante naturaleza. Esta pauta debe mantenerse con

flexibilidad, subordinada siempre a las necesidades organizativas de cada Fiscalía.

Pero en todo caso, en relación con las materias a que hace referencia el artículo 152 RE quien debe comunicar es el órgano jurisdiccional. Lo que sí competirá a los señores Fiscales es la supervisión en cada causa del cumplimiento de tal obligación, oponiéndose al archivo del procedimiento en tanto no conste remitida la correspondiente comunicación.

Las comunicaciones previstas en el artículo 151.3 del Reglamento deberán ser realizadas directamente por la Fiscalía, preferentemente por el Servicio de Extranjería.

VIII. CONCLUSIONES SOBRE EXPULSIÓN SUSTITUTIVA DE EXTRANJEROS NO RESIDENTES LEGALMENTE CONDENADOS POR DELITO (ARTS. 89 Y 108 CP)

1.º Los señores Fiscales, en los casos en que se impongan a extranjeros no residentes legales penas privativas de libertad inferiores a seis años, habrán de interesar como regla general la sustitución de las mismas por la expulsión.

2.º La expulsión en sustitución de penas privativas de libertad puede en principio aplicarse tanto a los extranjeros que se encuentran irregularmente en España como a los extranjeros en situación de estancia, conforme al artículo 30 LE.

3.º En supuestos en los que a la vista de las circunstancias personales concurrentes en el penado la expulsión automática del artículo 89 conduzca a resultados que contraríen la doctrina del TEDH habrá de optarse por no solicitar la expulsión.

4.º Los estudiantes extranjeros con autorización de estancia, conforme al artículo 33 LE, deberán considerarse como extranjeros residentes legalmente en España, por lo que no se les aplicarán en caso de condena penal los mecanismos de la expulsión sustitutiva de la pena.

5.º La falta de residencia legal del extranjero debe estar debidamente acreditada en la causa, debiendo entenderse que en principio, la certificación expedida por funcionarios de las Brigadas de Extranjería y Documentación sobre inexistencia de autorización de residencia e incorporada a la causa penal, será, como documento oficial expedido por los órganos del Ministerio de Interior, prueba suficiente para acreditar la aplicabilidad o inaplicabilidad del régimen legal del artículo 89 CP.

Habr  de partirse de que no es necesario solicitar la referida certificación si el extranjero imputado no solo no presenta documentación acreditativa de su residencia legal sino que además reconoce no disponer de tal autorización.

6.  En tanto la calificación del extranjero como no residente es esencial a los efectos de la consecuencia jurídica de la expulsión sustitutiva y debe ser objeto de prueba, tal extremo habrá de ser recogido por los señores Fiscales en la conclusión primera del escrito de conclusiones provisionales o de acusación, debiendo incorporarse el soporte probatorio como regla general durante la fase de instrucción y antes de la calificación.

7.  Lo determinante para decidir la procedencia o no de la expulsión sustitutiva no será la pena abstracta señalada al delito, sino que habrá exclusivamente de tenerse en cuenta la pena concretamente impuesta.

8.  Por pena privativa de libertad habrá de entenderse cualquier pena de prisión. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas, pese a tener la consideración de pena privativa de libertad, no se entenderá susceptible de ser sustituida por la expulsión.

9.  Para aplicar la expulsión sustitutiva es necesario una condena por delito, no siendo suficiente una condena a pena privativa de libertad por una simple falta.

10.  No procederá interesar la expulsión sustitutiva cuando se imponga una pena de prisión de menos de tres meses, toda vez que conforme al artículo 71.2 CP será imperativo sustituirla por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, ambas penas no privativas de libertad.

11.  Dentro del grupo de delitos que exigen cumplimiento ordinario estarán normalmente aquellos en los que el sujeto activo es un extranjero no residente que accede a España con el fin de cometer el delito y con ánimo de volver al extranjero una vez perpetrados los hechos. Estas consideraciones deben ser especialmente aplicables a extranjeros no residentes traficantes de drogas (que causen grave daño a la salud o aun no caus ndolo, en cantidad de notoria importancia).

12.  Cabe interesar la expulsión sustitutiva en delitos contra la salud pública, aunque se trate de sustancias que causan grave daño a la salud cuando se trate de actividades de venta al por menor de pequeñas cantidades.

13.  Deben excluirse de la expulsión sustitutiva como pauta general los delitos cometidos por organizaciones criminales.

14.º Con carácter ordinario habrán de plantear los señores Fiscales la petición de expulsión sustitutiva total o parcial en conclusiones provisionales.

15.º Es admisible introducir la petición de expulsión en trámite de elevación de las conclusiones a definitivas si se ha omitido con anterioridad, sin perjuicio de que en tales supuestos y para evitar cualquier sombra de indefensión deba concederse a la defensa a solicitud de la misma un plazo adicional para poder estudiar posibles alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes, aplicando analógicamente lo dispuesto en el artículo 788.4 LECrim.

16.º Los señores Fiscales defenderán como regla general la interpretación conforme a la cual no cabe acordar la expulsión sustitutiva en ejecución de sentencia.

Por excepción, cabrá admitir que en fase de ejecución se resuelva sobre la expulsión sustitutiva si tal previsión se incluyó en la parte dispositiva de la sentencia, difiriéndola a la ejecutoria, así como cuando la petición se realice por el propio penado. En estos supuestos limitados en los que se promueva una resolución de expulsión sustitutiva después de dictada sentencia, será necesario dar audiencia al penado asistido de su letrado, permitiéndole articular prueba sobre los presupuestos de la expulsión, y debiendo adoptar la decisión la forma de auto motivado, susceptible de los correspondientes recursos. Por supuesto, también habrá de darse audiencia al Fiscal.

17.º Los señores Fiscales, partiendo de que la decisión sobre la expulsión sustitutiva debe adoptarse en la sentencia, habrán de interponer en su caso los correspondientes recursos ante la injustificada falta de pronunciamiento expreso, en uno u otro sentido, sobre la expulsión.

18.º Cuando se trate de sentencias dictadas de conformidad en el Juzgado de Guardia, podrá el Juez de Instrucción acordar el ingreso en prisión del penado extranjero por aplicación del artículo 801.1.4 LECrim. En los supuestos de conformidad la misma debe ir precedida de la información al reo de que la pena va a ser sustituida por la expulsión.

19.º Cabe admitir en circunstancias definidas por su excepcionalidad y tratándose de reos en libertad provisional durante el proceso, otorgar un plazo –que en ningún caso podrá ser inferior a 72 horas (art. 64.1 LE)– para cumplir voluntariamente la sentencia, abandonando el territorio nacional.

20.º La exclusión de la aplicación de los artículos 80, 87 y 88 CP, a que se refiere el artículo 89.1 párrafo 3.º, solamente afecta a los

supuestos en los que se lleva a efecto con éxito la expulsión. Frustrada ésta, los señores Fiscales habrán de partir de que tales preceptos recobran su aplicabilidad, sin que por tanto pueda interpretarse el inciso *cumplimiento de la pena privativa de libertad* como inexorable ingreso en prisión. Una exégesis acorde con los valores constitucionales llevaría en tales supuestos a la aplicación de las disposiciones generales sobre la ejecución de la pena.

21.º Los señores Fiscales habrán de incluir en la conclusión quinta la petición de prohibición de regreso durante el plazo que conforme al artículo 89.2 CP proceda, al ser esta sanción una consecuencia jurídica ligada al delito.

22.º Los criterios a seguir ante los supuestos de tentativa de regresar o de regreso a España consumado por parte del extranjero en incumplimiento de la prohibición serán en ambos casos los de devolución inmediata.

23.º Habrá de admitirse la posibilidad de acordar el mecanismo de la expulsión sustitutiva en los supuestos en los que el reo sea condenado, en la misma o en diferentes sentencias, a varias penas todas ellas inferiores a los seis años de privación de libertad, aunque sumadas excedan de dicho límite.

24.º Si el penado extranjero tiene otra u otras causas penales pendientes de enjuiciamiento, no existirá ningún obstáculo para que, concurriendo los requisitos legales, una vez acordada la expulsión sustitutiva en la causa ya finalizada, se autorice la expulsión, conforme al artículo 57.7 LE, por los Juzgados que estén conociendo las causas no finalizadas por sentencia. De no concederse tal autorización habrá de hacerse uso del inciso *in fine* del apartado 1.º del artículo 89 CP, conforme al que en el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente.

IX. CONCLUSIONES SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR DE INTERNAMIENTO

1.º La actuación de los señores Fiscales en el control de legalidad de los internamientos se extiende a todas las modalidades de internamiento de extranjeros regulados en la Ley. Por tanto, habrán de entenderse comprendidos: 1) los internamientos de extranjeros detenidos por causa de expulsión mientras se tramita el procedimiento; 2) el internamiento de extranjeros ya expulsados, si hubieran incumplido

la orden de salida; 3) los internamientos de extranjeros detenidos en territorio español contra los que exista una resolución de expulsión de otro Estado miembro de la Unión Europea; 4) los internamientos por causa de devolución por encontrarse en España vulnerando una prohibición de entrada vigente; 5) los internamientos por causa de devolución respecto de extranjeros detenidos cuando pretendían entrar ilegalmente en España; y 6) los internamientos en los casos de denegación de entrada con acuerdo de retorno.

2.º En relación con las privaciones de libertad en aplicación de la Ley de Extranjería y el procedimiento de *habeas corpus*, los señores Fiscales habrán de partir de que este procedimiento queda manifiestamente fuera de lugar cuando la intervención judicial ya se ha producido. Sin embargo, el hecho de que se prevea que, en virtud de la legislación de extranjería, la autoridad judicial va a tener que intervenir en breve para la decisión de internamiento no es causa de inadmisión de la solicitud de *habeas corpus*. Por otro lado, será admisible tal solicitud frente a internamientos que pese a haber sido decididos judicialmente se extiendan más allá del plazo señalado en el auto dictado al efecto.

3.º Los señores Fiscales velarán porque las solicitudes de internamiento, sea cual sea su origen, sean tramitadas en procedimientos autónomos. En todo caso, de tramitarse conjuntamente con unas diligencias penales, los señores Fiscales promoverán, en caso de autorizarse el internamiento, la deducción del oportuno testimonio para que la supervisión de esta medida continúe en un procedimiento autónomo.

4.º Los señores Fiscales interesarán de los Juzgados de Instrucción que se les cite para la audiencia previa a la decisión sobre el internamiento. Igualmente los señores Fiscales interesarán de los Juzgados de Instrucción que se les dé traslado para emitir informe sobre el internamiento solicitado con carácter previo a la decisión judicial, que se les notifique la resolución dictada y que se les dé traslado de los recursos que puedan interponerse contra la misma.

5.º Los señores Fiscales favorecerán las vías hermenéuticas en pro de la efectividad de la tutela judicial a las personas respecto de las que se solicita internamiento, de modo que la audiencia permita al extranjero, con asistencia letrada, hacer alegaciones y proponer y practicar prueba pertinente.

6.º Habrá de exigirse que la documentación remitida por la Policía incorpore datos sobre las verificaciones efectuadas en relación con la identidad del extranjero presentado como detenido, así como todas las anotaciones que obren en los ficheros policiales sobre el mismo.

7.º La pauta general para calibrar la pertinencia de los internamientos por causa de expulsión es la de que a mayor socialización e integración del expedientado, menor riesgo de fuga. La carencia de documentación, en tanto reduce la segura identificación de la persona expedientada, también es un factor a valorar en cuanto a la ponderación del *periculum in mora*.

8.º Tras la reforma operada en la LECrim por Ley 38/2002, de 24 de octubre, habrán ahora de entenderse como recursos procedentes frente a las resoluciones sobre el internamiento los de reforma y apelación. Estos recursos de reforma y apelación no suspenderán el curso de las actuaciones (*vid.* art. 766, apartado 1 LECrim).

9.º Los señores Fiscales deberán, mediante oficio, poner en conocimiento del Delegado o Subdelegado del Gobierno, a través del Fiscal Jefe, las eventuales disfunciones que puedan detectarse durante las inspecciones de los centros de internamiento.

10.º En caso de que tales disfunciones comunicadas al Delegado o Subdelegado del Gobierno no sean corregidas en plazo razonable, atendidas las circunstancias en cada caso concurrentes, los señores Fiscales lo pondrán, a través del Fiscal Jefe, en conocimiento de la Fiscalía General del Estado.

X. CONCLUSIONES SOBRE AUTORIZACIONES PARA EXPULSAR A EXTRANJEROS IMPUTADOS EN PROCESOS PENALES

1.º Los señores Fiscales habrán de seguir como regla general la de informar favorablemente las solicitudes de autorización para expulsar a extranjeros imputados en procesos penales, cuando concurren los requisitos legales previstos en el artículo 57.7 LE.

2.º En cuanto al momento preclusivo para solicitar la autorización de la expulsión, debe entenderse que es el del inicio de la celebración de juicio oral. Podrá no obstante autorizarse la expulsión solicitada en estos supuestos si las sesiones del juicio oral se suspenden por causa legal. Solicitada la autorización de expulsión en cualquier procedimiento, si se considera la misma procedente habrá de promoverse que se deje sin efecto el señalamiento del juicio oral, cuando éste hubiera sido ya convocado y aunque el procedimiento se tramite como juicio rápido o juicio de faltas de señalamiento inmediato.

3.º Si el procedimiento penal hubiera concluido por sentencia absolutoria o por sobreseimiento libre, no es necesaria la autorización

de expulsión por parte del órgano de la jurisdicción penal. En estos casos, si se solicita por la autoridad gubernativa la autorización y la causa es trasladada al Fiscal para dictamen, para evitar confusiones, los señores Fiscales habrán de indicar que no procede otorgar autorización alguna por no ser necesaria la misma al no existir proceso penal pendiente.

4.º Si el procedimiento penal hubiera concluido por sobreseimiento provisional por no estar acreditados los hechos, habrán de distinguirse dos supuestos:

a) Si la causa se sigue por hechos que tienen asignada pena inferior a seis años, habrá de informarse conforme a la regla general en el sentido de ser procedente la autorización para la expulsión.

b) Si por contra la causa se sigue por hechos que tienen asignada pena privativa de libertad igual o superior a seis años habrán de analizarse los óbices procesales que fundamentan el sobreseimiento, de modo que si es improbable que tales obstáculos puedan superarse y que por tanto puedan llegar a enjuiciarse los hechos, la regla general será informar en el sentido de ser procedente la autorización para la expulsión. En otro caso deberá emitirse informe negativo por ser la pena señalada superior al tope legal.

5.º Habrá de procederse a oír no sólo al Fiscal sino también al interesado, es decir, al extranjero procesado o inculcado, así como a las partes personadas. Esta audiencia deberá cohonestarse con la necesaria celeridad que ha de respetarse en la resolución de estos incidentes. Por ello habrá de entenderse cumplimentada dando la oportunidad de que interesado y demás partes puedan formular alegaciones, de manera que si no lo hacen dentro del plazo legal (que debe entenderse común al del Fiscal), podrá continuarse la tramitación del incidente de autorización de la expulsión.

6.º En todo caso, los señores Fiscales, como cautela, ante la eventualidad de que pueda ser solicitada la expulsión administrativa del extranjero sometido a proceso penal, en la primera declaración que el mismo preste en calidad de imputado, promoverán que se le dé la oportunidad para que pueda manifestar lo que a su derecho convenga sobre tal posibilidad. Anticipando este nuevo trámite de audiencia, pueden allanarse eventuales problemas de citaciones y traslados, al tiempo que se da debido cumplimiento al precepto reglamentario.

7.º En relación con el plazo máximo de tres días para que el órgano judicial conceda la autorización, deberán los señores Fiscales dentro de su función dinamizadora del procedimiento promover su

cumplimiento estricto, coadyuvando a través de un preferente y ágil despacho de estas causas. Ello no obstante, ante la falta de previsión legal sobre las consecuencias del incumplimiento del plazo debe entenderse por un lado que el agotamiento del mismo no impide otorgar la autorización solicitada; y por otro lado, que el transcurso del plazo sin resolución no significa autorización tácita.

8.º Con la nueva redacción del artículo 57.7 LE se incluye dentro del ámbito de la autorización a los delitos o faltas para los que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, por lo que queda claro que cabe la autorización en juicios de faltas y en causas por delitos que llevan aparejada pena no privativa de libertad.

9.º Al igual que cabe autorizar la expulsión cuando se sigan varias causas contra el mismo extranjero si cada una respeta el límite penológico establecido en el artículo 57.7 LE, cabrá autorizar la expulsión si la misma causa se sigue por varios delitos contra el mismo extranjero, siempre que cada uno de ellos no supere la pena de seis años de privación de libertad.

10.º En el orden jurisdiccional penal no puede enjuiciarse la procedencia de la decisión legalmente adoptada de expulsión, por lo que no habrán de entrar los señores Fiscales en el análisis de cuestiones tales como el arraigo de la persona afectada, o la plena acreditación de los hechos que fundamentan la causa de expulsión invocada en el expediente administrativo, pues el control jurisdiccional de estos elementos encuentra su sede natural en el propio procedimiento administrativo, y eventualmente en el orden contencioso-administrativo.

11.º El expediente administrativo de expulsión ha de haber agotado su tramitación y estar concluido, debiendo haber recaído la sanción de expulsión. No es óbice para conceder la autorización que el referido acto administrativo haya sido recurrido.

12.º Los señores Fiscales cuidarán que no se archive la causa hasta tanto no conste la efectiva ejecución de la expulsión acordada. El archivo debe adoptar la forma de provisional, no debiendo acordarse como definitivo sino hasta el transcurso de los plazos de prescripción.

13.º Si la expulsión no llega a ejecutarse habrá de continuarse el procedimiento penal. En el caso de que el expulsado regrese a territorio nacional antes de transcurrida la prohibición de entrada habrá de procederse no a la reapertura del proceso penal sino a la devolución por la autoridad administrativa. Sólo en el caso de que ésta no se llevara a efecto podría alzarse el sobreseimiento provisional acordado en la causa penal.

XI. CONCLUSIONES SOBRE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

1.º Una vez que los señores Fiscales reciban la noticia de la localización de un presunto menor extranjero no acompañado, habrán de proceder a la incoación de unas diligencias conforme al artículo 5 EOMF.

2.º La decisión en la que se disponga lo necesario para la determinación de la edad del menor y la decisión en la que se ponga al menor a disposición de los servicios competentes de protección de menores habrá de acordarse mediante el correspondiente decreto, sin perjuicio de que pueda ser comunicada previamente por cualquier medio, incluso por medios telemáticos o telefónicos a la fuerza actuante, en aras de la necesaria celeridad, con el fin de evitar tiempos muertos o dilaciones, teniendo en cuenta los intereses en juego.

3.º El referido decreto especificará la edad del menor, de forma aproximativa y conforme a los elementos de prueba de que se disponga. Dicho decreto tendrá efectos provisionalísimos, y así habrá de hacerse constar en el mismo, no suponiendo por tanto una resolución definitiva sobre la edad de la persona afectada, que podrá ser sometida a pruebas complementarias en el curso de otros procedimientos.

4.º Los señores Fiscales deberán promover la efectiva utilización del Registro de menores extranjeros no acompañados, conforme a lo dispuesto en el artículo 111 RE, tanto exigiendo a la Fuerza actuante, salvo causa justificada, su consulta previa en el proceso de determinación de edad, como impulsando las inscripciones de los menores localizados por primera vez.

5.º Los señores Fiscales habrán de asegurar en todo caso que siempre que las pruebas practicadas constaten la minoría de edad del extranjero indocumentado o establezcan una horquilla de edades, cuya franja inferior quede por debajo de los dieciocho años, éste quede a disposición de los servicios competentes de protección de menores, sin perjuicio de comprobaciones ulteriores respecto de la edad.

6.º Las notificaciones que en relación con el proceso de repatriación de menores conforme a los artículos 35 LE y 92 RE se reciban en Fiscalía habrán igualmente de dar lugar a la incoación de las correspondientes Diligencias preprocesales. Habrá de verificarse especialmente que en la tramitación del expediente administrativo se ha respetado el derecho del menor a ser oído (art. 9.1 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, art. 92.4 párrafo 1.º RE), que se ha evacuado

el informe de los servicios de protección de menores (art. 35 LE), que se ha acordado por el Delegado del Gobierno o por el Subdelegado del Gobierno y que se dan las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen (art. 92.4 párrafo 4.º RE) y que no se hubiera verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares (art. 92.4 párrafo 5.º RE).

XII. CONCLUSIONES SOBRE DELITOS RELATIVOS AL TRÁFICO ILEGAL DE INMIGRANTES

1.º Debe partirse de que los tipos del artículo 318 bis no exigen habitualidad. Tampoco requiere el tipo básico del artículo 318 bis el abuso de situación de necesidad, ni la puesta en peligro al menos de los derechos de los ciudadanos extranjeros ni la dignidad humana.

2.º En cuanto a qué deba entenderse por tráfico ilegal, deberá considerarse englobado el efectuado contra las normas de la legislación de extranjería para el cruce de fronteras (*vid.* fuera de los pasos habilitados) o con fraude de esas normas (entrada por pasos habilitados pero con documentación falsa o declarando falsamente el motivo del viaje).

3.º Los señores Fiscales habrán de considerar típica conforme al artículo 318 bis la conducta consistente en el traslado del emigrante desde el punto de desembarco en la costa española hasta otros puntos seguros con conciencia de la condición de emigrante clandestino de la persona transportada y con voluntad de ejecutar la acción prohibida.

4.º Una misma conducta de tráfico ilegal generará un único delito, con independencia del número de personas que resulten afectadas.

5.º El traslado ilegal desde Ceuta y Melilla a otro punto del territorio español también puede integrar el tipo pese a no concurrir elemento transnacional.

6.º Puede admitirse la complicidad como forma de participación, si bien revestirá carácter excepcional.

7.º La conducta base exige dolo directo. La necesidad de dolo directo debe servir para excluir del ámbito de la norma los supuestos en los que no se pretende favorecer la emigración ilegal sino auxiliar en sus necesidades primarias a quien ya ha entrado en territorio nacional.

8.º El tipo del artículo 318 bis es de consumación anticipada y de mera actividad. Es irrelevante que no se concluya la operación de que se trate por causas ajenas a la voluntad del agente. El delito se consuma aunque la interceptación de la patera o cayuco se produzca antes de llegar a la costa española.

9.º El subtipo agravado consistente en poner en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas (apartado 3.º) requiere un peligro concreto. Debe partirse de que los traslados en frágiles embarcaciones desde la costa norteafricana a la española generan por sí un peligro concreto.

10.º El subtipo agravado consistente en el traslado de menores requiere que el sujeto activo conozca la minoría de edad del emigrante, aunque sea con dolo eventual.

11.º En los supuestos en los que en la actividad de tráfico de inmigrantes llegara a irrogarse lesión a algún bien jurídico individual de éstos penalmente tutelado, habrán de distinguirse dos supuestos distintos: si el riesgo creado lo fue respecto de una sola persona, nos encontraremos ante un concurso de leyes, no pudiendo aplicarse simultáneamente el subtipo agravado y el delito derivado de la concreción del peligro, debiendo por contra aplicarse el tipo básico y el delito de resultado o el subtipo agravado exclusivamente, si éste resultara castigado con pena superior. Si el riesgo creado lo fue respecto de varias personas y el resultado lesivo sólo se concretó respecto de una de ellas, podrá aplicarse como concurso ideal el subtipo agravado del artículo 318 bis y el tipo de resultado.

12.º En tanto no se consolide un criterio jurisprudencial en sentido contrario, los señores Fiscales mantendrán la aplicación preferente del tipo del artículo 318 bis CP respecto del contenido en el artículo 313.1 CP.

13.º El estado de necesidad para poder ser apreciado debe acreditarse cumplidamente, debiendo entenderse, desde luego, incompatible con el precio.

14.º Deberán tener presentes los señores Fiscales las posibilidades individualizadoras que permite el apartado 6.º del artículo 318 bis. A estos efectos debe admitirse que la posibilidad de degradación penológica opere no sólo sobre el tipo básico sino también sobre los subtipos agravados.

15.º En tanto no exista jurisprudencia consolidada en otro sentido, los señores Fiscales habrán de mantener la tesis de la competencia de la jurisdicción española para abordar los casos en los que no habiéndose alcanzado aún territorio nacional, es rescatado en una

acción de salvamento en aguas internacionales y conducido a España un sospechoso de estar implicado en una conducta de tráfico de inmigrantes cuando por las circunstancias concurrentes el destino inequívoco de la embarcación era España.

16.º Habrá de partirse de que sólo podrán ser sujetos pasivos del delito tipificado en el artículo 318 bis 2 los extranjeros, con exclusión de los ciudadanos de la Unión Europea, sin perjuicio de la aplicación en su caso del tipo del artículo 188.1 CP.

17.º Los subtipos de los apartados 3.º, 4.º y 5.º del artículo 318 bis también le son aplicables al tráfico con fines sexuales. Debe no obstante excluirse la agravación en base al ánimo de lucro, pues el mismo es inherente a la finalidad de este tráfico, con reflejo el término «explotar» empleado por el legislador.

XIII. CONCLUSIONES SOBRE ASPECTOS ORGANIZATIVOS

1.º Manteniendo las líneas organizativas establecidas en la Instrucción 2/2002, debe hacerse hincapié en la necesidad –dentro de las potestades autoorganizativas de cada Fiscalía– de adoptar medidas para la efectividad del principio de coordinación interna entre el servicio de extranjería y el resto de la Fiscalía.

2.º La obligación de elevar informe a la Fiscalía General sobre la actividad del Servicio de Extranjería se mantiene en una periodicidad anual, debiendo integrarse en la Memoria de cada Fiscalía territorial e incorporarse extractada en la Memoria anual de la Fiscalía General del Estado.

3.º El servicio de extranjería debe hacerse cargo de la llevanza de las causas por delitos de tráfico ilegal de inmigrantes, bien directamente, bien mediante actividades de supervisión y coordinación, de acuerdo con las potestades autoorganizativas de cada Fiscalía.

4.º Corresponderá al Servicio de Extranjería el control de la aplicación del artículo 59 LE, canalizando todos los escritos que a tales efectos se remitan por la Fiscalía a la autoridad gubernativa.

XIV. CONCLUSIONES SOBRE COMUNICACIONES INTERORGÁNICAS

1.º En relación con las materias a que hace referencia la disposición adicional decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de

diciembre y el artículo 152 RE corresponde al órgano jurisdiccional remitir las correspondientes comunicaciones a la Administración. Los señores Fiscales cuidarán en cada causa del cumplimiento de tal obligación, oponiéndose al archivo del procedimiento en tanto no conste remitida la correspondiente comunicación.

2.º Las comunicaciones previstas en el artículo 151.3 del Reglamento deberán ser realizadas directamente por la Fiscalía, preferentemente por el Servicio de Extranjería.