



INFORME DEL CONSEJO FISCAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICAN LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL, PARA LA TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA FALSIFICACIÓN DE MEDIOS DE PAGO DISTINTOS DEL EFECTIVO Y DE ABUSO DE MERCADO, Y LA LEY ORGÁNICA 7/2014, DE 12 DE NOVIEMBRE, SOBRE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN DE ANTECEDENTES PENALES Y CONSIDERACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA

I. Antecedentes. II. Justificación del anteproyecto. III. Estructura y contenido. IV. El anteproyecto de ley orgánica. V. Conclusiones

I. Antecedentes

En fecha 15 de noviembre de 2021 tuvo entrada en la Fiscalía General del Estado comunicación del Sr. Secretario de Estado de Justicia remitiendo el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifican la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para la transposición de directivas en materia de lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y de abuso de mercado, y la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, solicitando informe del Consejo Fiscal. El Anteproyecto de Ley Orgánica se acompaña de su correspondiente memoria de análisis de impacto normativo.

El oficio justifica su remisión en cumplimiento de lo previsto en el art. 14.4.j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (en adelante EOMF), en virtud del cual corresponde al



Consejo Fiscal informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional que tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de la ciudadanía y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social (art. 124 CE y art. 1 EOMF).

Para el cumplimiento de esta misión, corresponde al Ministerio Fiscal, entre otras funciones, las recogidas en el art. 3 EOMF.

No obstante la aludida limitación material de la potestad de informe del Consejo Fiscal, la función consultiva de este órgano viene siendo interpretada en términos amplios, habiéndose expresado en otras ocasiones el Consejo Fiscal en el sentido de entender que, con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, han de ser expresadas sus consideraciones sobre aspectos que afecten a derechos y libertades fundamentales, así como en relación a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, y todo ello con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad, una vez aprobados, en los procesos judiciales en los que el Ministerio Fiscal ejercita las funciones que legalmente tiene encomendadas.

El Anteproyecto sometido a informe, si bien no afecta a la organización y estructura del Ministerio Fiscal, incide en las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal de velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados (art. 3.1 EOMF); velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos



fundamentales y libertades públicas con cuantas acciones exija su defensa (art. 3.3 EOMF); ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda (art. 3.4 EOMF); intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas (art. 3.5 EOMF).

La emisión del presente informe, por tanto, entra en el marco de las competencias consultivas del Consejo Fiscal, expresa el parecer de dicho órgano colegiado sobre el Anteproyecto y da cumplimiento al trámite preceptivo previsto en la legislación orgánica del Ministerio Fiscal.

II. Justificación del anteproyecto

Como recoge la exposición de motivos del anteproyecto objeto de informe, «la presente ley orgánica responde a los objetivos de transponer directivas con incidencia en materia penal pendientes y de abordar cuestiones también de directivas de naturaleza penal derivadas de procedimientos de infracción abiertos por la Comisión».

Así, la oportunidad de la propuesta se justifica por la necesidad de cumplir con las obligaciones derivadas de la pertenencia de España a la Unión Europea y, en concreto, en la transposición de la Directiva 2019/713/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, y de la Directiva (UE) 2019/884,



del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por la que se modifica la Decisión Marco 2009/315/JAI del Consejo en lo que respecta al intercambio de información sobre nacionales de terceros países y al Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS).

La transposición de estas directivas requiere la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal*, y de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, *sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea*.

La Directiva 2019/713 se inserta, como resalta tanto la exposición de motivos del anteproyecto como la memoria de análisis de impacto normativo que lo acompaña, dentro de la línea de la política criminal europea de lucha contra la criminalidad organizada, ámbito en el que los instrumentos de pago no dinerarios se han articulado como un medio para facilitar la obtención y blanqueo de las ganancias obtenidas con dichas acciones delictivas. Al mismo tiempo, el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo representan un obstáculo para el mercado único digital, ya que socavan la confianza de los consumidores y provocan pérdidas económicas directas, con especial incidencia en el ámbito transnacional.

Esta directiva ha sido calificada como de protección penal de tercera generación, si se considera de primera generación la protección penal dineraria del euro y de segunda generación la de los medios de pago distintos al dinero en efectivo que ya inició la decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, que ahora se deroga por esta directiva.



La Directiva 2019/713 supone la modificación del Código Penal. Como reconoce la exposición de motivos, «[l]a Directiva (...) se centra en una regulación conjunta del fraude y de la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo, alejándose de la sistemática clásica de nuestro Código Penal, que atiende prioritariamente a los diferentes bienes jurídicos tutelados o puestos en peligro, tales como el patrimonio, la seguridad del tráfico o la fe pública y no al concreto modo de comisión. Al propio tiempo otorga especial relevancia a los medios de pago inmateriales, y entre ellos, los soportes digitales de intercambio. Estos han de ser entendidos como aquellos que permiten efectuar transferencias de dinero electrónico y de monedas virtuales, ahora bien, estas últimas solo en la medida en que puedan usarse de manera habitual para efectuar pagos».

Así, para la transposición de la Directiva 2019/713, el prelegislador ha optado por explicitar todas las conductas cuya tipificación autónoma exige la propia directiva, bien vinculándolas al ámbito de la estafa, bien al de las falsedades, incluyendo en estos casos tanto la falsificación como su uso fraudulento, e igualmente los actos preparatorios de tales conductas.

Los aspectos novedosos de la Directiva 2019//13 respecto de la decisión marco que deroga consisten en la extensión de la tipificación del fraude y falsificación de los medios de pago no dinerarios a los denominados instrumentos de pago distintos del efectivo de carácter inmaterial; la armonización de las sanciones mediante la determinación de mínimos penológicos de los límites máximos de las penas privativas de libertad, así como de las sanciones a las personas jurídicas; la especial adopción de medidas preventivas de esta clase de delitos, que en ciertos casos implican un «adelantamiento de la barrera punitiva», sancionando actos preparatorios de dichas conductas.



La Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado, fue objeto de transposición al ordenamiento jurídico español en virtud de la Ley Orgánica 1/2019, de 20 febrero, por la que se modificaba el Código Penal.

Sin embargo, dicha reforma no quedó correctamente alineada con lo exigido por la Directiva 2014/57/UE en lo previsto en el art. 285.5 CP en el que la duración máxima de la pena indicada resultaba inferior a cuatro años, límite exigido para estos supuestos por la directiva. Por tanto, resulta necesaria la reforma del art. 285.5 CP para adaptarlo al contenido de la Directiva 2014/57.

Esta modificación obedece a la exigencia de transposición de la Directiva (UE) 2019/884, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por la que se modifica la Decisión Marco 2009/315/JAI del Consejo en lo que respecta al intercambio de información sobre nacionales de terceros países y al Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) y por la que se sustituye la Decisión Marco 2009/316/JAI del Consejo.

Asimismo, debe destacarse la conveniencia de adaptar la normativa vigente a algunos preceptos del Reglamento (UE) 2019/816, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019.

Por último, debe añadirse la posibilidad de reformar determinados aspectos relativos al intercambio de información de antecedentes penales con el resto de países de la Unión Europea que venían siendo regulados tanto en la actual Ley Orgánica 7/2014, como en el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, *por el que se regula el Sistema integrado de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia*, y, como señala la exposición de motivos del anteproyecto informado, «modificar la rigidez del actual sistema que impide la retransmisibilidad de todas las sentencias dictadas en España, de acuerdo con



la Decisión Marco 2009/315 respecto tanto de condenas dictadas por los Tribunales españoles como de las recibidas de las autoridades centrales de otros Estados Miembros, sustituyéndolo por otro más flexible y acorde con el principio de reciprocidad, con arreglo al tratamiento que le dan otros Estados a este parámetro».

III. Estructura y contenido

El anteproyecto objeto de informe consta de una exposición de motivos, dos artículos, dos disposiciones adicionales y cuatro disposiciones finales.

El artículo primero modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal*, y consta de nueve apartados.

El apartado uno modifica el art. 136.4 CP; el dos, el art. 248.2 CP; el tres, el art. 249 CP; el cuatro añade un nuevo apartado 3 al art. 250 CP; el cinco modifica el art. 285.5 CP; el seis modifica el texto de la rúbrica de la Sección 4ª del Capítulo II del Título XVIII del Libro II CP; el siete modifica el art. 399.bis CP; el ocho añade un nuevo art. 399.ter CP; y el nueve modifica el art. 400 CP.

El artículo segundo modifica la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, *sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea*, y consta de trece apartados.

El apartado uno modifica el art. 1 de la LO 7/2014; el dos, los apartados 1 y 2 del art. 4 de la LO 7/2014; el tres modifica el art. 5 de la LO 7/2014; el cuatro modifica los apartados 1 y 2 e introduce un nuevo apartado 4 en el art. 6 de la LO 7/2014; el cinco modifica el art. 7.2 de la LO 7/2014; el seis introduce un nuevo art. 7.bis en la LO 7/2014; el siete introduce un nuevo apartado 2 en el



art. 8 de la LO 7/2014; el ocho suprime los párrafos segundo y tercero del art. 9 de la LO 7/2014; el nueve modifica los apartados 1 y 3 del art. 10 de la LO 7/2014; el diez modifica el art. 11 de la LO 7/2014; el once introduce un nuevo art. 11.bis de la LO 7/2014; el doce introduce un nuevo apartado 4 en el art. 13 de la LO 7/2014; y el trece modifica el segundo párrafo del art. 15 de la LO 7/2014.

Por su parte, la disposición adicional primera contiene referencias normativas y la disposición adicional segunda trata los efectos del silencio en los procedimientos de solicitud de cancelación de antecedentes penales.

La disposición final primera contiene una modificación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*; la segunda contiene el título competencial; la tercera la referencia a la incorporación del derecho de la Unión Europea y la cuarta la entrada en vigor.

IV. El anteproyecto de ley orgánica

Consideraciones previas

Atendiendo a las justificaciones del anteproyecto y a la necesidad de transposición de la normativa comunitaria mencionada, la valoración en conjunto que merece el texto propuesto es globalmente positiva, sin perjuicio de las matizaciones, concreciones o correcciones que se expondrán a continuación en el análisis pormenorizado del articulado.



Con carácter previo, debe señalarse una errata en el texto de la exposición de motivos. Concretamente en su página 3 al citar la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo debiera eliminarse la palabra «sobre» que se encuentra duplicada.

Igualmente, señalamos que el APLO no ha previsto la modificación del art. 65 LOPJ. Este precepto define la competencia penal de la Audiencia Nacional y, en su apartado 1.º b) le confiere el enjuiciamiento de causas por delitos de «falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viaje falsos, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales». Habida cuenta el objeto del APLO, el Consejo Fiscal considera necesario incluir expresamente en este marco competencial los instrumentos de pago distintos del efectivo, lo que disipará cualquier duda que al respecto se pudiera suscitar y, posiblemente, el planteamiento de cuestiones de competencia.

Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Apartado uno. Modifica el apartado 4 del art. 136 del Código Penal

La modificación propuesta mantiene la redacción del vigente art. 136.4 CP, con la única salvedad de la denominación del *Registro Central de Penados* que sustituye la actual referencia al Registro Central de Penados y Rebeldes.

Ni en la exposición de motivos del anteproyecto objeto de informe ni en la memoria de análisis de impacto normativo se hace referencia alguna a la razón de dicha modificación.

La misma no responde a la necesidad de trasposición ni de la Directiva 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, ni de



la Directiva 2014/57 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, ni de la Directiva 2019/884 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019.

Parece que la modificación pretendida responde a la actualización de la denominación del registro conforme a lo establecido en el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, *por el que se regula el sistema de registros administrativos en apoyo a la Administración de Justicia*, cuyo art. 1.2 señala que «dicho sistema de registros estará integrado por el Registro Central de Penados, el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género, el Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes, el Registro Central de Rebeldes Civiles, el Registro de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores y el Registro Central de Delincuentes Sexuales».

Sin perjuicio del acierto en esta corrección, el Consejo Fiscal entiende que se debe aprovechar esta ocasión para incluir al Ministerio Fiscal entre las autoridades que pueden requerir la libranza de certificaciones por el Registro Central de Penados. En el momento actual, el Ministerio Fiscal tiene acceso al registro a través del Punto Neutro Judicial y no resulta inusual que obtenga directamente la información para aportarla al órgano judicial.

Apartado dos. Modifica el apartado 2 del art. 248 del Código Penal

Como indica el art. 1 de la Directiva 2019/713, esta tiene por objeto establecer «normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y las sanciones aplicables en el ámbito del fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo. Con ello se facilita la prevención de este tipo de infracciones, así como la prestación de asistencia y apoyo a las víctimas».



La exposición de motivos señala las razones que han llevado a plantear la necesaria transposición de la Directiva 2019/713 en los términos del anteproyecto informado. Así, se afirma, por un lado, que «[l]a Directiva, sin embargo, se centra en una regulación conjunta del fraude y de la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo, alejándose de la sistemática clásica de nuestro Código penal, que atiende prioritariamente a los diferentes bienes jurídicos tutelados o puestos en peligro, tales como el patrimonio, la seguridad del tráfico o la fe pública y no al concreto modo de comisión».

Por otro lado, la exposición de motivos explica que «manteniendo la sistemática de nuestro texto punitivo, se ha optado por explicitar todas las conductas cuya tipificación autónoma exige la Directiva, bien vinculándolas al ámbito de la estafa (fraude en la denominación de la Directiva), esencialmente cuando los medios de pago han sido obtenidos de forma ilícita, bien al de las falsedades (falsificación o alteración fraudulenta en la denominación de la Directiva), incluyendo en estos casos tanto la falsificación como su uso fraudulento, e igualmente los actos preparatorios para la comisión de tales conductas».

Así, se comienza planteando una nueva redacción del art. 248.2 CP:

«2. También se consideran reos de estafa:

a) Los que, con ánimo de lucro, obstaculizando o interfiriendo indebidamente en el funcionamiento de un sistema de información o introduciendo, alterando, transmitiendo o suprimiendo indebidamente datos informáticos o valiéndose de cualquier otra manipulación informática o artificio semejante consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.

b) Los que fabricaren, importaren, obtuvieren, poseyeren, transportaren, comerciaren, o de otro modo facilitaren a terceros dispositivos, instrumentos o



datos o programas informáticos, o cualquier otro medio diseñado o adaptado específicamente para la comisión de las estafas previstas en este art..

c) Los que, utilizando de forma fraudulenta tarjetas de crédito o débito, cheques de viajes o cualquier otro medio de pago distinto del efectivo o de los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.

d) Los que, para su utilización fraudulenta, sustraigan, se apropiaren o adquieran de forma ilícita tarjetas de crédito o débito, cheques de viajes o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo.

e) Los que, para su utilización fraudulenta y sabiendo que fueron obtenidos ilícitamente, posean, obtengan, transfieran, distribuyan o pongan a disposición de terceros tarjetas de crédito o débito, cheques de viajes o cualesquiera otros instrumentos de pago distintos del efectivo».

Con carácter previo al estudio de cada uno de los nuevos tipos delictivos, el Consejo Fiscal manifiesta la conveniencia de separar la tipificación de las conductas puramente defraudatorias relatadas en las letras a) y c) del art. 248.2 CP del resto, las incluidas en las letras b), d) y e), pues estas, en realidad, son conductas preparatorias de la estafa, por lo que resultaría más correcta su inclusión en un precepto distinto, de igual modo que se hace en el art. 400 CP respecto de la falsedad. No resulta técnicamente depurado ni respetuoso con el concepto tradicional de estafa que nos ofrece el artículo 248.1 CP el equipar en un mismo apartado de este precepto, bajo la mención «también se consideran reos de estafa», conductas defraudatorias con otras que preparan o facilitan una defraudación futura.

Esta solución, a su vez, facilitaría el problema punitivo de adaptación a la Directiva 2019/713 que plantea la nueva redacción que el APLO da al art. 249 CP, al que nos referiremos más adelante.



Por lo que respecta a la **letra a) del art. 248.2 CP**, la modificación propuesta supone la introducción, como formas de comisión de la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro, la obstaculización o interferencia indebida en el funcionamiento de un sistema de información y la introducción, alteración, transmisión o supresión indebida de datos informáticos.

Con esta modificación se pretende la transposición del art. 6 de la Directiva 2019/713, relativo al fraude relacionado con los sistemas de información y que obliga a los Estados miembros a adoptar «las medidas necesarias para garantizar que la realización o causación de una transferencia de dinero, de valor monetario o de moneda virtual, con el ánimo de procurar un beneficio económico ilícito para el autor o un tercero ocasionado en consecuencia un perjuicio patrimonial ilícito a otra persona, sea punible como infracción penal cuando se haya cometido intencionadamente: a) sin derecho a ello, obstaculizando o interfiriendo indebidamente en el funcionamiento de un sistema de información; b) sin derecho a ello, introduciendo, alterando, borrando, transmitiendo o suprimiendo indebidamente datos informáticos».

Como es de ver, la redacción propuesta resulta más acorde con la utilizada en los textos internacionales, no solo en el citado art. 6 Directiva 2019/713, sino también en el art. 8 de la Convención sobre Ciberdelincuencia del Consejo de Europa (Convenio de Budapest). Una diferencia respecto de los textos internacionales señalados es la no introducción del concepto «borrado» como una de las formas posibles de alteración de datos informáticos.

Si bien tanto la locución «suprimiendo datos informáticos», tomada de la Directiva, como la expresión «alguna manipulación informática o artificio semejante» resultan lo suficientemente amplias como para entender comprendida en ella el borrado de datos informáticos, no puede obviarse lo



manifestado en el considerando 8 de la Directiva 2019/713: «En los ámbitos del fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo es importante contar con definiciones comunes, para asegurar un enfoque coherente a la hora de aplicar la presente Directiva en los Estados miembros y facilitar el intercambio de información y la cooperación entre las autoridades competentes».

Por ello, el Consejo Fiscal valora positivamente la modificación propuesta, pero interesa la introducción del concepto «borrado de datos informáticos» en la descripción de la conducta típica para una mayor aproximación a la descripción ofrecida por la directiva objeto de transposición.

Otra diferencia respecto de los textos internacionales citados y, concretamente, de la Directiva 2019/713, es el mantenimiento en la redacción propuesta de la expresión «cualquier activo patrimonial».

El texto del art. 6 Directiva 2019/713 hace expresa mención a la «transferencia de dinero, de valor monetario o de moneda virtual».

Resulta evidente que las monedas virtuales se encuentran comprendidas en el concepto de cualquier activo patrimonial, en este caso, inmaterial. En este sentido, el art. 2 Directiva 2019/713 conceptúa las monedas virtuales como «representación digital de valor que no ha sido emitida ni está garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no está necesariamente asociada a una moneda de curso legal ni posee la condición jurídica de moneda o dinero, pero que es aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos». Esta definición coincide con la ofrecida por el art. 1 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, *de prevención del blanqueo de capitales y de la*



financiación del terrorismo, tras la reforma operada por el Real Decreto 7/2021, de 27 de abril.

Asimismo, el considerando 10 de la Directiva 2019/713, tras recordar expresamente su aplicación a las monedas virtuales, anima a los Estados miembros a «garantizar en sus respectivas legislaciones nacionales que las monedas de carácter virtual que emitan en el futuro sus bancos centrales u otras autoridades públicas disfruten del mismo nivel de protección frente a los delitos de fraude que los medios de pago distintos del efectivo en general».

Por ello, el Consejo Fiscal considera necesario la expresa mención de las monedas virtuales en el texto propuesto para dar mayor efectividad al objetivo de armonización que se pretende con la directiva y que resalta la importancia de utilizar definiciones comunes, como se ha señalado anteriormente.

Por lo que respecta a la **letra b) del art. 248.2 CP**, la modificación consiste, de un lado, en ampliar las conductas típicas (fabricar, importar, obtener, poseer, transportar, comerciar o facilitar) y, de otro, ampliar el objeto de dichas conductas modificándolo ligeramente (dispositivos, instrumentos o datos o programas informáticos o cualquier otro medio diseñado o adaptado específicamente).

Se pretende así la transposición de lo establecido en el art. 7 Directiva 2019/713 dedicado a las herramientas utilizadas para cometer infracciones. Este precepto exige a los Estados miembros adoptar «las medidas necesarias para garantizar que la producción, obtención para uno mismo o para otra persona, incluida la importación, exportación, venta, transporte o distribución, o la puesta a disposición de terceros, de un dispositivo o instrumento, datos informáticos o cualquier otro medio diseñado principalmente, o adaptado específicamente, para cometer cualquiera de las infracciones a que se refieren



el art. 4, letras a) y b), el art. 5, letras a) y b), o el art. 6, al menos cuando se cometan con la intención de que se utilicen dichos medios sean punibles como infracción penal».

Se observa, por tanto, que el texto propuesto omite la referencia a algunas conductas típicas (*exportar, vender*), si bien se entenderían comprendidas en los verbos *comerciar* o *facilitar de cualquier modo*. En este punto se reitera lo manifestado al tratar la importancia dada por la propia directiva que se transpone a la utilización de definiciones comunes.

El Consejo Fiscal valora positivamente la sustitución de la expresión «específicamente destinados» por «diseñado o adaptado específicamente», que se considera más respetuosa con el contenido de la Directiva 2019/713 y que permite delimitar más la tipificación, haciéndola depender no ya del destino que se dé a dichas herramientas, sino de su diseño o preparación, de forma tal que puedan considerarse «diseñadas principalmente o adaptadas específicamente» para la comisión de estos delitos.

En cuanto a la **letra c) del art. 248.2 CP**, la reforma proyectada supone la transposición del art. 3.a) de la Directiva 2019/713, relativo a la utilización fraudulenta de instrumentos de pago distintos del efectivo y que obliga a los Estados miembros a adoptar «las medidas necesarias para garantizar que, cuando hayan sido cometidos intencionadamente, los siguientes actos sean punibles como infracciones penales: a) la utilización fraudulenta de un instrumento de pago distinto del efectivo que haya sido objeto de robo o de otra forma de apropiación u obtención ilícita».

Se pretende sancionar, por tanto, el uso indebido de cualquier instrumento de pago distinto del efectivo con la finalidad de cometer un fraude en perjuicio del propio titular del instrumento utilizado o de terceros.



La redacción propuesta para esta letra c) del art. 248.2 CP es la única que hace referencia a «medio de pago distinto del efectivo», puesto que tanto el art. 3.a) de la Directiva 2019/713, como el resto del articulado proyectado por el anteproyecto utilizan la expresión «instrumento de pago distinto del efectivo».

Por ello, para evitar posibles problemas interpretativos en la práctica, el Consejo Fiscal interesa que se sustituya la referencia a los medios de pago distintos del efectivo por *instrumentos de pago distintos del efectivo*.

El art. 2.a) de la Directiva 2019/713 define *instrumento de pago distinto del efectivo* como «un dispositivo, objeto o registro protegido, material o inmaterial, o una combinación de estos, exceptuada la moneda de curso legal, que, por sí solo o en combinación con un procedimiento o conjunto de procedimientos, permite al titular o usuario transferir dinero o valor monetario incluso a través de medios digitales de intercambio».

Sin perjuicio de lo que se dirá al tratar el proyectado art. 399 *ter* CP, resulta positiva la inclusión de una definición de *instrumento de pago distinto el efectivo* y que la misma sea coincidente con la ofrecida por la Directiva 2019/713. Sin embargo, por razones de sistemática resultaría más adecuada su ubicación en las disposiciones generales del Capítulo VI del Título I del Libro I CP, puesto que dicha definición afecta a títulos distintos del CP, facilitando la interpretación del articulado.

El apartado d) del art. 248.2 CP pretende la transposición de los arts. 4.a) y 5.a) de la Directiva 2019/713, según se trate respectivamente de instrumentos de pago distintos del efectivo de carácter material o inmaterial e implica, en palabras de la memoria de análisis de impacto normativo, «un adelantamiento de la barrera punitiva».



Como señala el considerando 13 de la Directiva 2019/713, «[e]s esencial dotarse de medidas de Derecho penal eficaces y eficientes para proteger los medios de pago distintos del efectivo contra el fraude y la falsificación. En particular, se precisa un enfoque común de Derecho penal en lo que respecta a los elementos constitutivos de conductas delictivas que contribuyan o preparen el camino para el uso fraudulento real de un medio de pago distinto del efectivo. Conductas como la obtención y posesión de instrumentos de pago con un propósito fraudulento mediante, por ejemplo, prácticas de suplantación de identidad («phishing»), clonación o redireccionamiento de usuarios de servicios de pago a sitios web falsos, y su distribución, por ejemplo, mediante la venta de información sobre tarjetas de crédito en Internet, deben, por tanto, tipificarse como delitos en sí, sin que sea necesaria la utilización fraudulenta real de un medio de pago distinto del efectivo. Por lo tanto, tales conductas delictivas deben abarcar igualmente aquellas circunstancias en que la posesión, la obtención o la distribución no conduzcan necesariamente al uso fraudulento de tales instrumentos de pago».

El anteproyecto objeto de informe, como se señalaba, opta por sancionar en un mismo precepto las conductas recogidas en los arts. 4.a) y 5.a) de la Directiva 2019/713. Pese a que nada se objeta a la decisión del prelegislador, resultaría conveniente la expresa mención a que el tipo ampara tanto los instrumentos de pago materiales como inmateriales en cumplimiento de lo dispuesto en la directiva que se transpone o, en su defecto, que el concepto de instrumento de pago distinto del efectivo se incluya en las disposiciones generales del Capítulo VI Título I del Libro I CP.

Al mismo tiempo, debe indicarse que el precepto proyectado incluye cualquier forma de adquisición ilícita, lo que en la práctica puede plantear problemas concursales con otras figuras delictivas que deberán resolverse conforme a las reglas del art. 8 CP en la mayoría de los supuestos.



Finalmente, la **letra e) del art. 248.2 CP** recoge las conductas descritas en los arts. 4.c) y d) y 5.c) y d) de la Directiva 2019/713 y que, como se indicaba, suponen un adelantamiento de la barrera punitiva tanto respecto de los instrumentos de pago distintos del efectivo de carácter material (art. 4 de la Directiva 2019/713) como inmaterial (art. 5 de la Directiva 2019/713). En este punto, nos remitimos a lo expuesto al analizar este extremo en relación con la letra d) del art. 248.2 CP.

Nada se objeta al respecto, sin perjuicio de que resultaría clarificador la sustitución del verbo «obtener» y describir la conducta típica mediante el verbo «adquirir»; ello permitiría reflejar con más claridad que la acción que se pretende sancionar no es propiamente la obtención ilícita, sino la adquisición de la disponibilidad de un instrumento de pago previamente obtenido de forma ilícita.

Apartado tres. Modificación del art. 249 del Código Penal

El anteproyecto propone como nueva redacción del art. 249 CP la siguiente:

«Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre este y el defraudador, los medios empleados por este y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.

Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses.

En los supuestos de la letra e) del apartado 2 del artículo anterior se impondrá la pena en su mitad inferior».



Se observa, por tanto, que la novedad del precepto propuesto radica en la última frase, la relativa a la penalidad aplicable al supuesto contemplado en la letra e) del art. 248.2 CP.

La reforma planteada responde a lo establecido en el art. 9 de la Directiva 2019/713 relativo a las sanciones aplicables a las personas físicas. En su apartado primero el art. 9 de la Directiva 2019/713 establece la obligación de los Estados miembros de adoptar «las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas en los artículos 3 a 8 se castiguen con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias».

Por su parte, el considerando 17 de la Directiva 2019/713 indica que «[l]a presente Directiva se entiende sin perjuicio de la individualización y aplicación de las penas y la ejecución de las sentencias de acuerdo con las circunstancias del caso y con las normas generales del Derecho penal nacional».

Como ya se ha adelantado, la reforma propuesta pretende la transposición del art. 9 de la Directiva 2019/713 que establece los límites penológicos que deben llevar las conductas recogidas en la directiva y que oscilan, atendiendo a la infracción cometida, entre penas privativas de libertad cuya duración máxima no sea inferior a los tres años (art. 248.2.a CP), a los dos años (art. 248.2.b, c y d CP) y al año (art. 248.2.e CP), con la salvedad del art. 9.6 que se analizará al tratar la modificación del art. 250 CP.

El vigente art. 249 CP establece la penalidad asociada al delito de estafa regulado en el art. 248 CP, comprendiendo, por tanto, las estafas propias (art. 248.1 CP) y las impropias (art. 248.2 CP). Ambos tipos de estafa conllevan una pena de prisión de seis meses a tres años y, si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses, esto es, se trataría, en este último supuesto de un delito leve.



La modificación propuesta del art. 248.2 CP y su análisis conjunto con la redacción proyectada del art. 249 CP plantea disfunciones prácticas como se expondrá y, en ocasiones, contrarias al contenido de la directiva objeto de transposición.

Según el propuesto art. 249 CP, el delito de estafa llevará aparejada una pena de prisión de seis meses a tres años, pero si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros la pena a imponer será de multa de uno a tres meses, y en los supuestos del art. 248.2.e) CP se impondrá la pena en su mitad inferior (prisión de seis meses a un año ocho meses y 29 días).

La propia Directiva 2019/713, como se deduce de su considerando 13, reconoce que uno de los objetivos perseguidos radica en la adopción de medidas preventivas de este tipo de delitos, es decir, un adelantamiento de la barrera punitiva que supone la sanción de auténticos actos preparatorios en los términos del art. 9 de la Directiva 2019/713. Es decir, para la Directiva 2019/713 lo importante es el establecimiento de una política penal común frente a este tipo de acciones ilícitas, con independencia de que las mismas produzcan o no un resultado perjudicial concreto.

De no atenderse la recomendación del Consejo Fiscal sobre la tipificación autónoma de los actos preparatorios del art. 248.2 b), d) y e) CP se observa un primer problema: calcular la cuantía defraudada en supuestos en los que el tipo no exige la existencia de dicha cuantía, como es el caso de las conductas mencionadas. En estos supuestos, no podría aplicarse la previsión del segundo párrafo (cuantía defraudada inferior a 400 euros).

Sin embargo, las conductas contempladas en las letras a) y c) del art. 248.2 CP sí que permitirían calcular la cuantía defraudada y, por tanto, siquiera en abstracto, podría resultar inferior a 400 euros y, en consecuencia, ser de



aplicación el segundo párrafo del art. 249 CP que impone una pena de multa de uno a tres meses.

Esta solución resultaría contraria a lo dispuesto en el art. 9.4 de la Directiva 2019/713 respecto de la conducta del art. 248.2.a) CP, que exige a los Estados miembros que garanticen que esta infracción se castigue con una pena de privación de libertad cuya duración máxima no sea inferior a tres años. También resultaría contraria a lo dispuesto en el art. 9.2 respecto del art. 248.2.c) CP, que exige que esta conducta se castigue con una pena de privación de libertad cuya duración máxima no sea inferior a dos años.

Esto es, la redacción propuesta admite la posibilidad de que en los supuestos de las letras a) y c) del art. 248.2 CP, si la cuantía defraudada resultara inferior a los 400 euros, se impusiera una pena de multa de uno a tres meses.

Por ello, de mantenerse la versión del art. 248.2 CP que se incluye en el APLO y no separarse la descripción de conductas defraudatorias de las preparatorias, el Consejo Fiscal propone una redacción alternativa que resulte respetuosa con el contenido de la Directiva 2019/713 objeto de transposición, a saber:

«Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrán en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.

En los supuestos del apartado 1 del artículo anterior, si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses.

En los supuestos de la letra e) del apartado 2 del artículo anterior, se impondrá la pena en su mitad inferior».



De atenderse la recomendación del Consejo Fiscal sobre la tipificación autónoma de las conductas preparatorias, la previsión penológica relativa al apartado e) se incluiría en el nuevo precepto.

Apartado cuatro. Añade un nuevo apartado 3 al art. 250 del Código Penal

El anteproyecto pretende la modificación del art. 250 CP en el sentido de añadir un nuevo tercer apartado al mismo con la siguiente redacción:

«Los hechos descritos en el apartado 2 del art. 248, cuando se hayan cometido en el seno de una organización o grupo criminal, serán castigados con la pena de prisión de 2 a 6 años y multa de seis a doce meses.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dicha organización o grupo criminal se aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado».

En primer lugar, por razones de sistemática en la redacción del precepto, se considera que la expresión del tiempo de prisión asignado debería expresarse en letras y no en número, tal y como se hace en el caso de la multa a imponer.

Esta modificación trae causa de lo establecido en el art. 9.6 de la Directiva 2019/713 que obliga a los Estados miembros a garantizar que «las infracciones contempladas en los artículos 3 a 6 se castiguen con una pena de privación de libertad cuya duración máxima no sea inferior a cinco años en caso de que se hayan cometido en el marco de una organización delictiva con arreglo a la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, con independencia de la pena que se establezca en dicha Decisión».

Es cierto que, como establece el considerando 18 de la Directiva 2019/713, «[p]uesto que la presente Directiva establece normas mínimas, los Estados miembros tienen libertad para adoptar o mantener legislación penal más



estricta en relación con el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, incluida una definición más amplia de las infracciones». Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la agravación penológica del art. 9.6 de la Directiva 2019/713 se limita a las conductas descritas en los artículos 3 a 6 de la directiva cometidas en el seno de una organización criminal en los términos de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo.

El art. 1.1 de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, conceptúa la organización delictiva como «una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos (...), con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material».

Y el art. 1.2 Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo define la asociación estructurada como «una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada».

Así, la redacción propuesta amplía la agravación a la comisión de las conductas descritas en el art. 248.2 CP en el seno de un grupo criminal e incluye entre las mismas la conducta recogida en el art. 248.2.b) CP que supone la transposición de lo establecido en el art. 7 de la Directiva 2019/713.

Se desconocen las razones de la ampliación de la agravación, así como el establecimiento de una pena mínima de prisión dos años en tales casos y no de un año, como indica el art. 250.1 CP. Por ello, el Consejo Fiscal interesa que se expongan las motivaciones de dicha agravación ampliada respecto del contenido de la directiva que se transpone y que en la práctica puede suponer



un quebranto del principio de proporcionalidad de las penas, como también exige la directiva, máxime si se tiene en cuenta que alguna de las conductas así sancionadas serían actos preparatorios.

Apartado cinco. Modificación del apartado 5 del art. 285 del Código Penal

El anteproyecto modifica el art. 285.5 CP, ofreciendo la siguiente redacción:

«Las mismas penas previstas en este art. se impondrán cuando el responsable del hecho, sin tener acceso reservado a la información privilegiada, la obtenga de cualquier modo distinto de los previstos en el apartado anterior y la utilice conociendo que se trata de información privilegiada».

Como indica la exposición de motivos del anteproyecto objeto de informe, esta reforma obedece a la transposición de la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado.

La Directiva 2014/57 se incorporó al ordenamiento jurídico español mediante la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo y abordar cuestiones de índole internacional.*

El art. 7.2 de la Directiva 2014/57, en relación con el segundo párrafo del art. 3.3 de la Directiva 2014/57, exige que los delitos relativos a operaciones con información privilegiada cometidos por sujetos que no tienen acceso reservado a la información privilegiada, al igual que el resto de delitos recogidos en el precepto, se castiguen con penas privativas de libertad cuya duración máxima sea de, al menos, cuatro años.



Sin embargo, la Ley Orgánica 1/2019 no introdujo esta previsión y estableció una pena inferior en grado a la establecida en el art. 285.1 CP «cuando el responsable del hecho, sin tener acceso reservado a la información privilegiada, la obtenga de cualquier modo distinto de los previstos en el apartado anterior y la utilice conociendo que se trata de información privilegiada», lo que en la práctica se traducía en una pena de prisión de tres meses a cinco meses y veintinueve días, en clara oposición al texto de la Directiva 2014/57.

Por ello, se modifica el art. 285.5 CP indicando que resultarán de aplicación las mismas penas que las establecidas en el apartado primero del precepto dando cumplimiento, ahora sí, a lo previsto en la Directiva 2014/57.

En este sentido, nada se objeta al respecto, máxime si se tiene en cuenta la existencia de un procedimiento de infracción (2019/2127) abierto contra España por la Comisión el 25 de julio de 2019 por este motivo.

Apartado seis. Modificación de la rúbrica de la Sección 4ª del Capítulo II del Título XVIII del Libro II del Código Penal

La modificación planteada consiste en la introducción en la rúbrica de la Sección 4ª del Capítulo II del Título XVIII del Libro II CP de la expresión «y demás instrumentos de pago distintos del efectivo», resultando la nueva redacción de la rúbrica: «De la falsificación de tarjetas de crédito y débito, cheques de viaje y demás instrumentos de pago distintos del efectivo».

Nada se objeta al respecto, puesto que la rúbrica propuesta incluye todos los objetos sobre los que puede recaer la falsificación y resulta respetuosa con el contenido de la Directiva 2019/713.



Apartado siete. Modificación del art. 399 bis del Código Penal

El anteproyecto propone una nueva redacción para el art. 399.bis CP:

1. El que altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando los efectos falsificados afecten a una generalidad de personas o cuando los hechos se cometan en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los anteriores delitos, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años.

Atendidas las reglas establecidas en el art. 66.bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

2. La tenencia de tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualesquiera otros instrumentos de pago distintos del efectivo falsificados, destinados a la distribución o tráfico será castigada con la pena señalada a la falsificación.

3. El que sin haber intervenido en la falsificación usare, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualesquiera otros instrumentos de pago distintos del efectivo falsificados, será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años.

4. El que, para su utilización fraudulenta y a sabiendas de su falsedad, posea u obtenga, para sí o para un tercero, tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo será castigado con la pena de prisión de 1 a 2 años.

Con carácter previo al análisis de la reforma propuesta, por razones de sistemática y estilo, la duración de la pena de prisión establecida en el apartado 4 debería hacerse con letras y no con números como en el resto del precepto.



Como ya se ha expuesto al analizar la redacción del art. 248.2 CP, a cuya argumentación nos remitimos, el prelegislador ha optado por dar un tratamiento unificado a los instrumentos de pago distintos del efectivo de carácter material (art. 4 de la Directiva 2019/713) e inmaterial (art. 5 de la Directiva 2019/713), al tiempo que en el concepto de legal de estos se incluyen ambos tipos.

El proyectado art. 399 *bis* CP recoge conductas de falsificación propiamente dichas (apartado primero), de tenencia para la distribución o tráfico (apartado segundo), de uso de lo falsificado (apartado tercero) y de posesión u obtención para uso (apartado cuarto).

Comparando la redacción propuesta con la vigente, se observa que las dos novedades recogidas en el anteproyecto consisten, por un lado, en la introducción de los instrumentos de pago distintos del efectivo como objeto de la falsificación y, de otro lado, la sanción, en el apartado cuatro del precepto, de las conductas de posesión u obtención para el uso.

En este sentido, por lo que respecta a la introducción de los instrumentos de pago distintos del efectivo como objeto de la falsificación, se pretende la transposición de lo establecido en los arts. 4.b) y 5.b) de la Directiva 2019/713 en el apartado primero del art. 399 *bis* CP; de los arts. 4.c) y 5.c) de la Directiva 2019/713 en el apartado segundo del art. 399 *bis* CP; del art. 3.b) de la Directiva 2019/713 en el apartado tercero del art. 399 *bis* CP; y de los arts. 4.c) y d) y 5.c) y d) de la Directiva 2019/713 en el apartado cuarto del art. 399 *bis* CP.

En términos generales, se valora positivamente la redacción propuesta, sin perjuicio de las matizaciones que se realizaran a continuación, teniendo en cuenta que se da cumplimiento a una de las finalidades perseguidas con la Directiva 2019/713 de adelantamiento de la barrera punitiva y de cubrir las



«lagunas de punibilidad», en términos de la exposición de motivos del anteproyecto.

Como se apuntaba, la única conducta totalmente nueva, puesto que las restantes ya se encuentran vigentes y la modificación pretende introducir la referencia a otros instrumentos de pago distintos del efectivo, es la recogida en el apartado 4 del art. 399 *bis* CP, esto es, «el que, para su utilización fraudulenta y a sabiendas de su falsedad, posea u obtenga, para sí o para un tercero, tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo».

Este apartado 4 supone la transposición de las conductas recogidas en los arts. 4.c) y d) y 5.c) y d) de la Directiva 2019/713 respecto de los supuestos de falsificación o alteración.

Así, el art. 4 de la Directiva 2019/713 dispone en sus letras c) y d) como conductas punibles: «c) la posesión, para su utilización fraudulenta, de un instrumento de pago material distinto del efectivo que haya sido objeto de robo u otra forma de apropiación ilícita, o de falsificación o alteración; d) la obtención, para uno mismo o para otra persona, incluida la recepción, apropiación, compra, transferencia, importación, exportación, venta, transporte o distribución, de un instrumento de pago material distinto del efectivo que haya sido robado, falsificado o alterado para su utilización fraudulenta».

Por su parte, el art. 5.c) y d) de la Directiva 2019/713 describe similares conductas, pero referidas a los instrumentos de pago distintos del efectivo de carácter inmaterial.

Pudiera pensarse que la conducta recogida en el apartado segundo del art. 399 *bis* CP y la de su apartado cuarto resultan, en principio, similares. Sin embargo,



debe destacarse que en el primer caso se castiga la denominada tenencia para la distribución o el tráfico y en el segundo la mera posesión u obtención para el uso, lo que resulta respetuoso con el contenido y las finalidades de la directiva que se transpone.

Por último, por lo que respecta a la penalidad asignada a cada una de las conductas del art. 399 *bis* CP, debe señalarse que como reconoce la propia Directiva 2019/713 en su considerando 18, «la presente Directiva establece normas mínimas, los Estados miembros tienen libertad para adoptar o mantener legislación penal más estricta en relación con el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, incluida una definición más amplia de las infracciones».

La penalidad asignada a cada conducta resulta respetuosa con los parámetros fijados tanto en el art. 9 de la Directiva 2019/713, relativo a las sanciones aplicables a las personas físicas, como a los arts. 10 y 11 de la Directiva 2019/713, relativos a la responsabilidad y sanciones aplicables a las personas jurídicas.

Únicamente convendría resaltar que el prelegislador ha omitido cualquier referencia a la agravación derivada de la comisión del hecho en el seno de una organización criminal, más allá de la referencia contenida respecto de la conducta del apartado primero. Si bien pudiera acudirse a lo dispuesto en los arts. 570 *bis* y *ter* CP para castigar tales supuestos, lo cierto es que por razones de sistemática y coherencia del texto debería hacerse una expresa mención en el precepto como se realizó al tratar las conductas relativas al fraude de los instrumentos de pago distintos del efectivo, lo que evitaría problemas interpretativos en la práctica.



Apartado ocho. Añade un nuevo art. 399 *ter* del Código Penal

Como se ha señalado anteriormente, el prelegislador ofrece una definición de instrumentos de pago distintos del efectivo en el proyectado art. 399 *ter* CP:

A los efectos de este Código, se entiende por instrumento de pago distinto del efectivo cualquier dispositivo, objeto o registro protegido, material o inmaterial, o una combinación de estos, exceptuada la moneda de curso legal, que, por sí solo o en combinación con un procedimiento o conjunto de procedimientos, permite al titular o usuario transferir dinero o valor monetario incluso a través de medios digitales de intercambio.

La redacción propuesta coincide plenamente con la recogida en el art. 2.a) de la Directiva 2019/713.

Nada se objeta al contenido del precepto y se valora positivamente la existencia de una definición de instrumentos de pago distintos del efectivo que abarque tanto los de carácter material como los inmateriales.

Sin embargo, se reitera la necesidad de ubicar dicho precepto en las disposiciones generales del Capítulo VI Título I del Libro I CP por razones de sistemática y coherencia del texto.

Apartado nueve. Modificación del art. 400 del Código Penal

Con la modificación del art. 400 CP se pretende la transposición del art. 7 de la Directiva 2019/713 respecto de las conductas de falsificación o alteración.

Se amplían las conductas típicas y los objetos sobre los que pueden recaer al castigar con la pena señalada en cada caso para los autores «la fabricación, recepción, obtención, tenencia, distribución, puesta a disposición o



comercialización de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, datos y programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad o cualquier otro medio diseñado o adaptado específicamente para la comisión de los delitos descritos en los Capítulos anteriores».

Como se puso de manifiesto al analizar el proyectado art. 248.2.b) CP, a cuya argumentación nos remitimos, el Consejo Fiscal valora positivamente la sustitución de la expresión «específicamente destinados» por «diseñado o adaptado específicamente», que resulta más respetuosa con el contenido de la Directiva 2019/713 y que permite delimitar más la tipificación, haciéndola depender no ya del destino que se dé a dichas herramientas, sino de su diseño o preparación, de forma tal que puedan considerarse «diseñadas principalmente o adaptadas específicamente» para la comisión de estos delitos.

Artículo segundo. Modificación de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, *sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea*

Sobre esta materia las normas de referencia a tener esencialmente en consideración son la Decisión Marco 2009/315/JAI, la Directiva (UE) 2019/884, que la modifica la Ley Orgánica 7/2014, que transpone a nuestro ordenamiento jurídico la Decisión Marco, y el APL que adapta la norma nacional a las novedades de la Directiva. La Decisión 2009/316/JAI por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) resulta sustituida e integrada en la directiva, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros con respecto a la fecha de aplicación de dicha decisión. De manera paralela, el prelegislador ha decidido incorporar de forma expresa algunas de las previsiones del Reglamento (UE) 2019/816, justificando el Anteproyecto dicha incorporación «por seguridad jurídica», aunque resulta



innecesario por el régimen de aplicación directa que caracteriza a los reglamentos comunitarios.

La Directiva y el Reglamento responden a una misma iniciativa legislativa, el denominado «paquete ECRIS». A través del Reglamento se crea un sistema centralizado que permite detectar qué Estados miembros tienen información sobre condenas de nacionales de terceros Estados y la Directiva modifica la Decisión Marco con la finalidad de adaptarla a este nuevo sistema centralizado. Se mejora de este modo el mecanismo de intercambio de información para obtener reseñas de condena de nacionales de terceros Estados. Hasta ahora solo se podía obtener información completa sobre sus antecedentes penales mediante la remisión de solicitudes a todos los Estados miembros; con el nuevo sistema se introduce un mecanismo común, eficaz, rápido y preciso, de identificación de Estados miembros con datos de esta naturaleza relativos a nacionales de terceros estados.

Las concretas modificaciones introducidas en el articulado de la Ley Orgánica 7/2014 son las siguientes:

Apartado uno. Modificación del art. 1 de la LO 7/2014

Se pretende reformar la redacción del art. 1 de la LO 7/2014 relativo al objeto de la ley, con el siguiente tenor literal:

Esta ley tiene por objeto regular el régimen aplicable al intercambio de información sobre antecedentes penales de las personas físicas entre el Registro Central de Penados y las autoridades responsables de los registros nacionales de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea y a la consideración en los procesos penales tramitados en España de resoluciones condenatorias firmes dictadas por un órgano jurisdiccional penal por la comisión de un delito con



anterioridad contra las mismas personas físicas en otros países Estados miembros de la Unión Europea.

La nueva redacción implica sustituir la actual referencia a las «resoluciones condenatorias definitivas y firmes» por «resoluciones condenatorias firmes».

Si bien se trata de una modificación que no deriva directamente de la transposición de la Directiva 2019/884 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, el Consejo Fiscal valora favorablemente la misma por considerar que supone una mejora en la redacción que la dota de mayor precisión. Si se trata de regular los requisitos, condiciones y procedimientos para el intercambio de información sobre antecedentes penales, estos solo se generan a partir de resoluciones condenatorias firmes, concepto que implica necesariamente que sean definitivas. La supresión del término *definitivas* aporta mayor claridad y evita posibles problemas interpretativos en la práctica.

Apartado dos. Modificación de los apartados 1 y 2 del art. 4 de la LO 7/2014

La modificación pretende dar cumplimiento a las exigencias recogidas en el art. 11.3 y. 4 de la Decisión Marco 2008/315/JAI de Consejo, de 26 de febrero de 2009, en la redacción ofrecida por la Directiva 2019/884.

De esta forma, el proyectado art. 4 LO 7/2014 indica que:

1. El intercambio de información relativa a los antecedentes penales en el Registro Central de Penados de España y las autoridades centrales de los restantes países miembros se realizará por vía electrónica, de acuerdo con un conjunto común de protocolos informáticos y en base a una infraestructura común de comunicaciones. Si no estuviera disponible este modo de transmisión durante un



periodo prolongado, la Autoridad Central informará de tal circunstancia al resto de Estados miembros y a la Comisión Europea.

2. Cuando no sea posible utilizar el procedimiento previsto en el apartado anterior, la información se intercambiará a través del formulario que figura en el anexo de esta ley, por cualquier medio seguro que deje constancia escrita, en condiciones que permitan establecer su autenticidad.

El formulario se traducirá a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales del Estado al que se dirige o, en su caso, a una de las lenguas oficiales acordadas por dicho Estado.

Por lo que respecta al apartado primero, cuya redacción se mantiene invariable respecto de la vigente, el Consejo Fiscal considera adecuado hacer una referencia expresa al ECRIS, tal y como establece el art. 11.3: «Las autoridades centrales de los Estados miembros transmitirán la siguiente información por vía electrónica, utilizando ECRIS y un formato normalizado».

En cuanto al inciso final del primer apartado, la expresión «periodo prolongado» pudiera resultar indeterminada, difusa y, por tanto, susceptible de provocar problemas de interpretación en la práctica, aunque se trata de la misma expresión utilizada en la propia Directiva 2019/884.

El apartado segundo supone la transposición de lo establecido en el art. 11.4 de la Directiva. La obligación de transmisión de la información permanece invariable ante circunstancias técnicas, que pudieran ser sobrevenidas o debido a distintas velocidades entre Estados miembros en la implementación del sistema, entre otras, siendo en todo caso obligatorio transmitir la información por cualquier vía con una triple exigencia: registro escrito, posibilidad de verificación de autenticidad y garantías de seguridad.

El Consejo Fiscal pone de manifiesto una suerte de confusión entre la transmisión de la información en términos generales, que debe hacerse



conforme a la directiva «a través de cualquier medio capaz de generar un registro escrito», y el uso del formulario a que se refiere el art. 10 de la Decisión Marco. El formulario del anexo al que se hace referencia está previsto para la solicitud de información (art. 6 de la directiva) y para la respuesta (art. 7 de la directiva), pero no para las obligaciones de notificación del Estado miembro de condena al Estado miembro de nacionalidad, para las que dicho formulario no está previsto.

Por ello, el Consejo Fiscal considera que se debería modificar la redacción del precepto señalando que la información se transmitirá a través de cualquier medio capaz de generar un registro escrito o, en su caso, del formulario anexo a la ley, de forma que esta amplia redacción incorpora todas las obligaciones de la directiva.

Apartado tres. Modificación del art. 5 de la LO 7/2014

El art. 5 de la LO 7/2014 establece el procedimiento de inscripción de las notas de condena de españoles por sentencias dictadas en otros Estados miembros contra ellos.

Con carácter previo al análisis del artículo proyectado, el Consejo Fiscal propone la sustitución de la expresión «legislación nacional» por «legislación española», terminología que se considera más precisa y despeja cualquier duda interpretativa que pudiera plantearse.

El apartado primero del art. 5 de la LO 7/2014 incorpora en el segundo párrafo la excepción de los efectos de las notificaciones de condena contra menores de edad conforme a la legislación del Estado de condena y a la legislación nacional, cuando dicha condena lo sea «por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o por trata de seres humanos con fines de explotación



sexual, incluyendo la pornografía», en cuyo caso el efecto jurídico consiste en la notificación al Registro Central de Delincuentes Sexuales.

Esta previsión normativa supone un mecanismo de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

Ha de indicarse que dichas notificaciones sobre condenas de menores de edad se reciben en el Registro Central de Penados y es este el que realiza la notificación al Registro Central de Delincuentes Sexuales, no estando prevista expresamente la comunicación al Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores, como para las sentencias dictadas en España establece el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre.

En este punto, el Consejo Fiscal interesa que, pese a que no tengan las sentencias dictadas contra menores en tribunales de otros Estados miembros más efectos que dicha notificación, se establezca la forma en que dichas condenas puedan constar en el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores y no en el Registro Central de Penados.

El art. 7.2 de la Decisión Marco establece posibles limitaciones del Estado de condena al Estado de nacionalidad respecto de solicitudes de retransmisión de esa condena a otro Estado miembro para fines distintos de un procedimiento penal. En tales supuestos existe una obligación del Estado de nacionalidad receptor de la nota de condena de comunicar al otro Estado miembro qué Estado miembro ha sido el que ha efectuado la notificación inicial, para que se dirija directamente a este.



El propuesto apartado segundo del art. 5 de la LO 7/2014 aborda esta cuestión y señala que en los casos en que el Estado de condena haya impuesto esta limitación se dejará constancia en el Registro Central de Penados.

El proyectado apartado tercero del art. 5 de la LO 7/2014 reproduce el contenido del vigente art. 5.2 de la LO 7/2014. Únicamente debe señalarse la existencia de una errata al final del texto donde constan dos puntos finales seguidos, por lo que se interesa su corrección.

Apartado cuatro. Modificación del art. 6 de la LO 7/2014

El art. 6 de la LO 7/2014 se dedica a la regulación de los supuestos de notificaciones de condena dictadas por España.

En el apartado primero del art. 6 de la LO 7/2014 se pretende la eliminación de la expresión «advirtiendo que tal información no podrá ser retransmitida para su utilización fuera de un proceso penal».

El Consejo Fiscal valora positivamente esta eliminación al facilitar la transferencia de información entre Estados miembros en relación con el uso de los antecedentes penales para fines distintos de un proceso penal, dado que se ha levantado la prohibición de retransmisión de la información y no será preciso que el otro Estado miembro que pueda necesitarla tenga que recurrir a la autoridad central española ante la negativa del Estado de nacionalidad.

Los apartados segundo y tercero del art. 6 de la LO 7/2014 mantienen la redacción vigente al no modificar la Directiva 2019/884 la redacción de los respectivos artículos de la Decisión Marco.



Se introduce un nuevo apartado cuarto en el art. 6 de la LO 7/2014, estableciendo la obligación del Registro Central de Penados de notificar al Sistema centralizado diseñado en el Reglamento (UE) 2019/816, las condenas de nacionales de terceros países y de apátridas. El citado Reglamento resulta de aplicación al tratamiento de los datos de identidad de los nacionales de terceros países que han sido objeto de condena en los Estados miembros y regula el denominado «sistema para identificar a los Estados miembros que poseen información sobre condenas anteriores de nacionales de terceros países» (ECRIS-TCN), su arquitectura técnica, forma de introducción y utilización de datos y funcionamiento.

Debe recordarse que el art. 3.7 del Reglamento define «nacional de un tercer país» como «una persona que no sea ciudadano de la Unión en el sentido del art. 20, apartado 1, del TFUE, o una persona que sea apátrida o de nacionalidad desconocida», utilizando dicho término en el articulado como comprensivo de los tres conceptos, a saber, nacional de tercer Estado, apátrida o de nacionalidad desconocida.

El anteproyecto objeto de informe, sin definir el concepto de nacional de tercer Estado, utiliza el término de forma inadecuada respecto de la utilizada por el Reglamento al dejar fuera de su regulación a los condenados de nacionalidad desconocida.

Por ello, el Consejo Fiscal interesa que se modifique el texto propuesto para que se incluyan las tres categorías a las que hace referencia el Reglamento.

Por otro lado, la obligación contenida en el apartado cuarto del art. 6 de la LO 7/2014 deriva de la creación del ECRIS-TCN y de la información que conforme al Reglamento se debe transmitir al mismo, por lo que el Consejo Fiscal considera innecesaria la introducción de este apartado.



Apartado cinco. Modificación del art. 7.2 de la LO 7/2014

El anteproyecto modifica el apartado segundo del art. 7 de la LO 7/2014 con la siguiente redacción: «2. El Registro Central de Penados podrá, además, proporcionar información relativa a impresiones dactilares u otros datos biométricos obtenidos y conservados conforme al Derecho español, así como cualquier otra relativa a la condena que constase en el mismo».

Se añade, por tanto, la posibilidad de facilitar información sobre «otros datos biométricos obtenidos y conservados conforme al Derecho español», lo que resulta respetuoso con el contenido de la Directiva 2019/884 que introduce la imagen facial en el art. 11.1.c).iv Decisión Marco.

Apartado seis. Introducción del nuevo art. 7 bis de la LO 7/2014

Este nuevo precepto supone la adaptación de la ley española al Reglamento (UE) 2019/816, es decir, no supone una transposición de la Directiva 2019/884. Por ello, se considera que resultaría más claro si la rúbrica del art. hiciera referencia al Reglamento. El Consejo Fiscal propone como rúbrica alternativa: «Contenido de la información a remitir al Sistema Centralizado previsto en el Reglamento (UE) 2019/816».

Por lo que respecta al apartado primero, resulta superfluo al tratarse de una reiteración de lo que ya viene establecido en el art. 5.1 Reglamento al que el propio art. 7 bis 1 de la LO 7/2014 se remite.

El proyectado apartado segundo obedece a la opción establecida en el art. 5.1.b).ii del Reglamento, conforme al cual «se deberán incluir en el registro de datos del ECRIS-TCN como mínimo, datos dactiloscópicos recogidos con base en uno de los siguientes criterios: i) cuando el nacional de un tercer país haya



sido condenado a una pena privativa de libertad de un mínimo de seis meses, ii) cuando el nacional de un tercer país haya sido condenado por una infracción penal punible con arreglo al Derecho nacional del Estado miembro con una pena privativa de libertad de una duración máxima de doce meses».

El Consejo Fiscal considera que la opción escogida por el prelegislador resulta más correcta al tener mayor alcance en cuanto al registro de datos dactiloscópicos.

La previsión del Reglamento se amplía a los nacionales de terceros Estados que también ostenten la nacionalidad de un Estado miembro, lo que se valora positivamente.

Por lo que respecta a las imágenes faciales, mencionadas en el apartado tercero del art. 7 *bis* de la LO 7/2014, la referencia corresponde con el art. 5.3 del Reglamento, aunque este solo hace mención de las imágenes faciales, no a otros datos biométricos. La referencia que se hace en el anteproyecto objeto de informe se incluye, en parte, por coherencia con la modificación del art. 7.2 analizado que incorpora la misma mención respecto de los datos que el Registro Central de Penados puede transmitir en el contexto del intercambio de información conforme a la Decisión Marco y la Directiva 2019/884.

Apartado siete. Modificación del art. 8 LO 7/2014

El Anteproyecto objeto de informe pretende introducir un apartado segundo en el art. 8 LO 7/2014 que, si bien no establece un plazo de notificaciones al ECRIS-TCR en relación con las condenas de nacionales de terceros Estados, determina que dicha notificación deberá hacerse «sin demora injustificada».



Es cierto que los procedimientos de notificación son diferentes en la Directiva y en el Reglamento, pero no lo es menos que la actuación debe siempre y en todo caso realizarse «sin demora injustificada», no solo en los casos de nacionales de terceros Estados (ECRIS-TCR).

Por ello, el Consejo Fiscal interesa que dicha expresión se incorpore también al apartado primero del art. 8 de la LO 7/2014 relativo a las notificaciones al Estado miembro de nacionalidad del condenado en España.

Apartado ocho. Modificación del art. 9 de la LO 7/2014

La modificación plantea la supresión de los apartados segundo y tercero del art. 9 de la LO 7/2014.

El Capítulo III del Título I de la LO 7/2014 regula la información sobre antecedentes penales a petición de una autoridad central, que puede ser la española o la de cualquier Estado miembro.

El art. 9 establece el contenido de la información a facilitar por el Registro Central de Penados, estando directamente relacionado con el art. 11, relativo a la respuesta a consultas formuladas por la autoridad central de otros Estados miembros, mientras que el art. 10 regula las consultas efectuadas por el Registro Central de Penados.

El Consejo Fiscal considera que, por razones de sistemática, debería ir inmediatamente después del art. 9 el contenido del art. 11, dado que ambos se refieren a las consultas recibidas y el art. 10 a las consultas emitidas. Por tanto, se interesa la ubicación de tales preceptos en el sentido indicado.



Apartado nueve. Modificación del art. 10 de la LO 7/2014

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente respecto de la ubicación del precepto, este art. 10 de la LO 7/2014 regula los procedimientos de consulta de antecedentes penales por parte del Registro Central de Penados a la autoridad central de otro Estado miembro.

El anteproyecto pretende la introducción de dos párrafos nuevos en el apartado primero del art. 10 de la LO 7/2014 regulando la interacción entre el ECRIS y el Sistema Centralizado ECRIS-TCR. En relación con nacionales de terceros Estados o de nacionales de otro Estado miembro, a efectos de verificar si tiene antecedentes penales como nacional de un tercer Estado, se puede consultar el ECRIS-TCR para, a continuación, efectuar una petición al Estado miembro identificado como poseedor de las condenas dictadas en relación con aquellos.

Esta previsión normativa ya se contiene en el art. 7.1 y 7.4 del Reglamento 2019/816 que establece que «[l]as autoridades centrales utilizarán el ECRIS-TCN para identificar al Estado o Estados miembros que posean información sobre antecedentes penales sobre un nacional de un tercer país, con el fin de obtener información sobre condenas anteriores a través de ECRIS, cuando se solicite información sobre antecedentes penales de esa persona en el Estado miembro de que se trate a efectos de un proceso penal contra la misma» o para cualquiera de los fines recogidos en el precepto, «si así lo dispone el Derecho nacional. No obstante, en determinados casos, siempre que no se trate de una solicitud presentada ante la autoridad central por un nacional de un tercer país que pide información sobre sus propios antecedentes penales y siempre que la solicitud no se realice a efectos de obtener información sobre antecedentes penales en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 Directiva 2011/93/UE, la autoridad que solicita la información sobre antecedentes penales podrá decidir que no resulta conveniente utilizar el ECRIS-TCN. (...) A



los efectos estipulados en los apartados 1, 2 y 3, las autoridades competentes también podrán consultar el ECRIS-TCN para comprobar si, respecto de un ciudadano de la Unión, algún Estado miembro posee información de antecedentes penales relativa a dicha persona como nacional de un tercer país». Por tanto, resultaría innecesaria la pretendida introducción de los dos nuevos párrafos en el apartado primero del art. 10 de la LO 7/2014.

La modificación del apartado tercero del art. 10 de la LO 7/2014 radica en modificar el párrafo primero e introducir un párrafo segundo, distinguiendo los procedimientos a seguir en los supuestos de petición de certificación de antecedentes penales si se trata de un «ciudadano de la Unión Europea», debiendo añadirse «no español» o de un nacional de un tercer Estado o apátrida, a través del ECRIS o del ECRIS-TCR y posteriormente el ECRIS, respectivamente.

Por ello, el Consejo Fiscal propone que la mención a «un ciudadano de la Unión Europea no español» se incluya en el primer párrafo del apartado tercero del art. 10 de la LO 7/2014.

Apartado diez. Modificación del art. 11 de la LO 7/2014

Las condiciones de respuesta a las solicitudes de consulta formuladas por las autoridades centrales de otros Estados miembros se encuentran reguladas en el art. 11 de la LO 7/2014.

No se introduce modificación alguna en el apartado primero del precepto dedicado al alcance de la información a transmitir en las consultas recibidas por el Registro Central de Penados.



Los apartados segundo, tercero y cuarto del art. 11 de la LO 7/2014 regulan la respuesta del Registro Central de Penados en función de si se trata de un ciudadano español, un nacional de otro Estado miembro o de un tercer país o apátrida, siendo los dos últimos fruto de la transposición de la Directiva 2019/884.

El Consejo Fiscal pone de manifiesto que la expresión utilizada en los tres apartados mencionados relativa a la «petición de información penal» resulta poco precisa, por lo que interesa su sustitución por «petición de información sobre condenas».

Por otro lado, la referencia que hace este precepto de la reserva a jueces y tribunales españoles resulta confusa y no parece claro a qué situaciones se está refiriendo y debería sustituirse por «autoridades judiciales». El Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959 regula el intercambio de información sobre antecedentes penales a petición de una autoridad nacional competente interesada o bien de manera espontánea en relación con la transmisión de condenas del Estado de condena al Estado de nacionalidad, al menos una vez al año. El Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea de 2000 establece la regulación del mecanismo de transmisión de dichas solicitudes. Ninguno de los dos Convenios debe entenderse sustituidos por la Directiva de la orden europea de investigación.

Asimismo, los jueces, tribunales y fiscales, dentro de sus respectivas competencias, pueden solicitar, al amparo de lo dispuesto en la norma mencionada, el historial de antecedentes penales.

Por tanto, el Consejo Fiscal considera que, si se mantiene la referencia a jueces y tribunales, debe añadirse explícitamente a los fiscales, dado que estos



pueden emitir solicitudes de asistencia internacional dentro de las diligencias de investigación que estén llevando a cabo.

Por lo que respecta al apartado quinto del art. 11 de la LO 7/2014, vinculado al art. 5.2 de la LO 7/2014 y el art. 7.2 de la Directiva 2019/884, el Consejo Fiscal propone, para una mejor integración del contenido de los dos párrafos del apartado quinto analizado, la sustitución de la expresión «siempre que el Estado de condena no se hubiera opuesto» por «siempre que, tratándose de un caso de transmisión de condena por otro Estado miembro, este no se hubiera opuesto».

Apartado once. Introducción del nuevo art. 11 *bis* de la LO 7/2014

El Anteproyecto objeto de informe propone la introducción del art. 11 *bis* de la LO 7/2014 dedicado, como señala su rúbrica a la respuestas a consultas formuladas por Eurojust: «Cuando la Autoridad Central reciba una consulta de Eurojust en los términos previstos en el art. 17.3 del Reglamento (UE) 2019/816, con carácter previo a otorgar o no el consentimiento previsto en dicho art., ponderará en todo caso que las circunstancias por las que terceros países u organizaciones internacionales requieren dicha información, se adecúan a la normativa en materia de cooperación judicial en materia penal».

El Reglamento (UE) 2019/816 otorga a Eurojust, en su art. 17, la condición de punto de contacto para terceros países y organizaciones internacionales que quieran dirigir solicitudes de información sobre el Estado miembro que tenga información sobre nacionales de terceros países, estableciendo un procedimiento de consulta a través del ECRIS-TCN y, en caso de existir antecedentes penales, con los Estados miembros afectados y de transmisión de la respuesta al tercer Estado u organización internacional.



El Reglamento no determina qué criterios se han de tener en consideración por los Estados miembros en relación con el consentimiento a Eurojust para transmitir al tercer Estado u organización internacional la información de que ese Estado posee información sobre antecedentes penales del nacional de un tercer Estado sobre el que se ha consultado.

En este sentido, el anteproyecto introduce como criterios a tener en cuenta por parte de la autoridad central española «las circunstancias por las que terceros países u organizaciones internacionales requieren dicha información, se adecúan a la normativa en materia de cooperación judicial en materia penal».

Entiende el Consejo Fiscal que conferir a la autoridad central esta facultad de decisión excede de las competencias que deben considerarse como propias de una autoridad central, teniendo en consideración que la respuesta que dé dicha autoridad central puede tener una incidencia relevante en el ámbito de las investigaciones transnacionales o, en general, en la cooperación judicial penal. La autoridad central no puede actuar teniendo un papel decisorio o decisivo en si trasladar o no una información relacionada con un procedimiento penal seguido por una autoridad competente de un tercer Estado.

Por ello, el Consejo Fiscal interesa que se considere otorgar un papel fundamental en la adopción de la decisión final a la Fiscalía General del Estado, al menos mediante el procedimiento de consulta para la adopción de la decisión más adecuada.

Apartado doce. Modificación del art. 13 de la LO 7/2014

El anteproyecto introduce un apartado cuarto en el art. 13 de la LO 7/2014, precepto dedicado a las condiciones de uso de los datos solicitados:



Una vez cancelados o eliminados todos los antecedentes penales de un ciudadano nacional de un tercer país o apátrida, el Registro Central de Penados procederá a suprimir, en el plazo máximo de un mes, la información que en su caso hubiere remitido al Sistema Centralizado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 bis.

En este punto, debe recordarse lo establecido en el art. 8 del Reglamento 2019/816: «1. Los registros se conservarán en el sistema central durante el tiempo en que los datos relativos a las condenas de la persona en cuestión estén consignados en el registro nacional de antecedentes penales. 2. Cuando finalice el período de retención a que se refiere el apartado 1, la autoridad central del Estado miembro de condena suprimirá los datos registrados, incluidos datos dactiloscópicos e imágenes faciales, del sistema central. La supresión se hará automáticamente, en la medida de lo posible y, en cualquier caso, a más tardar un mes después de la expiración del período de conservación».

Así, el apartado proyectado resulta innecesario a la luz de lo dispuesto en el Reglamento 2019/816, al tiempo que por razones de sistemática no se encontraría bien ubicado en el art. 13 de la LO 7/2014.

Apartado trece. Modificación del art. 15 de la LO 7/2014

Nada se objeta a la reforma del párrafo segundo del art. 15 de la LO 7/2014 relativo a la solicitud de antecedentes penales de otros Estados para su consideración en un nuevo proceso penal. Sin embargo, el Consejo Fiscal considera conveniente, por razones de mayor precisión jurídica, que cuando se esté haciendo referencia a «otros Estados miembros» se señala expresamente y no se mencione genéricamente a «otros Estados».



Disposiciones adicionales y finales

Ninguna objeción se realiza al contenido de las disposiciones adicionales, la primera de ellas dedicada a la sustitución de la referencia al Registro Central de Penados y Rebeldes por Registro Central de Penados, atendiendo a lo expuesto al analizar la modificación del art. 136 CP en el presente informe; y la segunda, reguladora de los efectos del silencio administrativo en los procedimientos de solicitud de cancelación de antecedentes penales.

Tampoco se encuentran objeciones a las disposiciones finales relativas a la modificación de la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, al título competencial, a la incorporación del derecho de la Unión Europea y a la entrada en vigor de la norma.

V. Conclusiones

1.ª La oportunidad del anteproyecto se justifica en la necesidad de cumplir con las obligaciones derivadas de la pertenencia de España a la Unión Europea, y en concreto, de la transposición de la Directiva 2019/713/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo; de la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado; de la Directiva (UE) 2019/884, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por la que se modifica la Decisión Marco 2009/315/JAI del Consejo en lo que respecta al intercambio de información sobre nacionales de terceros países y al Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS); y del Reglamento (UE) 2019/816, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019,



por el que se establece un sistema centralizado para la identificación de los Estados miembros que poseen información sobre condenas de nacionales de terceros países y apátridas (ECRIS-TCN) a fin de complementar el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726.

2.^a La transposición de esta normativa comunitaria requiere la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal*, y de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, *sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea*.

3.^a El anteproyecto informado consta de una exposición de motivos, dos artículos, dos disposiciones adicionales y cuatro disposiciones finales.

El artículo primero modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal*, y consta de nueve apartados.

El artículo segundo modifica la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, *sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea*, y cuenta con trece apartados.

4.^a Atendiendo a las justificaciones del anteproyecto y a la necesidad de transposición de la normativa comunitaria mencionada, la valoración global que merece el texto propuesto es globalmente positiva, sin perjuicio de las matizaciones, concreciones o correcciones que se exponen en el presente informe, siendo las más destacadas las siguientes:

i) Modificación del Código Penal:



- Art 136.4 CP: Procede incluir al Ministerio Fiscal entre las autoridades que pueden requerir la libranza de certificaciones por el Registro Central de Penados. En el momento actual el Ministerio Fiscal tiene acceso al registro a través del Punto Neutro Judicial, y no resulta inusual que obtenga directamente la información para aportarla al órgano judicial
- Art. 248.2 CP: Resulta conveniente separar la tipificación de las conductas puramente defraudatorias (apartados a y c) de las preparatorias (apartados b, d, e), al modo como se hace en las falsedades con el art. 400 CP. Ese nuevo precepto incluiría la penalidad de estos actos preparatorios.
- Art. 248.2 CP: Utilización de una terminología similar a la de los textos internacionales aplicables a la materia. En la letra a) se interesa la inclusión del concepto «borrado de datos informáticos» en la descripción de la conducta típica para una mayor aproximación a la ofrecida por la directiva objeto de transposición y la expresa mención a las *monedas virtuales*. En la letra c) se propone utilizar la expresión «instrumentos de pago distintos del efectivo» en sustitución de «medios de pago», al objeto de evitar problemas interpretativos en la práctica.
- Art. 249 CP: Se propone una redacción alternativa que resulta más respetuosa con el contenido del art. 9 Directiva 2019/713.
- Art. 250.3 CP: El texto propuesto amplía la agravación de las conductas exigidas por el art. 9 de la Directiva 2019/713, desconociéndose las razones para ello, por lo que se solicita que se aclaren estas, ya que en algunos supuestos puede comprometer el principio de proporcionalidad de las penas.
- Art. 399 *bis* CP: Recoge conductas de falsificación propiamente dichas (apartado primero), de tenencia para la distribución o tráfico (apartado



segundo), de uso de lo falsificado (apartado tercero) y de posesión u obtención para uso (apartado cuarto). Se ha omitido cualquier referencia a la agravación derivada de la comisión del hecho en el seno de una organización criminal, más allá de la referencia contenida respecto de la conducta del apartado primero. Aunque pudiera acudirse a lo dispuesto en los arts. 570 *bis* y *ter* CP para castigar tales supuestos, lo cierto es que por razones de sistemática y coherencia del texto debería hacerse una expresa mención en el precepto como se realizó al tratar las conductas relativas al fraude de los instrumentos de pago distintos del efectivo, lo que evitaría problemas interpretativos en la práctica.

- Art. 399 *ter* CP: Contiene la definición de instrumentos de pago distintos del efectivo. Se señala la necesidad de ubicar dicho precepto en las disposiciones generales del Capítulo VI Título I del Libro I CP por razones de sistemática y coherencia del texto.

ii) Modificación de la Ley Orgánica 7/2014:

- Art. 4.1 y 2 LO 7/2014: Se interesa una expresa mención al ECRIS en el apartado primero y se considera que debería modificarse la redacción del precepto señalando que la información se transmitirá a través de cualquier medio capaz de generar un registro escrito o, en su caso, del formulario anexo a la ley, de forma que esta amplia redacción incorpora todas las obligaciones de la directiva.
- Art. 5 LO 7/2014: Se interesa que, pese a que no tengan las sentencias dictadas contra menores en tribunales de otros Estados miembros más efectos que dicha notificación, se establezca la forma en que dichas condenas puedan constar en el Registro Central de Sentencias de



Responsabilidad Penal de los Menores y no en el Registro Central de Penados.

- Art. 6 LO 7/2014: Se interesa que se modifique el texto propuesto para que se incluyan las tres categorías a las que hace referencia el Reglamento esto es, nacional de tercer Estado, apátrida o de nacionalidad desconocida.
- Art. 7 *bis* LO 7/2014: Se considera correcta la opción escogida al tener mayor alcance en cuanto al registro de datos dactiloscópicos.
- Art. 9 LO 7/2014: Se considera que, por razones de sistemática, debería ir inmediatamente después del art. 9 el contenido del art. 11, dado que ambos se refieren a las consultas recibidas y el art. 10 a las consultas emitidas. Se interesa la ubicación de tales preceptos en el sentido indicado.
- Art. 10 LO 7/2014: Se propone incluir en el primer párrafo del art. 10.3 la mención a «un ciudadano de la Unión Europea no español».
- Art. 11 LO 7/2014: La expresión utilizada «petición de información penal» resulta poco precisa, por lo que interesa su sustitución por «petición de información sobre condenas». Al mismo tiempo, se señala que, si se mantiene la referencia a jueces y tribunales, debe añadirse explícitamente a los fiscales, dado que estos pueden emitir solicitudes de asistencia internacional dentro de las diligencias de investigación que estén llevando a cabo.
- Art. 11 *bis* LO 7/2014: Conferir a la autoridad central la facultad de decisión excede de las competencias que deben considerarse como propias de una autoridad central, por lo que se plantea considerar otorgar un papel fundamental en la adopción de la decisión final a la Fiscalía General del



Estado, al menos mediante el procedimiento de consulta para la adopción de la decisión más adecuada.

- Art. 15 LO 7/2014: Se considera conveniente, por razones de precisión jurídica, que cuando se haga referencia a «otros Estados miembros» se señale expresamente y no se mencione genéricamente a «otros Estados».

Madrid, a 4 de marzo 2022

**LA FISCAL GENERAL DEL ESTADO
PRESIDENTA DEL CONSEJO FISCAL**

Dolores Delgado García