



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

**INFORME DEL CONSEJO FISCAL AL
ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR
LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA
10/1995, DE 24 DE NOVIEMBRE, DEL
CÓDIGO PENAL**

Madrid, 8 de enero de 2013



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

INFORME DEL CONSEJO FISCAL AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 24 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Por medio de comunicación del Secretario de Estado de Justicia de fecha 18 de octubre de 2012 ha sido remitido a la Fiscalía General del Estado para informe el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, con objeto de que sea emitido el informe del Consejo Fiscal.

Por medio de comunicación del Secretario de Estado de Justicia de fecha 13 de noviembre de 2012, atendiendo a una solicitud cursada por la Fiscalía General del Estado se concedió una ampliación del plazo para emitir informe de quince días.

El texto del Anteproyecto contiene una extensa Exposición de Motivos, dividida en treinta y ocho apartados, un artículo único subdividido en doscientas disposiciones rubricadas con números ordinales, dos disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y dos disposiciones finales.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

II. PROCEDENCIA DEL INFORME DEL CONSEJO FISCAL

A tenor de lo dispuesto en el artículo 14.4.j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) corresponde al Consejo Fiscal informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

En tanto el artículo 3 EOMF atribuye al Ministerio Fiscal las funciones de ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda (apartado 4) y la de intervenir en el proceso penal (apartado 5), el Anteproyecto incide intensamente en sus funciones.

Por razones sistemáticas se abordará el análisis de las reformas proyectadas siguiendo la numeración del Anteproyecto.

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

REFLEXIÓN INICIAL

Con escrupuloso respeto a la iniciativa Legislativa del Gobierno, desea el Consejo Fiscal incorporar al informe una reflexión general sobre la necesaria estabilidad de la Ley penal y sobre los riesgos inherentes a un proceso continuado de modificaciones en su texto.

Es claro que la modificación de un Código Penal, sea cual sea su intensidad o extensión, no es en sí criticable, y puede estar perfectamente justificada en



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

tanto la realidad social cambia y con ella aparecen nuevas necesidades de política criminal y fenómenos delincuenciales no previstos con anterioridad, frente a los que es preciso introducir nuevos mecanismos de lucha, con la consiguiente necesidad de adaptar la respuesta normativa a los distintos momentos de su desarrollo.

Pero es igualmente cierto que como se ha dicho, el Código Penal representa la Constitución en negativo, y por ello, en tanto tutelador de los bienes jurídicos más preciados y en cuanto incorpora el catálogo de sanciones más graves a los ataques más intolerables a esos bienes jurídicos, debe estar presidido por la certeza, la seguridad jurídica y la taxatividad.

Como expresaba D. Víctor Covián y Junco en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1920: "toda disposición legal no alcanza el apogeo de su fuerza, sino cuando perdura y, por el contrario, si se suceden y reemplazan frecuentemente, pierden, a la par que el respeto que se las debe, su fuerza y autoridad".

La consecuencia indeseable de las modificaciones continuas en los textos legislativos básicos es la inestabilidad, la falta de certeza en el orden jurídico, la ausencia de previsibilidad de las consecuencias del comportamiento humano, y la correlativa disminución de las garantías y de la seguridad jurídica.

La provisionalidad de la legislación penal y su cambio casi permanente, altera un sector del ordenamiento (el penal) donde el sosiego jurídico y la sedimentación de los principios es *conditio sine qua non* para una mínima seguridad.

No está de más, para ilustrar el estado de la cuestión, antes de analizar el articulado del Anteproyecto, hacer recuento de las reformas operadas en el vigente Código Penal desde su entrada en vigor (24 de mayo de 1996).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

En 1998 se modificó dos veces, por Leyes Orgánicas 2/1998, de 15 de junio, por la que introdujeron previsiones contra la denominada delincuencia terrorista de baja intensidad, y 7/1998, de 5 de octubre, por la que se suprimieron las penas de prisión y multa para los supuestos de incumplimiento del servicio militar obligatorio y prestación social sustitutoria, y se rebajaron las penas de inhabilitación para dichos supuestos.

En 1999 se modificó otras dos veces, mediante Leyes Orgánicas 11/1999, de 30 de abril, en relación con los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y con la pena de alejamiento; y 14/1999, de 9 de junio, en materia de protección a las víctimas de malos tratos.

En 2000 se modificó cinco veces, por medio de las Leyes Orgánicas 2/2000, de 7 de enero, en materia de prohibición del desarrollo y el empleo de armas químicas; 3/2000, de 11 de enero, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales; 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; 7/2000, de 22 de diciembre, en relación con los delitos de terrorismo; y 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En 2002 se modificó dos veces, por Leyes Orgánicas 3/2002, de 22 de mayo, en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria; y 9/2002, de 10 de diciembre, en materia de sustracción de menores.

En 2003 se promulgaron cinco Leyes Orgánicas modificando el Código: las LO 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales; 7/2003, de 30 de junio, de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; 15/2003, de 25 de noviembre, que supuso una profunda modificación de numerosos preceptos del Código Penal y 20/2003 de 23 diciembre 2003 que añadió los arts 506 bis, 521 bis y 576 bis en relación con la convocatoria de referéndums ilegales

En 2004 se promulga la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que en relación con esta materia da nueva redacción a los arts.148, 153, 468, 83, 84, 88, 620, 171, 171, y 172.

En 2005 se modifica el Código Penal en dos ocasiones: se aprueban las Leyes Orgánicas 2/2005, de 22 de junio, que deroga los tipos de convocatoria de referéndums ilegales y 4/2005, de 10 de octubre, en materia de delitos de riesgo provocados por explosivos.

En 2006 se modifica el Código mediante Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte.

En 2007 se modifica el Código en dos ocasiones mediante las Leyes Orgánicas 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas y 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la materia de seguridad vial.

En 2010 nuevamente se modifica en dos ocasiones mediante Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo y 5/2010, de 22 de junio, por la que de nuevo se lleva



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

a cabo una profunda modificación del Código Penal, afectando a numerosos artículos.

En 2011 mediante LO 3/2011 de 28 enero se suprime el régimen prescriptivo especial de la injuria y calumnia del art.131 CP y se retocan los arts.197, 288 y 570 CP.

Recapitulando, desde 1996 se ha modificado el Código Penal en veinticinco ocasiones, siendo dos de ellas (las operadas por LO 15/2003 y 5/2010) reformas de enorme calado.

Debe en este punto subrayarse que las modificaciones continuas en el ámbito penal afectan al principio de seguridad jurídica, reconocido en el art. 9.3 CE, que implica “la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados...como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho...” (SSTC nº 225/1998, de 25 de noviembre; y 104/2000, de 13 de abril). Incluso puede quedar afectado el principio de legalidad penal (arts. 9.3 y 25.1 CE) que incluye como garantía “la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes” (SSTC nº 22/1990, de 15 de febrero y 276/1994, de 17 de octubre).

Como pauta general, entiende el Consejo Fiscal, las reformas de la Legislación penal deben restringirse a los supuestos estrictamente necesarios y han de acometerse con el imprescindible sosiego y tras intenso estudio, en especial de la Jurisprudencia, de la doctrina científica y del Derecho comparado y después de una profunda reflexión, no perdiendo de vista que un Código, como ordenación sistemática de normas, queda afectado en su conjunto por la alteración de cualquiera de sus partes.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Llama la atención del Consejo Fiscal que la introducción de cambios tan radicales en institutos penales claves como son las medidas de seguridad y su fundamento aplicativo, la implantación como medida de la llamada custodia de seguridad, inédita en nuestro ordenamiento, la íntegra supresión del Libro III mediante la reconversión de la mayoría de las faltas actualmente tipificadas en el mismo en delitos leves, pero manteniendo su procedimiento de enjuiciamiento, la introducción de la pena de prisión permanente revisable, o la radical transfiguración del régimen de libertad condicional, alterando la competencia de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, o de los medios sustitutivos de las penas privativas de libertad, por citar sólo alguno de los aspectos más caracterizados de esta reforma, no aparezcan debidamente explicados en la exposición de motivos, especialmente mediante la explicitación de cuáles son las razones de política criminal que subyacen en estos cambios.

COMENTARIO A LA PARTE GENERAL

Primero

Artículo 1.1

La reforma de este artículo se reduce a suprimir la mención a las faltas, dado que se suprime el libro III del Código penal. Son muchos los artículos en que la reforma se limita a esta supresión. En la Parte General, los artículos 1.1; 2.1; 7; 9; 10; 11; 15; 16; 20.4; 27, 30.1; 31.1; 48.1; 71.1; 109.1; 111.1; 116.1; 120.1; 122; 123; 129.1 y 2; 130.1.5 y 132.2.

El apartado XXVIII de la Exposición de Motivos afirma: *De ahí la extensión de la reforma que se acomete, que en muchos casos se trata de una mera*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

adecuación de la regulación a la supresión del sistema dualista, como sucede con buena parte de los artículos de la parte general del Código Penal.

Segundo

Artículo 2.1

La reforma de este artículo consiste simplemente en suprimir la mención a las faltas.

Tercero

Art. 6 apartado 2

De acuerdo con la profunda modificación de las medidas de seguridad que se lleva a cabo en el anteproyecto, se altera la redacción del art. 6.2, haciendo depender la duración de las mismas, no de la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, sino que su extensión temporal viene condicionada por la prevención de la peligrosidad del autor. Se trata de un principio rector que junto con el apartado primero (su fundamentación en la peligrosidad criminal del sujeto y la necesaria comisión de un hecho previsto como delito) constituyen los principios que rigen las medidas de seguridad.

Pero además de que la medida puede desbordar el límite temporal de la pena, el precepto aludido no hace mención a la onerosidad de la medida, al suprimirse la mención a que la medida no puede ser más gravosa que la pena. Este criterio general se concreta en el vigente art. 95.1 consistente en la prohibición de aplicar medidas privativas de libertad cuando el hecho no esté



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

castigado con pena privativa de libertad, principio éste que no se menciona en el Anteproyecto.

Estos dos principios –duración y onerosidad- quedan desterrados en el Anteproyecto. La razón no puede ser otra que el acogimiento por el *prelegislador* de la distinción neta entre pena y medida de seguridad. Así, mientras la proporcionalidad de la pena está en relación con la gravedad del hecho cometido, la medida de seguridad debe ser proporcionada a la peligrosidad del delincuente.

Respecto a la duración de la medida cabe decir que si el supuesto de hecho de la medida es la peligrosidad criminal y sus fines son únicamente la prevención especial, la exigencia de que la misma sea proporcionada a la gravedad del delito ya cometido y, como consecuencia de ello, que la duración de la medida no puede rebasar la de la pena, implica una confusión de los fundamentos de la pena (la culpabilidad) y de las medidas (la peligrosidad). Esta limitación temporal de la medida a la duración de la pena puede suponer una restricción a las posibilidades de éxito del tratamiento rehabilitador, especialmente en aquellos supuestos de criminalidad recalcitrante. En definitiva, hay estados peligrosos que perduran más allá de la extinción de la pena impuesta –pese al tratamiento rehabilitador dispensado durante su cumplimiento- que se hacen merecedores de una medida de seguridad y que, por lo tanto, la duración de la medida debe ser proporcionada a la peligrosidad. Las SSTC nº 112/1998, de 8 de junio y 24/1993, de 21 de enero, refiriéndose a la regulación anterior al Código Penal de 1995, vienen a avalar la constitucionalidad de la duración de las medidas de seguridad conforme a la peligrosidad del sujeto.

Finalmente, el fundamento de toda medida es la prevención de la peligrosidad del autor, esto es, la probabilidad de que el sujeto cometa nuevos delitos (art.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

95.1 aprt. 2 del Anteproyecto). Se manifiesta como un pronóstico o juicio de probabilidades referido al comportamiento futuro del individuo que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos. La peligrosidad no puede ser presumida sino que ha de estar probada.

Cuarto

Artículo 7

La reforma se limita a suprimir la mención a las faltas.

Quinto

Artículo 9

La reforma se reduce a suprimir la mención a las faltas.

Sexto

Se modifica la **rúbrica del Libro primero** del Código Penal, que pasa a denominarse *disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal*

Séptimo

Se modifica la **rúbrica del capítulo I del título I del libro I** del Código Penal, que pasa a denominarse “de los delitos”.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

De nuevo, la finalidad de la reforma es suprimir la mención a las faltas, puesto que desaparece el Libro III del Código Penal.

Octavo

Artículo 10

Se suprime la mención a las faltas como consecuencia de su desaparición del Código Penal.

Noveno

Artículo 11

En la regulación de la comisión por omisión también desaparece la mención a las faltas, por las razones expuestas.

Décimo

Artículo 13

La clasificación tripartita tradicional entre delitos graves, menos graves y faltas, se sustituye, por razón de la desaparición de estas últimas, por la de delitos graves, delitos menos graves y delitos leves. Delitos leves van a ser aquellas faltas que ahora, por su importancia, se elevan a la categoría de delitos y no desaparecen del Código, sino que se integran en el Libro II.

El apartado cuarto especifica que si la pena, por su extensión, se puede considerar a la vez como leve y como menos grave, se considerará siempre



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

leve. Esto parece correcto, dado que el art. 33.4, al regular las penas leves, en su apartado g) contempla la pena de multa de hasta dos meses. Sin embargo, si se analizan las faltas que se transforman en delitos leves, muchas tienen previstas penas de multa superiores a dos meses (los 234.2; 249 in fine, 253,2 de uno a tres meses). Al tener el límite inferior en un mes, se considerarán penas leves.

De todos modos, sería conveniente elevar el máximo de la pena leve de los dos meses que fija el Anteproyecto hasta tres meses. Y ello porque las únicas faltas convertidas en delitos leves que tienen prevista una pena de uno a dos meses de multa son la de maltrato del 147.3 y la de la apropiación indebida sin custodia previa del 254.2 CP. Las demás tienen, en general, una pena de uno a tres meses de multa. Por ello el artículo 13.3 del Anteproyecto debería adaptarse a esta realidad.

La reforma era necesaria para poder trasladar ciertas faltas al Libro II.

Undécimo

Artículo 15

De nuevo la única modificación es la obligada supresión de la mención a las faltas.

Duodécimo

Artículo 16. 2 y 3



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

En la modificación de este artículo, de nuevo, la única novedad es la desaparición de la mención a las faltas.

Decimotercero

Artículo 20.4

La modificación consiste en la supresión de la referencia a la falta en el apartado primero.

Decimocuarto

Artículo 25

Este artículo incorpora la definición auténtica de “discapacidad” y de “persona con discapacidad necesitada de especial protección”, precepto que debe relacionarse con la Disposición Adicional Primera, también referida a esta materia. Como explica la Exposición de Motivos (apartado XXIV), *las personas con discapacidad necesitan ser objeto de una protección penal reforzada, en atención a su especial vulnerabilidad, y ello ha dado lugar a la aprobación de un instrumento de Derecho Internacional, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que pretende prevenir las conductas discriminatorias que impidan el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones.*

Es preciso llevar a cabo una adecuación de la referida Convención a nuestro Código Penal, y ello exige la actualización de los términos empleados para referirse a las personas con discapacidad. El texto original del Código Penal se refiere impropiamente a “minusvalía” o a “incapaces”, una terminología ya superada y que debe sustituirse, a la luz de los acuerdos internacionales, por



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

los términos más adecuados de “discapacidad” y de “persona con discapacidad necesitada de una especial protección”.

A tal fin, se modifica el artículo 25 para actualizar tales términos, y ofrecer una definición más precisa de las personas que constituyen objeto de una especial protección penal. Tal modificación encuentra plena consonancia con lo establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que establece en su Disposición Adicional Octava que las referencias que en los textos normativos se efectúen a “minusválidos” y a “personas con minusvalía”, se entenderán realizadas a “personas con discapacidad”.

La definición de “discapacidad” procede del párrafo segundo del artículo primero de la Convención Internacional citada en la Exposición de Motivos. La de “persona con discapacidad necesitada de especial protección” deriva de la definición de dependencia del artículo 2.2 de la Ley 39/2006.

No obstante, la redacción del artículo del Anteproyecto adolece de una enorme amplitud no deseable, y no diferencia entre las deficiencias físicas, las mentales y las sensoriales, de enorme importancia a la vista de los numerosos tipos penales en los que la discapacidad constituye una agravación de la conducta. Además utiliza una fórmula alambicada para definir la discapacidad al señalar “que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones”, definición que puede acarrear en la práctica problemas de interpretación que hagan ilusorios los propósitos de la reforma de dotar de especial protección, con carácter general, a los discapacitados.

La definición actual de persona incapaz del art. 25 no ofrece problemas que vengan a solucionarse con esta modificación.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Decimoquinto

Se modifica la rúbrica del título II del libro I del Código Penal para adaptarla de nuevo a la desaparición de la referencia a las faltas.

Decimosexto

Artículo 27

La modificación viene motivada por la derogación del Libro III, y consiste en la supresión de la mención a las faltas.

Decimoséptimo

Artículo 30.1

De nuevo se trata de la supresión de la mención a las faltas.

Decimooctavo

Artículo 31.1

En las actuaciones en nombre de otro también se suprime la referencia a las faltas. Es la única modificación del texto del artículo 31.1.

Decimonoveno

Artículo 33.4



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Las modificaciones respecto del texto actualmente vigente consisten en: a) ligera alteración del apartado f), que pasa de decir “de diez días a dos meses” a “inferior a dos meses”, probablemente por la regla establecida en el artículo 13.4 modificado por el Anteproyecto; b) supresión de los apartados g) y h) relativos a la localización permanente y a los trabajos en beneficio de la comunidad, que desaparecen como penas leves.

De todos modos, en el artículo 33 se echa de menos la consignación, dentro del catálogo de penas graves –o mejor, muy graves- de la pena de prisión permanente revisable. Ciertamente, el artículo 33.2 a) se refiere a la pena de prisión superior a cinco años, pero nada dice de la nueva pena. Las peculiares características de esta pena hacen conveniente su mención expresa y diferenciada de la pena de prisión, que siempre tiene un plazo cierto de duración.

Además, el art. 33.4 no contempla la localización permanente entre las penas leves. Sin embargo, se prevé en la reforma (art. 53.1) que en esa forma se cumpla el arresto sustitutorio en caso de impago de multas leves, por lo que no debería desaparecer del catálogo de penas leves.

Vigésimo

Artículo 36.3 y 4

El apartado tercero regula el acceso al tercer grado penitenciario y los permisos de salida de los reos condenados a la pena de prisión permanente revisable y establece unos periodos de seguridad durante los cuales no va a ser posible ni el tercer grado ni los periodos de seguridad.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Sería conveniente reformar los artículos 47 y 48 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que regula la concesión de los permisos de salida, para coordinar ambos textos.

La regulación muestra el influjo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, que ha deducido del principio constitucional de resocialización y del mandato constitucional de proporcionalidad un deber de las autoridades encargadas de la ejecución de las penas de relajar la ejecución y de garantizar los permisos de salida, fundados en que el interés del condenado en ser protegido de las consecuencias dañosas de su larga permanencia en prisión durante años y en mantener sus aptitudes vitales, tiene tanto más peso cuanto más se prolongue en el tiempo la ejecución de la pena privativa de libertad (BVerfG ZfStrVo, 1998). Esta obligación se concreta cuando el penado está próximo a cumplir los requisitos necesarios para lograr la suspensión del resto de la pena y ésta ya solo depende de una prognosis favorable. En estos casos la autoridad de ejecución no puede negar sin especial fundamento estas medidas (por ejemplo, con una ponderación abstracta del riesgo de abuso del permiso o de fuga), porque su conducta durante tales permisos será un dato relevante para fijar esa prognosis favorable.

El apartado cuarto del artículo 36 muestra una modulación del sistema para los casos de enfermos muy graves con padecimientos incurables, fundado en motivos humanitarios y de dignidad humana, siempre que exista dificultad para delinquir y escasa peligrosidad, en paralelo con lo dispuesto para la suspensión del resto de la pena, institución a la que ésta que comentamos prepara, en el nuevo artículo 91.1, segundo inciso.

Por otra parte, el artículo 36.1 debería hacer una delimitación de la prisión permanente y el tiempo y circunstancias de su revisión, antes de entrar a fijar,



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

como hace, la duración máxima y mínima de la pena de prisión, que debería configurar el apartado 2 del citado artículo. Los apartados 3 y 4 deberían, entonces, pasar a formar parte del postulado apartado 1.

Vigésimo primero

Artículo 40.4

La modificación propuesta consiste en ampliar el límite mínimo de duración de la pena, que pasaría de un día a 31 días. El cambio obedece a que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad desaparece del catálogo de penas leves, donde tenía prevista una duración de un día a tres meses, y se mantiene como pena menos grave, con una duración de treinta y uno a ciento ochenta días (art. 33.3 k)).

Vigésimo segundo

Artículo 48.1

La modificación, una vez más, se limita a suprimir, junto al “delito”, la mención de la “falta”, por la desaparición del Libro III del Código Penal.

Vigésimo tercero

Artículo 53.1

Se sustituye la referencia actualmente vigente a “tratándose de faltas” por la de “tratándose de delitos leves”, dado que las faltas en las que se ha optado por su inclusión en el Libro II pasan a ser tratadas como “delitos leves”.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Vigésimo cuarto

Artículo 57

La reforma de este artículo viene motivada por la desaparición del Libro III del Código Penal, dedicado a las faltas. Por ello, desaparece el vigente apartado tercero del artículo 57, que establece que *también podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un periodo de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620*, y su contenido esencial se añade a los apartados primero y segundo. En concreto, al final del primer párrafo del apartado 1 se añade “o de un año, si fuere leve” el delito (el plazo de duración de las prohibiciones del art. 48) y la misma adición se produce al final del apartado 2.

Ahora bien, estando previsto para determinados delitos que se imponga, junto a la pena de prisión, alguna de las prohibiciones establecidas en el art. 48, y el cumplimiento simultáneo de ambas penas en los delitos graves y menos graves, carece de sentido que no se establezca idéntica norma cuando se trata de delitos leves. En estos delitos sería aconsejable la imposición de dichas prohibiciones por un tiempo superior entre uno y dos años al de la pena privativa de libertad.

Vigésimo quinto

Artículo 66

Las modificaciones que propone la nueva regulación del artículo 66 son, en esencia, las siguientes:



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Desaparición de la llamada “multirreincidencia”, que se contiene en el actual 66.5 CP, que fue erradicada por la Reforma parcial y urgente de 1983 y reintroducida en el Código por la LO 11/2003, de 29 de septiembre.

-Nuevo tratamiento de la reincidencia, cuya concurrencia no hará necesario imponer automáticamente la pena en su mitad superior.

-Respecto de los delitos leves, la aplicación de las penas con el prudente arbitrio de jueces y tribunales, sin sujeción a las reglas del apartado 1, como sucede en el actual 638 CP en relación con las faltas.

Esta nueva regulación merece una favorable acogida, dado que el Anteproyecto trata de establecer otras medidas más adecuadas para el tratamiento de los reos no primarios, diferentes a la mera exacerbación de la pena por el nuevo hecho cometido.

Vigésimo sexto

Artículo 70.4

La incorporación de la pena de prisión permanente revisable requería establecer cuál es la pena inferior en grado a la misma. La cuantía de la pena se obtiene del juego de los artículos 36.1, que en principio establece un máximo de 20 años a la pena privativa de libertad y del artículo 70.1.3.1º, que determina la superior en grado de la pena de prisión de aquélla en 30 años.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Vigésimo séptimo

Artículo 71.1

La modificación consiste en la supresión del añadido final del artículo “sin que ellos suponga la degradación a falta”, motivado por la desaparición del Libro III del Código Penal.

Con todo, ha de tenerse en cuenta que se modifica por el Anteproyecto el apartado primero del artículo. Sin embargo, se deja intacto el apartado segundo que establece la obligatoriedad de sustituir las penas de prisión inferiores a tres meses, remitiendo a las normas fijadas en la Sección 2ª del Capítulo III del Título, cuando dicho artículo 88 ha sido suprimido en el Anteproyecto y derogado el contenido del artículo 88, que establecía las reglas de conversión. El apartado segundo debe ser derogado.

Vigésimo octavo

Artículo 74

Según se expresa en la Exposición de Motivos la modificación de la regulación de la figura del delito continuado responde a la finalidad de evitar las consecuencias que conlleva la aplicación de unos límites penológicos que pueden dar lugar a penas arbitrarias en algunos supuestos de reiteración delictiva.

Con esta finalidad se limita la aplicación de la figura del delito continuado, que *queda reducida a los supuestos de conductas delictivas cercanas en el espacio y en el tiempo*. También se revisa el sistema de fijación de las penas, de modo



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

que en estos casos deberá imponerse la *superior a la pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto para la infracción más grave y que no exceda de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones*. De este modo se evita la situación actual, en la que de modo no infrecuente, la reiteración delictiva no tiene reflejo en la agravación de la pena ya impuesta por uno o varios delitos semejantes ya cometidos.

La expresada modificación es valorada positivamente por el Consejo Fiscal, toda vez que con la reducción del ámbito de aplicación de la figura del delito continuado a conductas delictivas cercanas en el espacio y en el tiempo, así como mediante la concreción de la pena a imponer, se produce una efectiva disminución de la arbitrariedad en numerosos supuestos que en la actualidad se viene aplicando dicha figura.

Tal modificación es acompañada de la supresión de denominado “delito masa” actualmente regulado en el párrafo segundo del artículo 74 del Código Penal, cuyo objeto es castigar adecuadamente las defraudaciones de *notoria gravedad* que hubiere perjudicado a una *generalidad de personas* con la imposición motivada de la pena superior en uno o dos grados. Con la modificación, el prelegislador opta por que la respuesta penal cuando concurren las expresadas circunstancias de continuidad, gravedad de la conducta y generalidad de afectados, se realice mediante la aplicación de la regulación genérica del delito continuado con atención al perjuicio total causado en la individualización de la pena y, en su caso, con la agravación correspondiente al delito patrimonial, respecto de los que también se producen modificaciones en los catálogos sus agravantes específicas.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Se valora positivamente la expresa exclusión de la aplicabilidad de la figura de delito continuado a los delitos sexuales en general, aún cuando los delitos afecten al mismo o a diversos sujetos pasivos. De esta forma también se supera la inseguridad jurídica que supone el vigente inciso último del artículo 74.3 que supedita la aplicación o no de la continuidad delictiva a la naturaleza del hecho y del precepto infringido.

Vigésimo noveno

Artículo 76

La modificación del artículo 76 se valora positivamente por el Consejo Fiscal, en cuanto responde al objetivo de mejorar técnicamente su redacción, fijando con claridad las condiciones en las que proceda la aplicación de los límites de condena que hayan sido impuestas en diversos procedimientos.

Se introduce el apartado señalado con la letra e) en concordancia con la nueva pena de “prisión permanente revisable“, en cuyo caso, no se aplican los límites del nº 1 del 76, sino un tratamiento diferenciado que se centra en las peculiaridades de la nueva pena de prisión indeterminada relativamente.

También se considera acertada la exclusión de la penas leves del computo que se regula en este artículo, y sobre todo la novedosa redacción del apartado segundo del artículo, que resolverá los problemas de interpretación en materia de acumulación al suprimirse la necesidad de conexión entre los diversos delitos, para permitir la aplicación a todos los delitos que se hubieren podido enjuiciar en el mismo procedimiento. Lo cual acoge la posición del Tribunal Supremo al interpretar la aplicación del precepto actualmente en vigor.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Trigésimo

Artículo 77

Se modifica las reglas penológicas referidas al denominado concurso medial, es decir, cuando un mismo sujeto ejecute dos infracciones y *una de ellas sea medio necesario para cometer la otra*.

En el vigente art. 77 se equipara penalmente este concurso de infracciones con el denominado concurso ideal, que se produce en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones. La consecuencia penal para ambos concursos se concreta en los párrafos segundo y tercero del citado artículo 77 mediante la aplicación de la mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Si la pena computada excede de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

Este régimen se mantiene para el concurso ideal, pero se modifica para el concurso medial, supuesto en el que *se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el Juez o Tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66 del este Código*.

El Consejo Fiscal valora positivamente esta modificación, toda vez que carece de justificación la idéntica respuesta penal que en la actualidad se otorga al concurso ideal y al medial. En este último no concurre la conexión teleológica de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

unidad de hecho, que constituye el fundamento de la asignación de un régimen punitivo más benigno al concurso ideal. El concurso medial en realidad constituye una modalidad de concurso real. Por ello, se estima razonable diferenciar la respuesta penal de ambas figuras.

Trigésimo primero

Se modifica el apartado 2 del artículo 78

El Consejo Fiscal estima que mediante la reforma en realidad se refunden los actuales apartados 2 y 3 del vigente artículo 78. Aunque en el Anteproyecto únicamente se modifica el apartado 2, no tiene sentido que quede vigente el apartado 3, por lo que se debería explicitar que se modifican los apartados 2 y 3.

El proyectado apartado 2 de este artículo establece que en los supuestos de delitos de terrorismo la aplicación de los beneficios penitenciarios se computarán sobre la suma total de las penas impuestas, con las siguientes particularidades: al tercer grado se accederá cuando reste por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento. Como dicho límite a tenor lo establecido en el apartado d) del art. 76 es de 40 años, la progresión al tercer grado requerirá el transcurso de 32 años.

Este apartado entra en flagrante contradicción con los apartados 1 y 3 del nuevo art. 78 bis. En efecto, en el primero de estos apartados se establece que en el caso de condena por varios delitos y uno de ellos (ap. a) y dos o más de ellos (ap.b) estén castigados con la pena de prisión permanente revisable, pena de indudable mayor gravedad que las del artículo anterior, el acceso al



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

tercer grado requerirá un tiempo menor de cumplimiento: de 18 (ap. 1.a) o 22 (ap. 1.b) años, respectivamente.

Pero la contradicción es mayor todavía con el apartado tercero, en el que se establece que tratándose de delitos referentes a organizaciones y de terrorismo, en lo supuestos en que la condena sea por varios delitos, uno o dos de ellos castigados con pena de prisión permanente revisable, el acceso al tercer grado requerirá el cumplimiento de 22 (ap.1. a) y 32 (ap. 1.b) años, respectivamente.

El Consejo Fiscal estima que no tiene sentido que se establezca un plazo superior de acceso al tercer grado en los supuestos de varias condenas, ninguna de ellas sancionada con la pena de prisión permanente revisable, que cuando una o dos o mas delitos estén sancionados con pena de prisión permanente revisable. Por ello, se estima preciso que se revise la redacción de estos preceptos.

Trigésimo segundo

Se introduce un nuevo artículo 78 bis

Este nuevo artículo regula los requisitos para la progresión al tercer grado penitenciario en los supuestos en los que el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable. Como se ha indicado en el anterior comentario referido a la nueva redacción del apartado 2 del artículo 78, se producen contradicciones entre ambos textos, estimándose que deberían ser subsanados.



Trigésimo tercero

Artículo 80 (suspensión condicional)

El Anteproyecto reestructura los substitutivos penales regulados en el Capítulo 3º del Título III del Libro I CP, integrando la substitución de penas en la figura de la suspensión condicional y reconduciendo los fundamentos de la libertad condicional a los de la suspensión.

Su Exposición de Motivos (apartado IV) alude a un modesto objetivo procedimental –agilizar la fase inicial de la ejecución de las penas de prisión– dirigido a poner punto final a una situación en la que, se dice, *la existencia de una triple regulación de la suspensión (suspensión ordinaria, suspensión para el caso de delincuentes adictos al consumo de drogas, y substitución de la pena) da lugar, en muchas ocasiones, a tres decisiones sucesivas que son objeto de reiterados recursos de reforma y apelación.*

Para conseguir este objetivo el Anteproyecto mantiene *los diversos supuestos de suspensión y substitución de la pena, pero como alternativas u opciones posibles que ofrece el régimen único de suspensión. De este modo se asegura que Jueces y Tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no una sola vez, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas.*

El problema que anuncia la exposición de motivos adolece de cierta artificiosidad, pues la actual regulación de los institutos de la suspensión condicional y la substitución de penas, tan estrechamente conectados, no impide al penado invocar en unidad de acto la aplicación de ambos, ni exime al juez o tribunal de la obligación de dar condigna respuesta a ambas pretensiones, tal y



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

como se reconoce en la STC 176/2007, de 23 de julio: *A tenor de lo expuesto debe concluirse que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del recurrente en amparo, ya que resultaba exigible que la Audiencia Provincial hubiera dado respuesta expresa a la pretensión subsidiaria de sustitución de pena, por tratarse de una pretensión específica (y no de una mera alegación como parece darse a entender en la providencia de 3 de mayo de 2005), que está relacionada además, en este caso, de manera inmediata (puesto que la no sustitución determina el cumplimiento de una pena privativa de libertad) con el derecho fundamental a la libertad personal que garantiza el art. 17.1 CE, debiendo recordarse que, de acuerdo con la doctrina constitucional citada, "todo motivo de recurso atinente a un derecho fundamental requiere una respuesta expresa" (SSTC 67/2000, de 13 de marzo, FJ 2; 53/2001, de 26 de febrero, FJ 3; 27/2002, de 11 de febrero, FJ 6; y 9/2003, de 20 de enero, FJ 5, por todas). En consecuencia, procede otorgar el amparo solicitado, anulando las resoluciones judiciales impugnadas y ordenando que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior al dictado del Auto de 15 de marzo de 2005, para que la Audiencia Provincial se pronuncie sobre la pretensión subsidiaria del recurrente relativa a la aplicación del beneficio de sustitución de pena.*

Por otra parte el análisis del texto articulado pone de manifiesto una voluntad transformadora mucho más rupturista de lo que parece dar a entender la parte expositiva, pues al amparo de las anteriores consideraciones procedimentales, lo que se está haciendo es abolir la autonomía del instituto de la sustitución de penas, creado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre que aprobó el vigente Código Penal, suprimiendo la dualidad de substitutivos de penas actualmente vigente, mediante la absorción de la sustitución en el régimen general de la suspensión condicional.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Apartado 1: fundamento de la suspensión condicional

El primer rasgo que llama la atención del nuevo texto en materia de sustitutivos de las penas privativas de libertad de corta duración es la aparente desaparición del elemento normativo de la peligrosidad criminal del penado como criterio fundamentador de la concesión o denegación de la suspensión condicional.

En efecto, mientras que el párrafo segundo del artículo 80.1 CP vigente dice que los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada en la que *se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto*, el nuevo art. 80.1, en su párrafo primero centra la aplicación de la suspensión a los casos en que *sea razonable esperar que la mera imposición de la pena que se suspende resulte suficiente para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos*.

Con esta formulación el Anteproyecto focaliza el beneficio en un perfil criminológico sumamente limitado, pues remite a un delincuente primario u ocasional, socialmente integrado, para el que la declaración judicial de culpabilidad y la imposición de la pena, sin necesidad de ulterior ejecución, ejerce un efecto intimidatorio suficiente para precaver todo riesgo de reincidencia.

Una aplicación literal del fundamento propuesto, tal y como aparece redactado, vincularía el beneficio de la suspensión condicional a personas de peligrosidad nula o casi nula, y restringiría más allá de lo razonable la discrecionalidad judicial y su esfera de aplicación. Resultaría recomendable, por ello, encontrar



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

una formulación más amplia de los diversos supuestos de hecho que serían merecedores del sustitutivo penal.

Esta ausencia de peligrosidad criminal es, por otra parte, incongruente con la exigencia al penado del cumplimiento de los deberes, obligaciones y prohibiciones de la clase y naturaleza que autoriza el proyectado art. 83, pues todos ellos presuponen, con un subyacente sentido preventivo-especial, la concurrencia en el penado de factores de riesgo que la mera declaración judicial de culpabilidad no basta para neutralizar. Estas reglas de conducta añadidas a la condición de no delinquir durante el tiempo de suspensión, carecerían de todo sentido si la mera imposición de la pena hubiera bastado para conjurar el riesgo de una recaída en el delito. El propio art. 83.1 matiza que podrán imponerse *cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos*.

Resulta por ello muy sugestivo que el párrafo segundo del art. 80.1 precise que *para adoptar esta resolución el Juez o Tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, la personalidad del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas*, pues de este modo lo que la norma propone a la autoridad judicial es, en definitiva, atenerse a criterios de decisión que se fundan en la apreciación de un grado variable pero perceptible de peligrosidad criminal, particularmente cuando alude a la personalidad del penado, antecedentes, circunstancias familiares y sociales, así como a los efectos que quepa esperar del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, medidas dirigidas en último término a neutralizar los rasgos y tendencias personales reveladoras de una propensión al delito.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Tampoco tendría sentido proponer como modelo criminológico el delincuente ocasional y primario cuando se aspira, como hace el Anteproyecto, a integrar en un régimen básico común figuras como la suspensión de la condena de los drogodependientes, o la sustitución por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, que también proyectan su esfera de aplicación a delincuentes reincidentes.

Se puede afirmar por ello que el Anteproyecto no es rupturista en este aspecto, y que el fundamento de la suspensión condicional de las penas privativas de libertad sigue siendo el de evitar el ingreso en prisión de los penados que o bien no necesitan tratamiento resocializador, por estar socialmente integrados y no representar un riesgo para la sociedad, o bien pueden recibirlo fuera del ámbito penitenciario por medio de la exigencia de cumplimiento de obligaciones, prohibiciones o medidas en régimen de libertad bajo prueba.

En definitiva, el sustrato de la suspensión condicional de la pena no debe aparecer en el nuevo texto normativamente dissociado de la idea de peligrosidad criminal y de la correspondiente prognosis de comportamiento futuro, conforme a una constante y reiterada doctrina constitucional que fija la *ratio* del beneficio de la suspensión condicional en la necesidad de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad a los condenados que presenten un pronóstico favorable de comportamiento futuro (SSTC nº 224/1992, de 14 diciembre, 115/1997, de 16 junio, 164/1999, de 27 septiembre, 264/2000, de 13 noviembre, 8/2001, de 15 enero, 110/2003, de 16 junio, 251/2005, de 10 octubre).

No obstante, este planteamiento no implica que sea dable neutralizar la vigencia del principio de prevención general, que en determinadas ocasiones



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

podría justificar la denegación del beneficio pese a la existencia de una prognosis favorable. En general, en el ámbito del derecho comparado lo normal es efectuar alguna mención a las exigencias preventivas generales, y es particularmente ilustrativo el caso alemán, que incorpora el argumento de la defensa del orden jurídico como causa de denegación de la suspensión - párrafo 56 del StGB- cuando la mera declaración de la pena sin su ejecución pueda, en atención a las graves particularidades del caso individual, aparecer como una concesión injustificada ante el delito y afectar por ello a la conciencia jurídica de la población.

Ciertamente la norma proyectada alude a las circunstancias del delito cometido como elemento conformador de la decisión del juez o tribunal, pero se trata de una fórmula muy genérica, por lo que convendría valorar en ulteriores trámites de elaboración del texto la posibilidad de incluir como criterio denegatorio del beneficio que la ejecución de la pena, en atención a las circunstancias del hecho, se represente como necesaria para afianzar la confianza de la sociedad en la vigencia del ordenamiento jurídico.

El Anteproyecto suprime también la exigencia de tomar en consideración la existencia de otros procedimientos penales contra el reo, mención añadida al vigente CP por medio de la LO 15/2003; se trata en todo caso de una supresión irrelevante en la medida en que dicha concurrencia de procedimientos no es sino una manifestación particular de la peligrosidad criminal del reo.

Apartado 2: régimen común, requisitos para su aplicación

El art. 80.2 del Anteproyecto reproduce las tres condiciones clásicas del instituto de la suspensión condicional que el vigente artículo 81 contempla, si bien con algunas variaciones.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

En la condición 1ª se incluye la mención de que para determinar si el penado ha delinquido por primera vez, no se tomarán en consideración las condenas anteriores por delitos leves. Es una inclusión exigida por la propia congruencia sistemática de la norma toda vez que el Anteproyecto suprime el Libro III, de las faltas, y procede a incorporar alguno de los tipos actuales de falta en el Libro II como delitos leves. Es lógico que en la apreciación de la primariedad delictiva del reo no se tomen en consideración estas condenas en atención a su escasa trascendencia material. En este punto la reforma no cambia las cosas, pues conforme al texto vigente las condenas previas por falta no constituyen obstáculo para el disfrute del beneficio.

La condición 2ª corrige y depura la redacción del actual art. 81, proveniente de la reforma operada por la LO 15/2003, que hace referencia a que *la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas no sea superior a dos años*. Es más correcta la redacción propuesta, que recupera la versión original del Código, de *que la pena, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años*.

No se restablece, sin embargo, la exigencia de que las penas, en caso de ser varias, hubieran sido impuestas *en una misma sentencia*, como establecía el tenor de la primera redacción del CP. Entendemos que dicha referencia por su claridad debería recuperarse en el nuevo texto, pues de lo contrario cabe considerar que para determinar si el reo cumple el requisito necesario de la duración máxima de la pena habrían de computarse no sólo la pena o penas impuestas por el juez o tribunal que ha de resolver la aplicación del beneficio, sino también aquellas otras penas impuestas en procedimientos distintos, si hubieran sancionado hechos procesalmente conexos con los enjuiciados en la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

propia causa en los términos del art. 17 LECrim y que hubieran podido ser, en consecuencia, objeto de un solo procedimiento.

Se mantiene como tercera condición para acceder a la suspensión la de haber satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, si bien se suprime la salvedad que recoge el vigente art. 81.3ª de que el juez o tribunal sentenciador haya declarado la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas, después de haber oído a los interesados y al Ministerio Fiscal.

El motivo de la supresión de esta fórmula parece obedecer a la necesidad de imprimir mayor celeridad e inmediatez a la decisión. La Exposición de Motivos afirma que el sistema actual de comprobación previa de la solvencia del reo resulta ineficaz y poco ágil y que dificulta que las decisiones sobre suspensión de la pena se puedan adoptar en la propia sentencia. Por ello se introduce un sistema inverso al actual: el pago de la responsabilidad civil –y la efectividad del comiso- continúa siendo un presupuesto de la suspensión de la ejecución; pero es la ocultación de bienes o el hecho de no aportar información sobre los disponibles o de no facilitar el decomiso acordado lo que determina la revocación de la suspensión ya acordada.

Esta explicación no resulta convincente, pues si el condenado no procede al inmediato pago de las responsabilidades civiles tan pronto gana firmeza la sentencia, ni asume en ese momento un compromiso efectivo y realista de pago bajo la alegación –muy frecuente por otra parte- de que carece por completo de bienes y rentas, será ineludible que el juez o tribunal sentenciador difiera la decisión para proceder a indagar, en el trámite de la correspondiente ejecutoria, la verdadera situación patrimonial del reo con el fin de valorar si está en condiciones de pagar o no. También será preciso que formalice en la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

correspondiente resolución judicial una declaración de solvencia o, en su caso, de insolvencia total o parcial, de la cual emanarán los correspondientes efectos jurídicos.

En esta situación el juez o tribunal no puede otorgar directamente la suspensión condicional y convertir su impago en causa de revocación, pues entonces la satisfacción de las responsabilidades civiles deja de ser condición necesaria del disfrute del beneficio y adquiere un sentido jurídico diferente, ni puede, en sentido contrario, denegar sistemáticamente la suspensión a todo reo que no haya pagado las indemnizaciones que le correspondan, ni haya asumido un compromiso de pago, sin haber comprobado si ese impago es culpable o consecuencia de la alegada impotencia patrimonial del reo, pues tal decisión conllevaría una discriminación por motivos económicos. La experiencia nos dice que en este terreno es muy poco lo que se puede innovar y que la celeridad es incompatible con la motivación y razonabilidad de las decisiones judiciales.

Entendemos por ello que no es conveniente la supresión de la mención que el vigente art. 81.3^a hace a la comprobación patrimonial y declaración de insolvencia.

El art. 80.2 proyectado establece en el párrafo segundo de la condición 3^a que el requisito de la satisfacción de las responsabilidades civiles *se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el comiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido.*

La idea de incluir la efectividad del comiso en el núcleo de condiciones exigibles para el otorgamiento de la suspensión es acertada si se enfoca desde



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

una perspectiva retrospectiva en atención al momento procesal en que se resuelve la aplicación de dicho beneficio –simultáneo o inmediato a la sentencia condenatoria-. Es obvio que el comiso recaerá sobre los bienes y derechos aprehendidos o identificados en el curso del procedimiento –o sus correspondientes equivalentes económicos-, por lo que a los efectos que aquí nos interesan lo relevante será si a lo largo de su tramitación se han detectado comportamientos del reo reveladores de una voluntad obstructiva de la acción desarrollada por la justicia para su intervención, depósito o embargo. Lo exigible en este momento es que el reo no se haya visto comprometido personalmente en ningún comportamiento que haya supuesto impedimento o traba para la intervención, depósito judicial o embargo de los bienes y derechos susceptibles de comiso. Si posteriormente se comprueba que el penado oculta bienes o derechos, o se niega a colaborar para su localización, dicha conducta obstructiva pasaría a ser causa de revocación del beneficio.

Apartado 3: régimen especial de suspensión-sustitución

El Anteproyecto contempla un régimen común o general de suspensión condicional, regulado en el apartado 2 del art. 80, y dos regímenes singulares, regulados en los apartados 3 y 5 del mismo precepto, alusivos a un novedoso sistema de suspensión/sustitución y a la ya conocida figura de la suspensión condicional aplicable a drogodependientes y adictos. Ambos asientan su carácter excepcional en el hecho de que permiten exceptuar la aplicación de las condiciones 1ª y 2ª del régimen común de suspensión previsto en el art. 80.2, de modo que pueden beneficiarse de ellos delincuentes reincidentes y condenados a más de dos años de privación de libertad.

El Anteproyecto incorpora al régimen común de la suspensión condicional alguno de los motivos fundadores de la sustitución –en particular, el



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

esfuerzo para reparar el daño causado, art. 80.1- y al régimen especial del apartado 3 del art. 80 los supuestos de sustitución de penas actualmente regulados en el art. 88, creando una figura híbrida de suspensión-sustitución.

Conforme a lo manifestado en la Exposición de Motivos de la norma la reforma se orienta a la creación de una figura ampliada de suspensión, de modo que el tradicional régimen de sustitución de la pena pase a ser regulado como una modalidad de la suspensión, en la que el juez o tribunal pueda acordar la imposición como sustitutivo de una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad efectuando una conversión no automática, de modo que los jueces o tribunales tengan la posibilidad de moderar su importe dentro del límite máximo representado por la aplicación del módulo de conversión.

Lo primero que llama la atención al confrontar las partes expositiva y articulada del texto es que en la exposición de motivos se califica de *penas* a la multa y a los trabajos en beneficio de la comunidad, lo que parece retener el genuino sentido de sustitución de penas que actualmente rige el art. 88 CP, en tanto que el texto del proyectado art. 80.3 las califica de *medidas*, y el del art. 84 de *prestaciones o medidas*, denominaciones en modo alguno irrelevantes, pues al eludir deliberadamente toda connotación punitiva, vienen a confirmar que en el nuevo contexto normativo la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad quedarán homogeneizados con las obligaciones, prohibiciones y deberes establecidas en el art. 83.1 como reglas de conducta condicionantes del disfrute de la suspensión condicional.

Por otra parte, resulta muy significativo que el art. 84 no vincule la opción de exigir al reo el pago de la multa o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad a los supuestos comprendidos en el régimen excepcional del art. 80.3 –cuando no concurren las condiciones 1ª y/o 2ª del art. 80.2-, sino que



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

proclame su aplicabilidad a cualquier supuesto de suspensión condicional y consecuentemente su integración en el régimen común de la suspensión condicional con una fórmula de alcance general: *el Juez o Tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas*. De lo que se sigue que la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad pierden la cualidad de elementos novatorios de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, para quedar reducidos a mera condición de su suspensión temporal.

En consecuencia, podemos razonablemente llegar a la conclusión de que el Anteproyecto rubrica la abolición definitiva de la figura de la sustitución de penas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la LO 10/1995 de 23 de noviembre, que ha permanecido vigente desde entonces, con algunas reformas parciales, sin mayores reticencias doctrinales o jurisprudenciales.

El cambio es ciertamente profundo, pues trastoca la teoría y la práctica de los substitutivos penales imperante desde la promulgación del vigente CP, y aunque no se puede negar que constituye una opción de política legislativa perfectamente legítima, cabe cuestionar la necesidad o la oportunidad de emprender en estos momentos tan rotundo cambio, atendiendo singularmente al hecho de que las formas substitutivas de las penas cortas privativas de libertad, en cualquiera de sus modalidades de suspensión y de sustitución, tal y como las conocemos en el capítulo III del título III del Libro I CP, se vienen aplicando con absoluta normalidad.

En todo caso, de considerarse necesario el cambio propuesto, convendría mejorar la sistemática seguida en el Anteproyecto con el fin de dotar de mayor claridad al nuevo régimen jurídico. Si de verdad se pretende que la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad tengan la consideración de medidas o



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

prestaciones condicionantes de la suspensión como elementos de su régimen jurídico común –es decir, de toda forma de suspensión-, lo que habría que plantear en primer lugar es su formal incorporación al elenco de deberes y prohibiciones contemplado en el artículo 83.1.

No obstante, examinada la cuestión con mayor detenimiento, cabe razonablemente dudar que los trabajos y la multa merezcan un mismo tratamiento. Es evidente que los trabajos en beneficio de la comunidad, por su sentido resocializador y su carácter voluntario, encontrarían fácil acomodo en el art. 83.1 como especie del género de deberes previsto en su regla 8ª: *Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.*

Consideración semejante merece el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación, al que se refiere igualmente el art. 84 proyectado y el art. 80.3 como alternativa válida a la satisfacción de las responsabilidades civiles generadas por el delito. Este acuerdo puede contener medidas de reparación material o simbólica cuyo cumplimiento en modo alguno desentonaría en el ámbito de los deberes condicionantes del disfrute de la suspensión condicional del art. 83.1.

La multa, sin embargo, se diferencia de las anteriores medidas en que posee un indeleble sentido punitivo que la hace difícilmente reductible a *regla de conducta*, por lo que no parece aconsejable su incardinación en el art. 83.1. Ello no obsta para que pueda ser aplicada en los supuestos especiales del art. 80.3, cuando aun no cumpliendo el reo la condición 1ª o 2ª del art. 80.2 se considerase, no obstante, oportuno, por razones de prevención especial y resocialización, franquearle el paso al beneficio de la suspensión condicional.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

En definitiva, una reordenación sistemática del art. 83.1 aumentaría considerablemente la claridad del nuevo sistema si pasase a incorporar los acuerdos obtenidos en mediación y los trabajos en beneficio de la comunidad al elenco de reglas de conducta constitutivas del régimen común de la suspensión condicional; previsión por lo demás compatible con la obligada imposición de multa o trabajos establecida en el proyectado art. 80.3, para los casos excepcionales de no cumplimiento de las condiciones 1ª y 2ª del art. 80.2.

Consideración aparte merece el módulo de conversión que el art. 80.3 establece para que el juez o tribunal pueda fijar las cuotas de multa o los días de trabajo condicionantes de la suspensión. Se otorga, ciertamente, una amplia discrecionalidad al juez o tribunal, que ya no está vinculado por la regla fija de conversión actualmente establecida en el art. 88 –dos cuotas-multa/una jornada de trabajo por cada día de privación de libertad-. El juez o tribunal puede establecer otro módulo de conversión más benévolo, siempre y cuando no exceda tal equivalencia. No parece, sin embargo, correcto, que la norma permita el establecimiento por el juez o tribunal de una equivalencia igual o semejante a la prevista en la sustitución clásica, pues ello podría conculcar el principio de proporcionalidad, si va acompañada de la imposición de otras prohibiciones y deberes, y podría igualmente precipitar una extinción anticipada de la condena de todo punto incompatible con la idea de suspensión temporal. De estos problemas se tratará al hablar del art. 84.

El ámbito objetivo de aplicación de este régimen especial de suspensión, tal y como el Anteproyecto lo configura en el art. 80.3, puede resultar excesivo, pues en caso de pluralidad de penas tolera que su suma pueda exceder de dos años, siempre que cada una de ellas individualmente no rebase ese tope.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Téngase en cuenta que la redacción del precepto posibilitaría en principio la concesión de la condena condicional al condenado, por ejemplo, a trece penas inferiores a dos años, ya que no se ha considerado oportuno establecer un límite máximo. Convendría arbitrar en la norma alguna fórmula limitativa a fin de evitar áreas de impunidad

Apartado 4: régimen especial de suspensión por enfermedad grave

El Anteproyecto no introduce ninguna modificación material en la figura especial de suspensión condicional por motivos humanitarios regulada en el art. 80.4 para penados que se encuentren aquejados de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables; la suspensión sigue siendo aplicable a cualquier pena sin sujeción a ningún requisito, salvo que el penado en el momento de la comisión del delito no tenga otra pena suspendida por el mismo motivo. Únicamente se suprime la mención que el vigente art. 80.4 hace a que sean los jueces o tribunales *sentenciadores* quienes acuerden la concesión de la suspensión, supresión que carece de mayor trascendencia pues no altera el contenido de la competencia judicial.

Apartado 5: régimen especial de suspensión condicional para drogodependientes.

Mantiene el fundamento del vigente art. 87 CP: se trata de un régimen especial aplicable a los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a las sustancias señaladas en el número 2 del art. 20 siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

Se conserva el requisito de que las penas privativas de libertad impuestas al reo no sean superiores a cinco años, así como la extensión temporal del plazo de suspensión aplicable a estos casos, que será de tres a cinco años (art. 81.2 Anteproyecto) y tal y como se establece en el vigente art. 87.5 CP, se exige para obtener la remisión de la pena no sólo el transcurso del plazo de suspensión sin haber delinquido el penado, sino además que se acredite su deshabitación o la continuidad del tratamiento, pues de lo contrario se ordenará su cumplimiento salvo que, oídos los informes correspondientes, el juez o tribunal estime necesaria la continuación del tratamiento, en cuyo caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años (art. 87.2 Anteproyecto).

Las novedades del Anteproyecto no afectan por lo tanto a la sustancia sino más bien a determinados aspectos procedimentales de la institución: se suprime, en primer lugar, la audiencia a las partes exigida en el vigente art. 87.1, supresión que no aparece debidamente justificada en la exposición de motivos; dicho trámite en modo alguno es prescindible, pues una resolución en esta materia, afectante a la ejecución de una pena privativa de libertad, no puede ser adoptada *inaudita parte*, sin conculcar directamente el derecho fundamental de defensa del penado (art. 24.2 CE) y de forma mediata su derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.2 CE). Tampoco es prescindible el informe previo del Ministerio Fiscal en concordancia con la posición de garante de los derechos fundamentales y libertades públicas de todos los ciudadanos que le otorga el hecho de tener atribuida la defensa del interés público tutelado por la ley (art. 124.1 CE) y en su ámbito estatutario la función de *velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa -art. 3.3 EOMF- y la de velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social -art. 3.9- títulos competenciales que conllevan su necesaria intervención en este tipo de trámites, lo que no debiera ser omitido en el correspondiente precepto de la reforma penal.

La otra novedad formal se refiere a la libertad que el Anteproyecto otorga al juez o tribunal para ordenar las comprobaciones necesarias para verificar el seguimiento del tratamiento, suprimiéndose la exigencia de que se solicite en todo caso informe del médico forense.

El Anteproyecto suprime la mención del vigente art. 87.2 CP, a que *en el supuesto de que el condenado sea reincidente, el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor;* en este caso la supresión es comprensible por tratarse de una mención superflua, pues la reincidencia no es condición obstativa de este beneficio, el examen de las circunstancias del hecho y del autor es una exigencia del régimen general de la suspensión condicional y la motivación de la resolución es una exigencia básica de toda resolución judicial.

Sí cabe objetar que el régimen jurídico especial de la suspensión condicional para drogodependientes, tal y como se configura en el Anteproyecto, queda fragmentado en varios preceptos –arts. 80.5, 81.2 y 87.2 proyectados– rompiendo la unidad sistemática que caracteriza al vigente art. 87 CP. Sería conveniente que en ulteriores trámites del texto normativo se procurase reunir en un solo artículo el régimen completo de esta modalidad de suspensión.



Trigésimo cuarto

Artículo 81 (plazo de suspensión)

No modifica los plazos de dos a cinco años previsto para las penas privativas de libertad de duración inferior a los dos años y de tres meses a un año previsto para las penas leves en el vigente art. 80.2 CP. Tampoco el plazo especial de tres a cinco años para el régimen especial de drogodependientes, como ya se ha examinado.

Sí se modifica el trámite a seguir para tomar la decisión, pues frente a la *previa audiencia de las partes* exigida en el vigente art. 80.2 CP el artículo proyectado sólo exige la *previa audiencia al Fiscal*. Nuevamente se ha de recordar que la audiencia del penado no es un trámite prescindible y que la regulación legal no debe omitir su mención. Como se declara en la STC nº 248/2004, de 20 de diciembre *el objeto del incidente de ejecución de sentencia es independiente del objeto del proceso penal que finaliza con la sentencia condenatoria, valorándose en él cuestiones que no fueron objeto de debate procesal en el mismo pues carecen de relevancia para la sustanciación de la pretensión punitiva del Estado; y, de otro, que si bien el título jurídico habilitante para la restricción de la libertad personal es la sentencia condenatoria, como hemos declarado en otras ocasiones en relación con esta misma institución, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad afecta al valor libertad por cuanto incide en la forma de cumplimiento de la pena y en el efectivo ingreso en prisión del condenado (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 7/2001, de 15 de enero, FFJJ 2 y 3; 110/2003, de 16 de junio, FJ 4).*

Como recuerda el Ministerio Fiscal, son varios los preceptos del Código penal que específicamente en relación con esta institución requieren la audiencia de las partes e interesados -arts. 80.2, 81.3, 84.2 CP-, y aunque no se establezca



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

de forma expresa en caso de denegación de la suspensión, dicha audiencia constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE), siendo dicha exigencia tanto más relevante en un caso como el presente en el que lo que se dilucida es el cumplimiento efectivo de una pena de prisión mediante el ingreso del condenado en centro penitenciario. Es de aplicación en este caso, dadas las circunstancias que concurren en él, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que al interpretar el art. 5.4 del Convenio europeo de derechos humanos ha declarado que la privación de libertad debe poder ser impuesta o revisada en proceso contradictorio, en igualdad de armas, en el que se otorgue al sometido a restricción de libertad la posibilidad de alegar sobre los fundamentos específicos de dicha restricción (entre muchas, SSTEDH de 24 de octubre de 1979, asunto Winterwerp c. los Países Bajos, § 60; de 21 de octubre de 1986, caso Sánchez Reisse c. Suiza, § 12; de 12 de diciembre de 1991, asunto Toht c. Austria, § 84; de 23 de septiembre de 2004, asunto Kotsaridis c. Grecia, § 29). Por ello, debió darse oportunidad al recurrente de alegar sobre la concurrencia de los requisitos que el Código penal exige para la concesión de dicho beneficio -art. 81 CP-, así como sobre las circunstancias personales con base en las cuales el órgano judicial debía realizar la ponderación de los fines de dicha institución y específicamente la valoración de la peligrosidad criminal del sujeto, según requiere el art. 80.1 CP.

Por otra parte, quizá sea llegado el momento de insertar el trámite de audiencia en el momento procesal oportuno, que no es el previo a la determinación de la duración de la suspensión, sino el momento en que se ha de resolver si se concede o deniega la suspensión condicional. Un seguimiento lineal de la literalidad de la normativa vigente –y de la proyectada- conduciría al absurdo de escindir la resolución judicial en dos momentos sucesivos, el primero para resolver la concesión o denegación de la suspensión condicional, y a



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

continuación, una vez adoptada tal decisión en sentido positivo, para determinar la duración del período de suspensión, en esta ocasión previa audiencia de las partes. La decisión denegatoria no exigiría entonces audiencia alguna.

Aunque la *praxis* judicial no ha seguido estos derroteros, resultaría aconsejable que el texto legal depurase adecuadamente el procedimiento desvinculando el trámite de audiencia del Ministerio Fiscal y del penado de la fijación de la duración del período de suspensión, e incorporándolo al art. 80 proyectado como trámite previo a la adopción de la decisión de fondo sobre la concesión o denegación del beneficio.

Trigésimo quinto

Artículo 82 (cómputo del plazo)

Conforme al tenor literal que el Anteproyecto otorga al art. 82.1 el juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello fuera posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión condicional, previsión esta que se corresponde con el vigente art. 82. La reforma trata de apurar al máximo los principios de celeridad y concentración de actos exigiendo, mediante una regla de naturaleza procedimental que, siempre que sea posible, la decisión sobre suspensión se integre en el contenido de la propia sentencia. Esta regla, sin embargo, tal y como aparece redactada, es de imposible encaje en la ordenación procesal general.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Únicamente en los supuestos de terminación consensuada del proceso penal contempla nuestro ordenamiento procesal que la resolución sobre aplicación de los beneficios de la suspensión o de la sustitución se adopte de forma inmediata posterior, y sin solución de continuidad, con la declaración de firmeza de la sentencia. Pero ni siquiera en estos casos es posible que la decisión forme parte del contenido de la sentencia, pues los meritados beneficios presuponen la previa firmeza de la sentencia condenatoria, la cual debe ser formalmente declarada, para a continuación dar traslado a las partes para que informen sobre la aplicación de los mismos.

Así sucede en el ámbito del procedimiento abreviado, en el que el art. 787.6 LECrim establece que *La sentencia de conformidad se dictará oralmente y documentará conforme a lo previsto en el apartado 2 del art. 789, sin perjuicio de su ulterior redacción. Si el Fiscal y las partes, conocido el fallo, expresaran su decisión de no recurrir, el Juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia, y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta.*

También en el ámbito del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, en los casos de conformidad premial del art. 801 LECrim, cuyo apartado segundo establece que *Dentro del ámbito definido en el apartado anterior, el Juzgado de Guardia realizará el control de la conformidad prestada en los términos previstos en el art. 787 y, en su caso, dictará oralmente sentencia de conformidad que se documentará con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del art. 789, en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal. Si el Fiscal y las partes personadas expresasen su decisión de no recurrir, el Juez, en el mismo acto,*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

declarará oralmente la firmeza de la sentencia y, si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución.

Si la sentencia no se alcanza previa conformidad de las partes, es todavía más difícil que se logre la inmediatez de la decisión sobre suspensión –salvo que el penado, conocido el sentido del fallo, renuncie en el acto y expresamente al recurso que le corresponda y admita la declaración formal de firmeza de la sentencia, cosa muy poco probable-. Se ha de considerar, además, que recurrida la sentencia de instancia, en apelación o casación, la firmeza no se logrará hasta la resolución del recurso por el órgano *ad quem*, quien, por otra parte, carece de competencia funcional para resolver sobre la aplicación de la suspensión condicional.

Estimamos por ello procedente que se suprima la regla introducida en el art. 82.1 de que la suspensión se resuelva en la propia sentencia, por tratarse de una norma incompatible con nuestro procedimiento. Por otra parte, el principio de celeridad en la adopción de este tipo de decisiones queda suficientemente salvaguardado mediante las previsiones contenidas en los artículos 787.6 y 801.2 LECrim, por lo que no parece oportuno incluir ninguna mención adicional en una norma de derecho sustantivo como es la informada.

El apartado 2 del art. 82 establece por otra parte un régimen de cómputo del período de suspensión *desde la fecha de la resolución que la acuerda* y si se ha acordado en sentencia, *desde la fecha en que aquélla hubiera devenido firme*. Esta previsión legal es incompatible con el carácter condicionado de la suspensión y con su supeditación al cumplimiento de deberes, prohibiciones, medidas y prestaciones. En tanto que el suspenso debe tener cabal conocimiento tanto de la suspensión como de las reglas de conducta que le vinculan, el periodo de suspensión en ningún caso podría empezar a correr



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

antes de la notificación personal al penado de la resolución y del consiguiente apercibimiento de las consecuencias que arrostraría en caso de que volviera a delinquir o no cumpliera con las reglas impuestas.

Trigésimo sexto

Artículo 83: deberes y prohibiciones exigibles al suspenso

El Anteproyecto faculta al juez o tribunal para exigir el cumplimiento de determinados deberes y prohibiciones cualquiera que sea la pena suspendida, pues en la nueva redacción del art. 83.1 desaparece el inciso que restringe su aplicación a los casos en que la pena suspendida sea precisamente la de prisión *-en el caso de que la pena suspendida fuese de prisión-*.

Ello comporta que conforme a la nueva ordenación de la materia también en el caso de que se suspenda condicionalmente la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de una multa (art. 53 CP) podrá exigirse el cumplimiento de alguno o algunos de los deberes y prohibiciones previstos en la norma. En cuanto a la pena de localización permanente, aunque técnicamente es una pena privativa de libertad (art. 35 CP) y es virtualmente susceptible de suspensión condicional (art. 80.1 CP) difícilmente se dará el caso de su suspensión, pues la presente reforma penal la extirpa del elenco de las penas leves (art. 33.4), no la contempla en la Parte Especial del CP como pena imponible a delitos menos graves y sólo la mantiene como modo de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de una pena de multa impuesta por la comisión de un delito leve, conforme al nuevo tenor del art. 53.1 proyectado: *Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el artículo 37.1 de este Código. Es evidente que, en estos casos, de concurrir los requisitos necesarios, se suspendería directamente la responsabilidad personal subsidiaria.

El nuevo tenor del art. 83 ratifica además la idea de que estas obligaciones y prohibiciones tienen por razón de ser la constatación de un estado de peligrosidad que precisa ser objeto de tratamiento mediante medidas adecuadas al caso, pues supedita su imposición a los supuestos en que *ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos*. Se introduce igualmente el principio de proporcionalidad en la selección de deberes y prohibiciones al establecer la salvaguardia de que *No podrán imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados*. La reforma en este aspecto se ha de estimar acertada.

En lo que respecta al elenco de prohibiciones y deberes establecido en el art. 83.1 procede hacer algunas consideraciones.

1ª.- Prohibición de aproximarse a la víctima o a otros miembros de su familia que se determine por el Juez o Tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada.

Se corresponde con el art. 83.1.2ª CP actual. La reforma no incluye la posibilidad de que el juez o tribunal prohíba al suspenso aproximarse a otras personas distintas de la familia de la víctima. Convendría que se incluyese tal posibilidad, pues en ocasiones personas relacionadas con la víctima mediante



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

vínculos distintos del parentesco pueden estar en situación de riesgo y necesitadas de igual protección. También llama la atención que no se contemple la prohibición de comunicarse con la víctima, con los miembros de su familia o con otras personas que determine el juez o tribunal, como sí hace el vigente art. 83.1.2^a. Se trata de una omisión que habría de salvarse en ulteriores trámites de la reforma.

2^a.- Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando se trate de individuos de los que pueda sospecharse que pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo. También se le podrá prohibir establecer relación, ofrecer empleo, facilitar formación o albergar a cualquiera de las personas mencionadas.

Se trata de una prohibición nueva, que no guarda correspondencia con ninguna de las previstas en el vigente art. 83.1 CP. En términos generales representa un avance encomiable, porque en este caso no se trata de evitar el contacto con la víctima o su familia para la debida protección de éstos, medida debidamente contemplada en el epígrafe anterior, sino de precaver la mala influencia y el potencial impacto criminógeno que la relación del suspenso con determinadas personas o grupos de personas le puede reportar. Es una medida muy adecuada para tratar de alejar de su entorno a miembros de bandas juveniles, por ejemplo, o para desarraigar hábitos antisociales de fácil propagación en ciertos ambientes o círculos de relación. Resulta, sin embargo, un tanto sorprendente que la norma extienda la casuística de la prohibición a conductas en sí misma inocuas, como ofrecer empleo o facilitar formación. Resulta difícil entender el contexto que tratan de evocar dichas conductas, aparentemente alejado de toda marginalidad, por lo que el apartado no



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

perdería ningún valor, antes bien, lo incrementaría, si se suprimiese este inciso final.

La redacción de este apartado debe mejorarse, pues tal y como aparece redactado la mera sospecha se convierte en elemento normativo determinante de su aplicación, con grave perjuicio de la seguridad jurídica y se incorpora como criterio a una decisión que se adopta en ejecución de sentencia, sin relación alguna con la precedente sentencia de condena. Entendemos que solamente cabría imponer dicha prohibición si se declara probada en la sentencia la citada relación con dichas personas o grupos determinados.

3ª.- Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo sin autorización del Juez o Tribunal. Presenta cabal semejanza con el art. 83.1.3ª CP, que establece la prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida, por lo que tiene un sentido continuista, si bien el texto proyectado tiene un alcance más amplio, pues abarca no sólo las ausencias ocasionales o por tiempo limitado, sino el traslado del lugar de residencia con vocación de permanencia.

4ª.- Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos. Comprende en realidad dos prohibiciones distintas, la de residir y la de acudir al mismo. Sería más oportuno dotar de autonomía a la prohibición de acudir a determinados lugares, como se hace en el vigente art. 83.1.1ª CP, pues el ámbito de influencia negativa sobre la personalidad del reo no siempre ni necesariamente va a estar localizado en su lugar de residencia.

5ª.- Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el Juez o Tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

determine, para informar de sus actividades y justificarlas. Ofrece un contenido muy semejante al vigente art. 83.1.4ª CP, si bien añade la mención a las dependencias policiales como posible centro de control de sus actividades.

6ª.- Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares. Se corresponde con la previsión del vigente art. 83.1.5ª CP, con el añadido de los programas de igualdad de trato y no discriminación, en consonancia con las necesidades de intervención sobre sujetos condenados por la comisión de actos de violencia de género.

7ª.- Participar en programas de deshabituación al consumo de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes. El texto vigente del art. 83.1 CP no contempla de modo explícito esta medida, si bien podría encontrar apoyatura en la cláusula residual del apartado 6º. La mención no es en modo alguno superflua, pues el régimen especial de suspensión contemplado en el proyectado art. 80.5 CP exige una vinculación funcional de la adicción con la comisión del delito –el delito se comete a causa de la adicción- que no siempre se produce. Para estos supuestos es perfectamente asumible la aplicación del régimen general y la imposición de la regla de conducta prevista en este apartado.

Debiera en todo caso incluirse en el nuevo enunciado una mención expresa a los tratamientos de deshabituación al alcohol –que no aparecen mencionados- así como las terapias específicamente dirigidas a superar cualesquiera otros comportamientos adictivos, aunque no tengan relación con el consumo de sustancias, *v. gr.* la ludopatía.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

8ª.- Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. Se corresponde literalmente con la cláusula residual del vigente art. 83.1.6ª CP; su mantenimiento es un acierto, toda vez que el juez o tribunal puede exigir otras reglas de conducta adecuadas a las circunstancias personales del penado y a sus necesidades de intervención resocializadora.

Como se ha indicado *supra* debería considerarse la posibilidad de incorporar a este listado de deberes y prohibiciones, que con vocación de cimentar un régimen común del instituto de la suspensión se efectúa en el art. 83.1, la exigencia del cumplimiento por el penado de los compromisos que hubiera adquirido con la víctima en el marco de un procedimiento de mediación. Es cierto que este supuesto está comprendido en el proyectado art. 84.1, y que el citado precepto faculta al juez o tribunal para su imposición sin mayores restricciones como alternativa a la satisfacción de las responsabilidades civiles, pero desde un punto de vista sistemático ganaría en claridad el conjunto de la regulación si apareciese incorporado al art. 83.1, donde se contiene el régimen común de la suspensión condicional, disipando cualquier duda que pudiera generar el hecho de que el art. 84.1 CP aparezca asociado al régimen excepcional de suspensión condicional del art. 80.3 CP –aplicable a los supuestos en que no concurren las condiciones 1ª y 2ª del art. 80.2-. De igual modo y por los mismos motivos cabría plantear la inclusión en el listado común del art. 83.1 de los trabajos en beneficio de la comunidad.



Trigésimo séptimo

Artículo 84: mediación, suspensión-sustitución

El artículo 84, tal y como resulta redactado en el Anteproyecto, introduce la mediación por primera vez en nuestro ordenamiento penal e integra la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad entre las medidas o prestaciones condicionantes de la suspensión condicional, consecuencia de la opción del prelegislador de integrar la sustitución de penal actualmente regulada en el artículo 88 CP en el régimen general de la suspensión.

Nada hay que objetar a la integración de los compromisos obtenidos en un procedimiento de mediación en el ámbito de la suspensión. Dispone el art. 84 que el juez o tribunal podrá también condicionar la suspensión al *cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación*. Lo que no se contempla en la norma es el procedimiento que se ha de seguir para intentar dicha mediación entre penado y víctima. Lo propio es que tal procedimiento se regule fuera del Código Penal, en una reforma de la LECrim o en Ley aparte. Por otra parte, habría de contemplarse un efecto suspensivo al intento de mediación, de modo que declarada firme la sentencia condenatoria, si se solicitase la sujeción del asunto a mediación, sería conveniente que se previera un plazo razonable de suspensión temporal del trámite de la ejecutoria –un mes- dentro el cual se habría de procurar por el correspondiente equipo de mediación acercar a las partes y tratar de conseguir un acuerdo. También sería preciso regular reglamentariamente, otorgando la correspondiente habilitación al Gobierno, la composición y funcionamiento de tales equipos.

En todo caso, el Consejo Fiscal considera que si se introduce la eficacia jurídica de la mediación en el Código Penal, tal reforma sustantiva debiera



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

estar simultáneamente acompañada de una reforma procesal que de cauce a esta previsión.

En lo que respecta a la integración de la multa y de los trabajos en beneficio de la comunidad en el régimen de medidas o prestaciones condicionantes de la suspensión, nos remitimos a lo indicado *supra*: los trabajos en beneficio de la comunidad pueden tener un fácil encaje, por su significado resocializador, junto a las restantes reglas de conducta del art. 83.1 CP. La multa, por el contrario, resulta de más dudosa imbricación por su contenido punitivo.

En todo caso debiera moderarse el módulo de equivalencia de la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad con la pena de prisión que se recoge en el proyectado art. 84, pues hay que tener en cuenta que ya no cumplen la función de penas sustitutivas de la prisión, sino que pasan a ser reglas de conductas integradas en la suspensión. Si, como establece el precepto en la redacción proyectada, el importe de la multa impuesta al suspenso *no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión*, y los trabajos en beneficio de la comunidad no podrán exceder en su duración *de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión*, resulta que el juez o tribunal podrá imponer un módulo de conversión idéntico o muy semejante al actualmente previsto en el art. 88 CP, lo cual puede generar una cierta desproporción si además opta por imponer alguno de los deberes y prohibiciones que se contemplan en el art. 83.1, haciendo excesivamente gravosa la suspensión.

Además, el pago de la multa o el cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad conservan el efecto extintivo de la pena suspendida, como claramente establece el proyectado art. 86.2 al señalar que *en el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos. Sin embargo, el Juez o Tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a sus apartados 2 y 3. Este abono puede hacer perder todo su sentido a la suspensión condicional, pues pagada la multa o cumplidos los trabajos, la revocación, en caso de incurrir el penado en nuevo delito dentro del período de suspensión carecería de todo efecto, al haber quedado consumida la pena.

Razones de proporcionalidad y de conservación de la eficacia disuasoria del período de suspensión condicional militarían a favor de establecer un tope a las medidas de multa o trabajos, de modo que su imposición sólo comprendiese una porción de la pena suspendida –no más de la mitad o los dos tercios del total de la condena, conforme al módulo de conversión que establezca el juez o tribunal a su arbitrio, por ejemplo- dejando un remanente suficiente de pena suspendida que sólo se extinguiría al producirse la remisión.

El Consejo Fiscal considera igualmente que debiera especificarse que en los supuestos de violencia de género la sustitución puede tener lugar por trabajos en beneficio de la comunidad pero no por multas.

Por otra parte se considera que debiera suprimirse en el numeral 3º del art. 84 al expresión “simbólica”, por considerarse inadecuada.

Trigésimo octavo

Artículo 85: modificación de los deberes y prohibiciones

El nuevo tenor del art. 85 otorga amplia libertad al juez o tribunal para modificar o alzar las reglas de conducta inicialmente establecidas para la concesión de la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

suspensión. Nada hay que objetar al ensanchamiento de la discrecionalidad judicial en este aspecto, pues el dinamismo inherente a toda intervención encaminada a la resocialización del infractor demanda flexibilidad y adecuación a la evolución de su personalidad y circunstancias. Debiera hacerse, no obstante, la oportuna salvedad en la norma de que no se excediera la proporcionalidad que estas reglas deben observar en relación a la gravedad del delito y de la pena impuesta, en el caso de que se optase por añadir nuevas reglas a las anteriormente establecidas.

Trigésimo noveno

Artículo 86: régimen de revocación

El art. 86, tal y como resulta del Anteproyecto, establece el régimen de revocación de la suspensión condicional. Se efectúa una adecuada discriminación de los supuestos de incumplimiento de deberes y prohibiciones, de modo que si el incumplimiento ha sido grave o reiterado determinará por sí solo la revocación, y si no ha sido grave o reiterado, el juez o tribunal quedará facultado para *a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas; b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.*

Desde un punto de vista formal, quizá sería más correcto fusionar los supuestos 2) y 3) del apartado 1, pues en el nuevo contexto normativo en el que desaparece el instituto de la sustitución, todos ellos refieren a reglas de conducta de valor equivalente integradas en el régimen general de la suspensión condicional.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Como novedad de calado, el art. 86.1.4) prevé que la elusión del comiso en fase de ejecución constituya causa de revocación, lo cual se estima acertado: *Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo comiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

Cuadragésimo

Artículo 87: Remisión de la pena

Se contempla en el apartado 3 de este precepto un nuevo criterio de revocación de la suspensión por nueva condena que por razones técnicas debiera desgajarse del presente artículo e integrarse en el régimen de revocación que regula el art. 86. Dice el apartado 3 que *El Juez o Tribunal acordará la revocación de la suspensión y ordenará la ejecución de la pena conforme a lo dispuesto en el apartado 1) del artículo 86.1, cuando el penado hubiera sido condenado con posterioridad a la finalización del plazo de suspensión por un delito cometido con anterioridad a la misma. En este caso, la revocación de la suspensión solamente podrá ser acordada si no hubiera transcurrido más de un año desde la terminación del plazo de suspensión, y deberá acordarse dentro del plazo de seis meses desde la firmeza de la sentencia de condena.* Su objetivo es claro, reducir el ámbito de impunidad que actualmente facilita el retraso en la tramitación de las causas estableciendo la reversibilidad de la remisión de la pena, dentro de ciertos límites.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Es correcta la salvaguardia de la seguridad jurídica que se introduce al fijar un límite temporal de un año. Es mejorable sin embargo la redacción del precepto cuando indica que la condena ha de referirse a un delito cometido *con anterioridad a la misma (finalización de la suspensión)*, resulta más claro decir que se trate de delito cometido durante el periodo de suspensión. También es necesario depurar el plazo, pues la norma en realidad fija dos plazos, un año desde la terminación del plazo de suspensión y seis meses desde la firmeza de la sentencia de condena; no parece necesario este último, pues una vez se fija el plazo máximo para la revocación carece de sentido la referencia a la fecha de firmeza de la sentencia, que en todo caso deberá haberse dictado dentro del plazo máximo del año, evitándose así interpretaciones erróneas de la norma.

Por otra parte, la reforma propuesta obliga a revisar el texto del art. 130.1.3º CP, que regula la remisión definitiva como causa de extinción de las responsabilidades penales, pues la actual remisión que el citado precepto efectúa al art. 85.2 debe ser corregida y sustituida por el art. 87.1, y no estaría de más reformar igualmente su contenido, pues una vez que se admite que la remisión de la condena está sujeta a la condición resolutoria de que el penado no sea condenado en sentencia firme durante el año siguiente, convendría incluir en el art. 130.1.3º la salvedad de que la extinción de la responsabilidad será efectiva al producirse la remisión de la condena, salvo que el penado sea condenado en el año siguiente en los términos previstos en este precepto.

Cuadragésimo primero

Se suprime la rúbrica “Sección 2ª. De la sustitución de las penas privativas de libertad” del Capítulo III del Título III del Libro I del Código Penal. Por estrictas razones de ordenación sistemática esta supresión debe ir acompañada de la eliminación del apartado 2 del artículo 71 CP, que actualmente dice *No*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores (degradación de la pena por debajo de la cuantía mínima señalada por la ley) proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, esta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección 2ª del capítulo III de este título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda.

Desaparecida la sección, y el propio instituto de la sustitución de penas por absorción en el de suspensión condicional, la remisión que este precepto efectúa a la sección resulta incongruente, y la alusión a la suspensión condicional completamente superflua.

Cuadragésimo segundo

Artículo 88 (expulsión de extranjeros)

El Anteproyecto desplaza la regulación de la expulsión sustitutiva de extranjeros del art. 89 al 88 al tiempo que se produce el vaciamiento del art. 89 en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 de la Disposición Derogatoria única. Desaconsejamos vehementemente esta técnica legislativa pues el desplazamiento del régimen jurídico del instituto de la expulsión sustitutiva de extranjeros a un precepto de numeración distinta dificultará la compulsa e inteligibilidad de las muy numerosas citas jurisprudenciales y doctrinales que el art. 89 CP ha generado a lo largo de sus más de dieciséis años de vigencia.

El Anteproyecto opta por una reforma radical del instituto de la expulsión sustitutiva, tanto en el ámbito subjetivo como objetivo de su aplicación, con consecuencias de gran calado que debieran ser debidamente aquilatadas en futuros trámites del texto.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

En el ámbito subjetivo, conforme a la redacción que recibe el apartado 1 del art. 88, la sustitución se aplicará al ciudadano extranjero, sin mayor concreción, pues se suprime el inciso del actual art. 89.1 CP que restringe la norma al *no residente legalmente en España*: tan sucinta variación del tenor de la norma permitirá la expulsión judicial de extranjeros que dispongan de autorización de residencia en España en cualquiera de las modalidades previstas en la normativa sectorial, de los ciudadanos de los restantes Estados miembros de la Unión Europea, de los familiares de éstos y de todos los demás extranjeros que están dispensados de obtener autorización de residencia. Este planteamiento debe ser reconsiderado.

En relación con los ciudadanos comunitarios, el ordenamiento penal español no puede ignorar los derechos inherentes al concepto de ciudadanía de la Unión Europea implantado en los arts. 17 y 18 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, ni el régimen singular que para la restricción de sus derechos de libre circulación y establecimiento configura la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, *relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*, cuyo art. 27 si bien admite que los Estados miembros puedan limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, establece de forma explícita que tal decisión únicamente podrá justificarse por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, y que además *deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado* de modo que *La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas*. Se exige igualmente que la conducta personal del interesado constituya *una amenaza*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad sin que puedan esgrimirse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general.

Cuando de una decisión de expulsión se trata, el art. 28.2 de la Directiva exige que los motivos de orden público y de seguridad pública sean graves, y si el ciudadano ha residido en el Estado de acogida durante los diez años, los motivos de seguridad pública han de ser imperiosos. Es evidente que el pronunciamiento de una condena penal, especialmente en el caso de un delito de naturaleza leve o menos grave, no puede satisfacer las exigencias mínimas de la norma comunitaria, que además rechaza expresamente que puedan ser invocados en justificación de la medida motivos de prevención general, por lo que la eficacia directa del claro mandato comunitario obligaría al juez o tribunal español a declinar el ejercicio de la facultad de sustitución que le concede el proyectado art. 88.1.

Entendemos por ello que lo más conveniente es excluir del ámbito de la expulsión judicial a los ciudadanos comunitarios y sus familiares, dejando en manos de la autoridad gubernativa competente la tramitación de aquellos expedientes sancionadores que conforme a la norma de transposición de la anterior directiva, el RD 240/2007, de 16 de febrero, *sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*, puedan fundarse en la infracción de su art. 15.

El Tribunal de la Unión Europea de manera constante ha declarado que aunque *en principio la legislación penal es de la competencia de los Estados miembros, según reiterada jurisprudencia, el Derecho comunitario impone límites a esta competencia, no pudiendo dicha legislación, en efecto, restringir*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario” [Vide, Sentencia Asunto C-348/96 Calfa].

La Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 autoriza la expulsión de ciudadanos comunitarios tanto por vía administrativa (artículos 27, 28 y 29) como penal (artículo 33) siempre y cuando la ley nacional lo condicione a la concurrencia de razones objetivas de orden público o de seguridad pública (interna y externa) y se fundamente en una conducta personal del afectado que constituya una *amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad*. Si se tratara de residentes de larga duración los requisitos se exacerban debiendo estar fundados en circunstancias excepcionales o especialmente graves. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido delimitando determinados delitos que podrían autorizar la expulsión judicial penal fundada en esos preceptos de la Directiva, en concreto se ha referido al delito tráfico de estupefacientes realizado por bandas organizadas [STUE 23/11/2010, Tsakouridis (C-145/2009)] y a la explotación sexual de niños [STJUE 22/5/2012 (C-348/2009)].

Las condenas por más de *un año de prisión*, modo general en que se establece el ámbito objetivo de aplicación de la expulsión penal sustitutiva por el artículo 88 del Anteproyecto es patente y evidente que no se ajusta a las exigencias del Derecho de la Unión Europea en cuanto a los requisitos establecidos en la Directiva señalada [sobre la extensión y límites de la expulsión de ciudadanos comunitarios, Vide la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo (COM 2009 313), Resolución del Parlamento Europeo de 2 de abril de 2009, y la dos recientes sentencias del Tribunal de Justicia SSTUE 23/11/2010 (C-145/2009) y 22/5/2012 (C-348/2009)] que, obviamente no pueden quedar a las apreciaciones subjetivas o valorativas de todos y cada uno de los órganos



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

jurisdiccionales españoles. No hace falta recordar que el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en el sentido de que aunque los Estados miembros pueden establecer con carácter general un contenido diferenciado de los conceptos de seguridad pública y orden público (fundamento objetivo de la medida de expulsión) en cuando afectan al derecho a la libre circulación de nacionales de la Unión Europea y sus familiares *deben ser interpretados no sólo en sentido estricto, sino también “de manera que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro sin control de la instituciones de la Unión Europea”* [SSTUE 10/7/2008 (C-3/07), 17/11/2011 (C-430/10), (C-434/10), 22/5/2012 (C-348/09)].

Para que el artículo 88 del Anteproyecto fuera respetuoso con los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión Europea debería establecer un régimen perfectamente diferenciado de la expulsión sustitutiva penal según que los afectados fueran comunitarios o no, y, dentro de los primeros, debería distinguir entre quienes sean residentes de larga duración y los que no lo fueran. Del mismo modo, una simplificación del sistema (*sencillez*) sólo podría verificarse si todos los ciudadanos extranjeros cualquiera que fuera su condición y circunstancias estuvieran sometidos al mismo régimen que los ciudadanos comunitarios, lo cual es absurdo desde todos los puntos de vista.

Consideramos que la delimitación que efectúa el vigente artículo 89 CP (*“extranjeros no residentes legalmente en España”*) no sólo es la que más se adecua a los principios reguladores del derecho de extranjería (LOEX) sino también a los principios que deben presidir *la posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello* (STC nº 242/1994, de 20 de julio).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

En efecto, puede afirmarse que el vigente artículo 89 CP, al limitar la expulsión sustitutiva penal a los *ciudadanos extranjeros sin permiso de residencia*, no sólo está recogiendo a nivel legal el principio de *proporcionalidad* que debe presidir toda esta materia de manera congruente con las disposiciones de la Ley Orgánica de Extranjería, sino también está optando por la única solución *sencilla* que comprenda la concurrencia de distintos regímenes jurídicos según las diferentes categorías de *extranjeros*.

El orden sancionador administrativo de la extranjería, tal como ha sido delimitado por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo interpretando el artículo 57 LOEX, no configura la sanción de expulsión como la dirigida a extrañar a los *inmigrantes* que han llegado a España con vocación de desarrollar un proyecto más o menos duradero de vida estable respetando nuestra legalidad, sino de aquella *minoría* de *extranjeros* que, cualquiera que sea su situación administrativa, han acreditado un comportamiento hostil al orden público nacional, una voluntad contraria a una mínima integración en la sociedad española o un desprecio grosero de nuestro ordenamiento jurídico.

No es ocioso señalar en este momento que la disposición contenida en el apartado 2 del artículo 57 LOEX define exclusivamente una causa de expulsión, sin que imponga en ningún caso su aplicación automática y necesaria (*asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados*).

Por ello, cuando se limita la expulsión a los ciudadanos que carezcan de permiso de residencia [esto es quienes no son *titulares de una autorización*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

para residir temporal o de larga duración (art. 30 bis LOEX)] se está valorando por la propia ley que no es *proporcionada* la expulsión sustitutiva de los inmigrantes legítimamente aceptados por el Estado, ni de los extranjeros de segunda generación, o de larga duración, o que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española, o que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España (artículo 57.5 LOEX), ni de las víctimas de trata de seres humanos (art. 59 bis LOEX), ni de las mujeres víctimas de violencia de género (art. 31. bis LOEX), ni de los apátridas, ni de los asilados y ni de los protegidos internacionalmente (art. 34 LOEX).

En definitiva, la legítima opción del Estado a renunciar a ejecutar una pena impuesta a un extranjero, parece ajustada cuando legalmente se circunscriba a aquellos individuos que carecen de vínculos relevantes con la sociedad española (extranjeros en tránsito, con meros permisos de estancia, en situación irregular por dejación voluntaria o desidia -caducidad de permiso-, o llegados de manera fraudulenta o subrepticia) y, en todo caso, cuando sea escrupulosamente respetuosa con los compromisos asumidos por España derivados del Derecho Internacional o del Derecho de la Unión Europea.

Precisamente, por todo lo referido, tiene pleno sentido que sólo en los supuestos de *falta de permiso de residencia* se deposite en la jurisdicción la responsabilidad de aceptar la excepción de la aplicación de la expulsión por concurrir arraigo u otra circunstancia personal (esto es, valoración de la proporcionalidad de la medida) que necesariamente exige un análisis exclusivamente circunstancial y caso a caso (cuestión de equidad o justicia del caso concreto).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

En lo que se refiere al ámbito objetivo de aplicación del instituto de la expulsión sustitutiva la reforma penal decide restringirlo a las penas de prisión, excluyendo la responsabilidad personal subsidiaria y la localización permanente, que a día de hoy quedan comprendidas en el enunciado general del vigente art. 89.1 CP entre las *penas privativas de libertad inferiores a seis años*.

La exclusión de la localización permanente es irrelevante a efectos prácticos, dado que la reforma penal la elimina del elenco de penas leves, no la contempla como pena principal de ningún delito y la deja reducida a una función meramente residual como forma o modalidad de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en el ámbito de los delitos leves (art. 53.1).

La exclusión de la responsabilidad personal subsidiaria es sin embargo más debatible: la doctrina de la Fiscalía General del Estado evolucionó en los últimos años sobre este particular, pues pasó del rechazo absoluto de la posibilidad de sustitución de la responsabilidad personal subsidiaria por expulsión, por entenderla discriminatoria en el plano económico (Circular FGE 2/2006), a una postura más matizada que admite la sustitución en caso de reiteración de infracciones o cuando la infracción penal sea buscada como medio para burlar la efectividad de legislación de extranjería (Circular FGE 5/2011). Entendemos que esta postura es bastante realista por lo que debiera valorarse en el futuro trámite de la norma el retorno al criterio vigente de que la expulsión pueda abarcar a cualquier pena privativa de libertad con el fin de abordar adecuadamente los casos en que la norma penal se utiliza como burladero para eludir el cumplimiento de la norma administrativa.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

La actual regulación comprensiva de cualquier pena privativa de libertad no merma el principio de proporcionalidad, pues, como se matiza en la Circular 5/2011 *en sí misma ni es desproporcionada ni es discriminatoria; lo será, en su caso, la decisión que las adopte por no valorar conforme a dicho principio las circunstancias concurrentes, entre ellas la propia gravedad del hecho cometido... Tiene pleno sentido considerar injusta y desproporcionada la sustitución por la expulsión de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa o de las penas privativas de libertad impuestas por la comisión de una falta –hoy delitos menores o condenas iguales o inferiores a un año de prisión- cuando la condena impuesta se funde en la comisión de hechos aislados o perfectamente delimitados que no acrediten un comportamiento del extranjero claramente hostil a nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, no será desproporcionada la expulsión cuando la falta –hoy delitos menores o condenas iguales o inferiores a un año de prisión- o el delito cometido castigado con pena de multa impagada sea la última de las manifestaciones indicadoras de una forma de vida patentemente contraria al orden público español –como lo acreditaría la existencia de una pluralidad de condenas por delito o faltas (hoy delitos menores con condenas iguales o inferiores a un año de prisión)-, o constituya un instrumento defraudatorio del régimen jurídico de la estancia y residencia de los extranjeros en España previsto y regulado en la Ley Orgánica 4/2000, o signifique un obstáculo para la ejecución de la expulsión acordada en otro procedimiento penal por delito.*

Por el mismo motivo es también muy discutible la exclusión que el Anteproyecto hace de las penas de prisión de duración igual o interior a un año, porque es precisamente en el ámbito de los delitos de menor gravedad donde más justificada se halla la prevalencia de los fines de la política migratoria sobre los fines de política criminal. Piénsese que si la comisión de delitos de escasa entidad –delitos leves de hurto, p.e.- conduce a la imposición de una



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

pena de prisión inferior a un año, la comisión de infracciones penales puede convertirse –de hecho ya lo es- en un medio útil de eludir la aplicación de la normativa de extranjería al que podrían recurrir extranjeros en situación irregular.

En la Exposición de Motivos parece justificarse esta decisión manifestando que con ello *se ajusta el límite de pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería*. Esta afirmación, fundada en causa de expulsión prevista en el ordinal segundo del artículo 57 LOEX no es afortunada, no sólo por su rigurosa falta de exactitud – pues ese precepto se refiere exclusivamente a los *delitos dolosos*- sino también porque cualquier tipo de referencia o relación debería haberse realizado con el apartado siete de ese precepto regulador de la sustitución del proceso penal por la expulsión administrativa que constituye, junto con la sustitución de la pena, la otra modalidad legítima de renuncia del Estado al *ius puniendi*.

Si se aprobara definitivamente el límite objetivo de aplicación a las condenas de más de un año de prisión estamos convencidos no sólo que se va a reducir significadamente el número de expulsiones judiciales de extranjeros en situación de irregularidad, sino también va a provocar gravísimas disfunciones en relación con las expulsiones administrativas que exigen la autorización judicial del apartado séptimo del artículo 57 LOEX.

La experiencia práctica pone de manifiesto que en España la aplicación de esta medida de seguridad nunca ha menoscabado *la defensa del orden jurídico* o ha ocasionado la desconfianza *en la vigencia de la norma infringida por el delito*. Al contrario, la aplicación normalizada del vigente artículo 89 CP no ha constituido ninguna puerta abierta a la impunidad de los delitos como lo acredita el espectacular dato de que los extranjeros constituyen el 33'47 por



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

cien de la población reclusa española (31´42 por cien en los centros dependientes de SGIIPP y el 45´40 por cien de los dependientes de G. de Cataluña).

Por el contrario han sido las interpretaciones restrictivas sobre la extensión del concepto *penas privativas de libertad* y la posibilidad de su *aplicación a la faltas* lo que ha supuesto un obstáculo –a veces insalvable- a la ordenación y aplicación normalizada y coherente con el derecho administrativo de la expulsión. Toda esa problemática –superada tras la reforma del artículo 89 CP de 2010 y la Circular 5/2011 FGE- se va a reactivar muy seriamente si se limita la expulsión judicial a las penas de prisión de más de un año.

La tercera de las innovaciones más importantes del Anteproyecto es la de exacerbar la potestad judicial no tanto en lo que concierne a la decisión misma de la sustitución de la pena por la expulsión como en que se deja a la sola discrecionalidad judicial el determinar la duración y condiciones de la sustitución parcial cuando las penas de prisión exceden de más de tres años.

La valoración de la necesidad *de asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito*, en el vigente artículo 89 CP queda sustraída del arbitrio judicial cuando la pena impuesta al extranjero es igual o superior a los seis años de prisión. En estos casos, por ley se ordena su cumplimiento en establecimiento penitenciario. Sin embargo, para impedir situaciones intolerables de discriminación con reos españoles que hubieran sido condenados por la comisión de similar delito (y con las mismas circunstancias), introduce la posibilidad de su expulsión *para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena*.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

En estos casos (extensible a los supuestos en que no se hubiera accedido a la sustitución total de penas inferiores a seis años) la decisión sustitutoria parcial no queda atribuida en exclusividad al juez o tribunal sentenciador sino que depende en buena parte del cumplimiento de otros presupuestos debidamente acreditados conforme a la sólida legislación penitenciaria.

El sistema que proclama el artículo 88 del Anteproyecto parte de una confianza ciega en la unidad de criterio e infalibilidad judicial. Hasta tal punto es así que fundamenta el buen éxito del régimen instaurado en que el cúmulo de conceptos jurídicos indeterminados, valorativos y circunstanciales que incorpora el artículo 88, van a ser pacífica y uniformemente interpretados e integrados por todos los jueces y tribunales de España.

Nosotros no lo creemos así. Dada la propia naturaleza y contenido del juicio sustitutivo (evidentemente circunstancial) y la ampliación de su aplicación a la penas inferiores a los seis años de prisión, resultará en extremo dificultoso elaborar una doctrina pacífica por vía de los correspondientes recursos. La experiencia acredita que los supuestos realmente conflictivos en toda esta materia tienen que ver precisamente con los criterios valorativos de conceptos indeterminados o circunstancias no perfectamente delimitadas por la ley.

Esa indeterminación legal y la proliferación de resoluciones sin la necesaria uniformidad necesariamente afectará a la organización y buen funcionamiento del resto de las Instituciones del Estado implicadas en la aplicación de la medida sustitutiva que no podrán organizarse con criterios sólidos y seguros que, unidos a la falta de previsión del momento en que puede llevarse a cabo la sustitución parcial de la pena puede provocar situaciones de intolerable discriminación con el cumplimiento de la condena por los no extranjeros (libertad condicional, clasificación en tercer grado penitenciario, etc).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

En otras palabras, tal como está redactado el artículo 88.2 del Anteproyecto, un extranjero que hubiera sido condenado junto con un español por la comisión de un delito en régimen de coautoría e idénticas circunstancias a la misma pena privativa de libertad superior a tres años tendrá que cumplir la condena en otras condiciones que el español al no tener posibilidad de que el acceso al tercer grado penitenciario o el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena puedan tener virtualidad jurídica alguna.

Hemos de reseñar igualmente que el artículo 88 del Anteproyecto omite la actual referencia expresa a la posibilidad de proceder a la decisión sustitutiva tanto en sentencia como en auto posterior, con lo que se vuelven a introducir elementos de confusión extraordinariamente relevantes en la práctica: procedimiento y prueba de los hechos personales o de la situación de arraigo alegados por el afectado (significadamente en el caso de los juicios rápidos y de enjuiciamiento inmediato); acreditación de hallarse encartado (juicios pendientes o en tramitación por otros juzgados y otras provincias) o incluso, condenado por otras causas; control y corrección de la conformidad con la pena y expulsión sin acreditarse la existencia de otras condenas o procedimientos abiertos que la imposibilitarían; posibilidad de decidirse por el juez de ejecutorias; posibilidad de cambio de criterio por cambio de las circunstancias en los casos de condenas de larga duración; valoración de la imposibilidad (física o jurídica de la expulsión); etc.

También es confusa la utilización de términos que pueden tener distinto significado, como es el caso del “arraigo”. Aunque la Exposición de Motivos se refiera a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, otros preceptos de la LOEX (arts 31.3 y 68.3) se emplea de manera específica.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Parece más ajustado a cualquier contenido la utilización del término “razones” que se recoge en el vigente artículo 89 CP.

Además la indefinición de un límite máximo en la ejecución de la pena puede quebrantar el principio del *non bis in idem*, en el sentido de que si la pena de prisión avanza mucho en su cumplimiento, la expulsión puede operar como sanción añadida (SSTC nº 145/2006, de 8 de mayo, nº 11/5/2009).

La *sencillez* que predica la Exposición de Motivos es imposible en una materia como la expulsión sustitutiva penal en que todo, absolutamente todo es extraordinariamente complejo.

Destacaremos finalmente que el apartado 3 del art. 88 hace un llamamiento a una individualización razonada de la medida *-No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada-* congruente con la exigencia de motivación auspiciada por constante doctrina jurisprudencial desde la STS nº 901/2004, de 8 de julio, y el apartado 8 actualiza las citas de los delitos excluidos del ámbito objetivo de la sustitución, al incorporar el art. 177 bis relativo a la trata de seres humanos, salvando la notoria omisión en que incurrió la anterior reforma operada por la LO 5/2010; ambas previsiones son correctas.

Cuadragésimo tercero

Artículo 90 (libertad condicional)

El apartado primero del artículo 90 revela la transmutación de la naturaleza jurídica que va a experimentar la libertad condicional en la nueva ordenación del Anteproyecto al declarar que *El Juez de Vigilancia Penitenciaria acordará la*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al penado que cumpla los siguientes requisitos (...) Este breve inciso constituye una declaración de intenciones de singular valor: la libertad condicional deja de ser una figura autónoma y, al igual que va a suceder con el instituto de la sustitución de penas, y pasa a convertirse en una modalidad de la suspensión condicional de la pena, declinando su actual naturaleza de último grado penitenciario (art. 72.1 LO 1/1979, de 26 de septiembre, en adelante LOGP).

La vinculación que establece la nueva norma entre libertad condicional y suspensión representa una radical transmutación de la teoría y la praxis penal y penitenciaria vigente en nuestro país hasta la fecha, y por su extrema modificación de los principios estructurales característicos de nuestra tradición jurídica resulta de más que discutible oportunidad. La empresa de reducir a un régimen jurídico común un mecanismo sustitutivo de la ejecución de la pena privativa de libertad, como es la suspensión, y un elemento tan caracterizado de la ejecución penitenciaria de la pena como es la libertad condicional es sumamente arriesgada, pues ni su fundamento ni su finalidad guardan parentesco o semejanza.

La suspensión ha sido concebida desde su implantación en nuestro ordenamiento jurídico a principios del siglo XX como una vía para evitar el ingreso en prisión de delincuentes primarios, en tanto que la libertad condicional constituye una de las fases o grados de la ejecución penitenciaria, el último dentro del sistema de individualización científica. La suspensión parte de la premisa de que no es necesario aplicar al penado un tratamiento penitenciario, que el ingreso en prisión es contraproducente, y que su resocialización se puede lograr en libertad sin contacto con el medio carcelario, en tanto que la libertad condicional es una continuación del tratamiento



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

penitenciario fuera de la institución penitenciaria pero bajo el control de sus servicios sociales y del Juez de Vigilancia.

La reforma también altera aspectos orgánico judiciales, pues aunque en este primer apartado el artículo 90 dice que será el Juez de Vigilancia Penitenciaria quien concederá la libertad condicional, en los restantes apartados del mismo precepto y preceptos dedicados a la libertad condicional se hace referencia constante al juez o tribunal sentenciador como órgano decisor, lo cual es consecuente con la nueva concepción de la libertad condicional como mecanismo suspensivo, que no ejecutivo, de la pena. Tampoco está de más considerar la abrumadora carga de trabajo que pesaría sobre los órganos sentenciadores al asumir esta nueva competencia, y el desaprovechamiento de los recursos y experiencia acumuladas por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, que son los que en mejor posición se encuentran para conocer y valorar la evolución penitenciaria que ha seguido el interno en anteriores fases de cumplimiento de su condena.

Es por ello que la pretendida transformación del régimen jurídico de la libertad condicional no puede quedar confinada en el ámbito del Código Penal, sino que debe proyectarse necesariamente en una reforma simultánea de la LOGP—al menos en lo que respecta a los arts. 17.3, 67, 72.1 y 3 y 76.2, b y c)-. Cabe razonablemente cuestionar si reforma de tal calado se halla justificada cuando buena parte de las mejoras pretendidas en el Anteproyecto pueden ser alcanzadas de manera menos traumática e igualmente satisfactoria respetando la actual configuración de la libertad condicional como grado penitenciario del sistema de individualización científica y el vigente reparto de competencias judiciales en su aplicación y control.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

La reforma suprime en la letra c) del art. 90.1 la referencia al informe pronóstico final del art. 67 LOGP y en su lugar establece como criterios fundadores de la decisión que *el Juez o Tribunal valorarán la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas*. No se ve razón alguna para prescindir de dicho informe, no sólo porque es fruto de la experiencia, conocimiento y preparación técnica de la correspondiente Junta de Tratamiento, sino porque además resulta imprescindible para valorar adecuadamente alguna de las variables que la reforma introduce, como la personalidad del penado –en concreto su evolución en el Centro Penitenciario– la posibilidad de reiteración del delito, su conducta durante el cumplimiento, e incluso los efectos que quepa esperar de su excarcelación y de las medidas que se le impongan. Se trata de materias que necesariamente debe comprender el pronóstico individualizado y favorable de reinserción que el tenor actual de la ley exige.

El apartado 2 del art. 90 confirma la subsistencia de la libertad condicional a los dos tercios de la condena, suprimiendo la nota de excepcionalidad que actualmente otorga a este supuesto el art. 91.1 e introduciendo la matización de que las actividades laborales, culturales u ocupacionales durante el cumplimiento de la condena se hayan desarrollado *bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa*, criterio más flexible y adecuado que el vigente, que demanda de forma irrestricta su continuidad.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

El apartado también contempla el adelantamiento de la fecha de libertad condicional sobre el anterior plazo de dos tercios, a propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, una vez extinguida la mitad de la condena, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena. Reproduce el régimen vigente con la sola salvedad de que la competencia para resolver sea del juez o tribunal sentenciador.

El apartado tercero introduce una nueva modalidad, excepcional y más beneficiosa, de libertad condicional a la que se accederá tras el cumplimiento de la mitad de la condena. Dice el precepto tal y como aparece en el Anteproyecto que:

Excepcionalmente, podrá acordarse la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados en que concurran los siguientes requisitos:

- a) Que se encuentren cumpliendo su primera condena de prisión, y que ésta no supere los tres años de duración.*
- b) Que hayan extinguido la mitad de su condena.*
- c) Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere al apartado 1, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena, así como el regulado en la letra b) del apartado anterior.*

Este régimen no será aplicable a los penados que lo hayan sido por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales.

En la medida en que promueve la aplicación de la libertad condicional a penados cuyo rango de peligrosidad es, en principio, de menor entidad, la reforma ha de ser acogida favorablemente.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

El apartado 5 enfatiza la transmutación de la naturaleza jurídica de la nueva concepción de la libertad condicional al regular aspectos nucleares de su aplicación y efectos mediante una técnica de pura y simple remisión al régimen común de la suspensión condicional en materia de plazos –art. 81- cómputo – art. 82.2- reglas de conducta –art. 83 y 85- revocación –art. 86- y remisión –art. 87-.

La remisión al art. 81 es manifiestamente incorrecta, pues este precepto atiende únicamente –como es natural en la medida en que se limita a regir el instituto de la suspensión condicional- a las penas privativas de libertad de duración inferior a dos años, estableciendo un plazo de suspensión de dos a cinco años, y a las penas leves, a las que asigna un plazo de suspensión de tres meses a un año; no determina en cambio el plazo de suspensión aplicable a las penas de duración igual o superior a dos años; comoquiera que el inciso final del apartado cinco del art. 90 establece que *en todo caso, el plazo de suspensión de la ejecución y de libertad condicional no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento*, se deduce que puede ser igual o superior a esa parte. Caben por lo tanto dos opciones interpretativas, ceñirse a la pura literalidad de ambos preceptos y considerar que a partir de dos años de condena el plazo de libertad condicional se corresponde con la parte remanente de condena, en la medida en que no está previsto otro plazo superior, o entender que el plazo de dos a cinco años previsto en el art. 81 para las penas privativas de libertad no leves se aplica por extensión a las penas de duración igual o superior a dos años.

En ambos casos la regulación propuesta conduce a la grave distorsión de perjudicar a los condenados a penas de menor duración, pues será en ellas donde se producirá el fenómeno de que el plazo de suspensión pueda exceder la duración de la pena restante. Comoquiera que no resulta coherente que el



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

mayor rigor cargue sobre las penas cortas, quizá convendría establecer como regla que el periodo de suspensión sea en todo caso igual al periodo de pena pendiente de cumplimiento, lo que mantendría la actual proporcionalidad del sistema.

Por otra parte, el sentido y finalidad de la institución de la suspensión condicional es claramente distinto al de la libertad condicional, lo que hace tan dificultoso y desaconsejable su reducción a un denominador común, pues en aquella la pena no se ejecuta, lo que conduce a fijar unos plazos de suspensión no vinculados a la duración fijada en sentencia, mientras que en la libertad condicional la pena se ejecuta en una porción considerable –tres cuartos o dos tercios del total, normalmente-, en sentido estricto, es una forma de ejecución de la pena, lo que conecta necesariamente el plazo de libertad condicional a la porción remanente de pena, toda vez que el período invertido en prisión ha debido producir en el penado el correspondiente efecto intimidativo y resocializador.

La remisión al art. 82.2 trasvasa al ámbito de la libertad condicional las graves deficiencias que presenta este precepto al confundir la efectividad de la resolución judicial con la efectividad de la libertad condicional: es obvio que el plazo de la libertad condicional empezará a contar desde la excarcelación del interno, no desde la fecha en que se adopta la resolución.

La remisión al art. 83, en cuanto autoriza la imposición de deberes y prohibiciones condicionantes de la libertad, no representa materialmente una novedad, pues la regulación vigente (art. 90 CP) ya establece que se pueda imponer motivadamente al liberado condicional una o varias de las reglas de conducta previstas en los arts. 83 y 96.3.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

La remisión a los arts. 85 a 87 unifica el régimen jurídico en materia de modificación de los deberes y prohibiciones, revocación de la suspensión y remisión de la condena. El régimen jurídico de la revocación genera en el ámbito de la libertad condicional la consecuencia prevista en el apartado 6 del art. 90: *la revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento. El tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena.* Queda derogada, por lo tanto, la regla del cómputo del tiempo pasado en libertad inserta en el vigente art. 93.1 CP que en ocasiones ha generado un injustificado beneficio al liberado infractor.

El apartado siete del art. 90 suprime la tramitación de oficio del expediente de libertad condicional y lo supedita a la instancia del penado: El Juez o Tribunal resolverán sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional a petición del penado: *En el caso de que la petición no fuera estimada, el Juez o Tribunal podrán fijar un plazo de seis meses, que motivadamente podrá ser prolongado a un año, hasta que la pretensión pueda ser nuevamente planteada.*

Cuadragésimo quinto

Artículo 91 (libertad condicional de septuagenarios y enfermos)

Se mantiene esta institución de corte humanitario, conservando en gran medida la regulación del actual art. 92 CP, con algunas reformas puntuales. Se atribuye al juez o tribunal la competencia para decidir su aplicación, lo que resulta consecuente con la opción que sigue el Anteproyecto, aunque se produce una clara incongruencia en la medida en que no se sujeta a esta misma regla



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

competencial la suspensión de la ejecución de la pena por trastorno mental grave y sobrevenido del reo, del art. 60 CP, precepto que no se ve afectado por esta reforma. De modo que la suspensión por enfermedad grave e incurable no inhabilitante psicológicamente para la comprensión del sentido de la pena pasa a ser competencia del juez o tribunal sentenciador, en tanto que la que afecta a esta capacidad de comprensión se mantiene en manos del Juez de Vigilancia Penitenciaria –competencia que, por cierto, le fue recientemente atribuida en la LO 15/2003, pues inicialmente correspondía al juez o tribunal sentenciador-, con la peculiaridad de que, si recupera la salud mental, vuelve a ser el juez o tribunal sentenciador quien asume la competencia para ordenar el cumplimiento de la condena, reducir su duración o declararla extinguida (art. 60.2 CP). Es evidente que hay que aclarar y simplificar este régimen competencial.

En los casos de riesgo vital para el interno, se suprime la necesidad de que se le progrese a tercer grado como requisito previo para el otorgamiento de la libertad condicional, estableciendo el proyectado art. 91.3 que *el Juez o Tribunal podrá, sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito y valorada la falta de peligrosidad relevante del penado, acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concederle la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el párrafo anterior*. Entendemos que esta salvedad obedece tanto a la necesidad de imprimir mayor celeridad a la resolución del asunto, como al hecho de que el juez o tribunal sentenciador carece de competencia objetiva para resolver sobre grado penitenciario.

La reforma impone una obligación adicional al liberado condicional, la de *facilitar al Servicio Médico penitenciario, al médico forense, o a aquel otro que*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

se determine por el Juez o Tribunal, la información necesaria para poder valorar sobre la evolución de su enfermedad, cuyo incumplimiento podrá dar lugar a la revocación de la suspensión de la ejecución y de la libertad condicional.

Cuadragésimo sexto

Artículo 92

La nueva regulación de la suspensión del resto de la pena en el caso de la prisión permanente revisable manifiesta una fuerte influencia del Código Penal alemán (parágrafo 57 a)

El legislador español, sin embargo, evita el requisito de la especial gravedad de la culpabilidad del condenado, que en Alemania implica la intervención del tribunal sentenciador junto a la sala penal de vigilancia penitenciaria, que es la que otorga la suspensión, y que además se funda en una especial gravedad que se determina en el momento del enjuiciamiento y que se da cuando el caso concreto supone un notable incremento de culpabilidad comparado con el “caso normal”. El Tribunal Constitucional alemán en su sentencia interpretativa de 21 de junio de 1977 parte de la culpa base (la habitual según la experiencia), sobre la que el caso grave debe alzarse “claramente”. Para ello es preciso realizar una valoración global del caso concreto. De este modo, por ejemplo, la falta de arrepentimiento de un condenado que niega haber cometido el hecho no le puede ser imputada a éste posteriormente.

En esta sentencia de 1977 el Tribunal Constitucional alemán partió de la constitucionalidad de la prisión permanente solo bajo la condición de que el legislador cree un fundamento legal para la excarcelación condicionada. De



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

este modo, el condenado debe mantener una oportunidad concreta y fundamentalmente realizable de recuperar la libertad, por lo que la primitiva redacción que permitía la suspensión únicamente mediante el ejercicio del derecho de gracia fue declarada insuficiente y llevó a la reforma de 1981 de la que procede la regulación.

En la nueva ordenación penal del Anteproyecto la pena de prisión perpetua no es incompatible con la libertad condicional. Esta accesibilidad del penado a la progresión de grado en el ámbito penitenciario y a la suspensión condicional de la parte de la pena una vez alcanzado el cumplimiento de un determinado período fijado por la ley es lo que salvaguarda la constitucionalidad a la luz del art. 25.2 CE.

Partiendo de que el precepto es compatible con el principio constitucional de resocialización de los condenados por las mismas razones expuestas por el Tribunal Constitucional alemán en 1977, en síntesis, porque el condenado mantiene una oportunidad concreta y realizable de recuperar la libertad, entendemos que el texto es susceptible de mejora en varios aspectos.

El artículo 92 se dedica a disciplinar los requisitos aplicables a la suspensión condicional parcial de la pena de prisión perpetua, que son muy semejantes a los exigidos a las penas temporales: clasificación en tercer grado, pronóstico favorable y cumplimiento de un período efectivo de cumplimiento de condena que con carácter general se cifra en un mínimo de 25 años.

En los casos en que la pena de prisión perpetua revisable haya sido acumulada a otras penas privativas de libertad, temporales o perpetuas, los plazos mínimos de cumplimiento exigibles para el acceso a la suspensión condicional parcial se van ampliando a 28, 30 ó 32 años, conforme a los supuestos específicamente previstos en el art. 78 bis, de modo que incluso en los más



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

graves supuestos la pena perpetua, el reo puede recobrar la libertad, bajo forma de suspensión condicional, e incluso extinguir la pena por remisión una vez vencido el plazo de suspensión de cinco a diez años previsto en el apartado 3 de este artículo.

El precepto introduce, desde una perspectiva procedimental, la previsión de que transcurridos los 25 años de cumplimiento efectivo de condena, se proceda a revisar la situación del penado cada dos años; llama la atención, sin embargo, que pese a la naturaleza y gravedad de la pena que supone, en principio y salvo una revisión favorable, una reclusión permanente, no se disponga un procedimiento contradictorio de revisión con audiencia del penado y de su representación procesal y del Ministerio Fiscal. Entendemos que esta previsión es necesaria.

El apartado segundo regula unos requisitos adicionales cuando se trate de personas condenadas a la pena de prisión permanente revisable por su pertenencia a organizaciones y grupos terroristas y por delitos de terrorismo. Este apartado es prácticamente igual al vigente párrafo último del art. 90.1, donde se regula la libertad condicional, y que se mantiene en el nuevo artículo 90.8 que regula la misma institución. De todos modos, parece más correcto sustituir el verbo “podrá acreditarse” por el imperativo “habrá de acreditarse al menos”, y de igual modo, convendría establecer un trámite de audiencia a la víctima.

Se declara aplicable a esta materia el artículo 86, que en realidad está pensado para otros supuestos, para casos de primariedad en el delito y condena por un delito menos grave, muy distinto del caso que nos ocupa, en el que el condenado ha cometido delitos especialmente graves. En su apartado 1.1, establece el artículo 86 como causa de la revocación de la suspensión la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

comisión de un nuevo delito durante el periodo de suspensión. Posteriormente el apartado 2 del mismo artículo matiza que se pueden endurecer, como alternativa a la revocación, las prohibiciones, deberes o condiciones cuyo incumplimiento no haya sido grave o reiterado. Ahora bien, en los artículos que regulan estas prohibiciones, deberes o condiciones no aparece recogido el compromiso del penado de no cometer nuevos delitos, por lo que parece que la mera comisión de uno deberá dar lugar a la revocación de la suspensión.

Sin embargo, las dramáticas consecuencias de una revocación de la suspensión y el reinicio del cumplimiento de una pena indeterminada en su duración parece que requeriría una regulación especial de la revocación, en la que probablemente la comisión de un delito doloso menos grave o un delito imprudente no deberían llevar por sí misma y en todos los casos a tal revocación. Esta al menos es la opinión mayoritaria de la doctrina alemana. Como decimos, la revocación de la suspensión del artículo 86 está pensando en otros supuestos muy distintos.

Cuadragésimo séptimo

Artículo 95

Establece este precepto los presupuestos para la aplicación de las medidas de seguridad y la finalidad que las preside.

Presupuesto fundamental es la previa comisión de un hecho previsto en la Ley como delito, esto es, de un hecho típico y antijurídico, no siendo necesario que además el sujeto sea culpable. La previa comisión de un delito es una garantía de seguridad jurídica. En este sentido no existe variación respecto a la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

legislación actualmente vigente en el que las medidas de seguridad son siempre *post delictum*.

No existe tampoco ninguna variación en cuanto al juicio de peligrosidad exigido en el apartado 2, remitiéndonos a lo comentado en el artículo anterior.

En el apartado 3 se formula un *desiderátum*, en cuanto a que la medida de seguridad debe ser necesaria para contrarrestar siquiera de una manera parcial la peligrosidad del sujeto. En este sentido desempeñará un papel fundamental el juicio de peligrosidad en el que necesariamente el Juez o Tribunal deberá valorar la clase y duración de la medida a imponer, teniendo en cuenta que según el art. 97, en su redacción por el Anteproyecto, deberá imponerse la medida que resulte menos grave o que incluso pueden imponerse varias cuando resulte necesario para prevenir la peligrosidad del sujeto.

Finalmente, el apartado segundo establece el principio de proporcionalidad de la medida a imponer, haciéndola depender de la gravedad del delito cometido, de los que se prevea que pueda cometer y de la peligrosidad del sujeto. Presenta cierta confusión este apartado por cuanto que si la medida de seguridad se orienta a la prevención especial y, por tanto, a evitar que se produzcan futuras lesiones a bienes jurídicos, el delito ya cometido no puede suponer un condicionante para la aplicación de la medida. La medida deberá ser proporcionada a la gravedad, no tanto del delito cometido, sino de los que cabe esperar que cometa en el futuro. Precisamente la no limitación de la duración de la medida de seguridad al límite temporal de la pena impuesta que se propone en el Anteproyecto es lo que permite afirmar con rotundidad que el fundamento de la medida es la peligrosidad del autor.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Como consecuencia del principio de que la medida de seguridad no puede ser más gravosa que la pena recogida en el actual art. 6.2, el art. 95.2 vigente proscribía la posibilidad de imponer una medida privativa de libertad cuando la pena que hubiera podido imponerse no fuera también privativa de libertad. Tal prohibición se suprime en el Anteproyecto, posibilitando así la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad aunque el sujeto no fuera condenado a una pena de tal naturaleza. Debe estimarse ello congruente con los principios que inspiran la proyectada reforma. En efecto, como se ha apuntado, el supuesto de hecho de la medida de seguridad es la peligrosidad criminal y se orienta al futuro, por lo que ni la duración ni la clase de pena impuesta pueden condicionar el que la medida no pueda alcanzar su fin. No obstante, este principio queda matizado –como veremos más adelante– al imponer al Juez o Tribunal la aplicación, dentro del abanico de medidas adecuadas, la menos grave.

Más allá de los supuestos de custodia de seguridad y libertad vigilada, se sigue contemplando en el Anteproyecto la medida de seguridad del sujeto inimputable. En este ámbito se corrige un defecto del CP de 1995. La medida de seguridad del sujeto peligroso no podía resultar más gravosa ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al delito cometido –artículo 6.2 CP–, o bien el internamiento no podía exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad que hubiera podido imponerse al sujeto culpable – artículo 101 CP–. Eran los conocidos límites de la pena, abstracto y concreto, que delimitaban la duración de la medida. La jurisprudencia, como se sabe, optaba por el límite abstracto. Pero no dejaba de ser un contrasentido confundir peligrosidad y culpabilidad. Era dogmáticamente incorrecto limitar la duración de la medida de acuerdo con la penalidad atribuida a un culpable imaginario. Devenía claro que la limitación de la medida de seguridad debía desvincularse de la duración de la pena.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

En el Anteproyecto se corrige el defecto, estableciendo que la “medida de seguridad será proporcionada a la gravedad del delito cometido y de aquéllos que se prevea que pueda llegar a cometer, así como a la peligrosidad del sujeto”. La fórmula es correcta, con las matizaciones que hemos apuntado, pues basa la duración de la medida de seguridad fundamentalmente en el juicio de peligro que se atribuye al autor. Ello es plausible, por existir una acción u omisión típica y antijurídica, aunque no culpable, que permite graduar la gravedad del hecho y por haberse acreditado en procedimiento contradictorio el juicio de peligrosidad. El fundamento de la prevención especial, en sus vertientes de rehabilitación e inocuización, reclamaba que la peligrosidad por el delito cometido y los que pudiera cometer en el futuro y no la culpabilidad inexistente fuese la que fijase la duración de la medida de seguridad.

Cuadragésimo octavo

Artículo 96

Se mantiene la tradicional clasificación entre medidas de seguridad privativas de libertad y no privativas de libertad. Destaca la supresión de entre las no privativas de libertad de la custodia familiar, la cual se prevé en el Anteproyecto como una de las obligaciones que el Juez o Tribunal puede imponer en los supuestos de libertad vigilada (art. 104 bis.1, 14ª). Asimismo se produce un cambio de *nomen iuris* al sustituir la *inhabilitación profesional* por la *prohibición de ejercicio de la actividad profesional*.

Se mantiene como medida la expulsión del territorio nacional de extranjeros, sin referencia a su residencia ilegal en España, si bien esto será objeto de comentario en otro apartado.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Aún podría establecerse otra clasificación en función de que la medida de seguridad sea de aplicación obligatoria para el Juez o Tribunal, lo que sucede con las mediadas de custodia de seguridad y libertad vigilada, y aquellas cuya imposición es facultativa para el Juez o Tribunal, que son todas las demás.

Cuadragésimo noveno

Artículo 97

Todas las medidas de seguridad tienen un cierto carácter aflictivo en cuanto suponen la privación o restricción de determinados derechos individuales. Sin embargo, resulta evidente que esa afectación resulta mucho mayor en las medidas privativas de libertad. De manera que, siempre teniendo como horizonte la prevención de la peligrosidad del sujeto, deberá aplicarse la medida menos grave, entendiendo como tal la que implique una menor afectación de derechos individuales, ello sin perjuicio de que si para conseguir el fin último de conjurar la peligrosidad del delincuente sea precisa la aplicación conjunta de varias medidas.

Quincuagésimo

Artículo 98

Se establece en este precepto la posibilidad de acordar el internamiento en un centro psiquiátrico cuando en la sentencia se aprecie una eximente completa del art. 20 nº 1 o una eximente incompleta del art. 21. 1 en relación con dicho art. 20 nº 1. En este sentido no hay diferencia con la legislación actualmente vigente. Desaparece la posibilidad en estos casos de internamiento en un



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

centro para educación especial que prevé, junto con el internamiento en un centro para tratamiento médico, el actual art. 101.1. Puede sorprender que, a diferencia de la regulación actual, no se prevea expresamente tanto para este supuesto como para los demás regulados en los arts. 99 y 100 la posibilidad de aplicación de cualquier otra medida de las previstas en el art. 96 como alternativa al internamiento. No obstante, el art. 104.2, a) prevé la posibilidad de aplicar la libertad vigilada, con las obligaciones y condiciones que imponga el Juez o Tribunal, desde la firmeza de la Sentencia en el caso de que el sujeto haya sido absuelto por apreciarse alguna de las eximentes completas o incompletas de los números 1º, 2º ó 3º del art. 20. Igualmente, se prevé la posibilidad de aplicar, tras la extinción de la medida de internamiento, una medida de libertad vigilada.

Quizá resulta desafortunada la expresión “peligro para la sociedad”, concepto extremadamente difuso. La referencia a la prevención de la comisión de nuevos delitos entendemos que resulta suficiente para determinar la aplicación de la medida de internamiento.

La novedad estriba, de acuerdo con lo que se ha puesto de relieve anteriormente, en que no se establece como límite infranqueable para la duración de la medida el de la extensión temporal de la pena, fijándose un plazo máximo de cinco años, pudiéndose acordar prórrogas sucesivas de cinco años cada una, consagrándose así un plazo ilimitado de internamiento, pues si bien, como se verá, se establece la posibilidad de revisar la medida, pudiéndose decretar su cese o la suspensión de su ejecución (art. 103), también se puede acordar la revocación de la suspensión ex art. 103 bis, 2.



Quincuagésimo primero y Quincuagésimo segundo

Artículo 99 y Artículo 100

Lo primero que ha de resaltarse tras la lectura de ambos preceptos es la errónea referencia que se hace en el nº 1 del art. 99 al art. 20 nº 2 (eximente por intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes) cuando en realidad debería hacer referencia al art. 20 nº 3 (eximente de alteración de la percepción), dado que la medida de seguridad para alcohólicos y drogadictos se regula en el art. 100, mientras que para los que sufran una alteración en la percepción las medidas de seguridad para ellos se desarrollan en el art 99, pues otra interpretación llevaría a entender que estos últimos quedarían desprovistos de la aplicación de la medida de internamiento en un centro educativo especial.

Por otra parte, la posibilidad de aplicar la medida de internamiento en un centro de deshabituación no se condiciona, a diferencia de los otros supuestos, a que se haya declarado en la sentencia la eximente completa o incompleta de alcoholismo o drogadicción. Ello debe ser valorado positivamente a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo proclive a aplicar la medida de internamiento en un centro de deshabituación cuando en la sentencia se precie la atenuante de drogadicción como muy cualificada o incluso sin esa cualificación (STS 23-11-2000, 15-7-2002, 23-9-2002).

En este caso sí se establece un límite máximo de la duración de la medida que viene determinado por la duración de la pena de prisión impuesta o un máximo de cinco años si no se hubiera impuesto pena alguna, es decir, si se hubiera apreciado la eximente completa.



Quincuagésimo tercero

Artículo 101

Una de las novedades del Anteproyecto es la consolidación de la posibilidad de aplicar medidas de seguridad después de extinguida la pena. Como dice la Exposición de Motivos, se culmina un sistema dualista de consecuencias penales, pues el sistema monista de nuestra legislación penal fue objeto de una tímida revisión por la Ley Orgánica 5/2010 que introdujo la medida de seguridad de libertad vigilada, a cumplir tras la extinción de la condena por los delincuentes sexuales peligrosos.

Esta concurrencia de dos formas de reacción frente al delito cometido por delincuentes peligrosos –pena y medida de seguridad sin que se superpongan la una sobre la otra- aparece refrendada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su Sentencia de 7 de diciembre de 2009 (caso M. contra Alemania) declaró que la aplicación conjunta de una pena, fundamentada en la culpabilidad, y de una medida de seguridad, fundamentada en la peligrosidad, no es contraria al art. 5 del Convenio de Roma, si bien la aplicación retroactiva de la misma sí constituye violación de los arts. 5.1 y 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

El cumplimiento de una medida de seguridad subsiguiente al cumplimiento de la pena tampoco puede entenderse como contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional.

La STC nº 159/1985 no proscribió que un único hecho puede ser causa de una pena y una medida de seguridad, sin que quepa alegar que la primera trae causa en la culpabilidad y la segunda en la peligrosidad, pues conforme a esa



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

afirmación sería inconstitucional la previsión del art. 104 CP. Lo que esta STC dice es que el principio *non bis in idem* impide que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta.

La STC nº 23/1986 tampoco proscribió que un único hecho puede ser causa de una pena y una medida de seguridad –aunque es cierto que se desliza la afirmación, fuera del contexto de la *ratio decidendi*- sino que lo que rechazó fue la posibilidad de la imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal.

La STC nº 21/1987, de 19 de febrero, tampoco proscribió que un único hecho puede ser causa de una pena y una medida de seguridad, sino que reitera básicamente lo anterior, señalando que la imposición de medidas de seguridad *antes* de la condena penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida son contrarias al principio de legalidad penal, ya que no cabe otra condena -y la medida de seguridad lo es- que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal.

Por otra parte, y como también se apuntó al principio, la introducción de la medida de custodia de seguridad consolida la posibilidad de aplicar las medidas de seguridad también a sujetos imputables. En efecto, hasta la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio en la que se introdujo la libertad vigilada, nuestra legislación sólo conocía dos categorías de estado peligroso: los inimputables y los semiinimputables. Así, quedaban fuera de la órbita de aplicación de medidas de seguridad los delincuentes imputables peligrosos, como son los delincuentes habituales y profesionales de la criminalidad grave en los que la pena proporcionada a su culpabilidad resulta insuficiente para contrarrestar su peligrosidad.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

A este criterio creemos que corresponde la nueva medida de seguridad consistente en la custodia de seguridad recogida en el Anteproyecto. Se opta por el mecanismo más oneroso y riguroso de reacción frente a los delincuentes peligrosos. Como se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos, se trata de una medida utilizada en países de nuestro entorno.

En el Reino Unido, la *Criminal Justice Act* de 2003, prevé las condenas a cadena perpetua, “*life sentences*”, en las que una vez cumplida la pena y satisfecho el fin retributivo, se considera al penado “*in custody*”, pasando a cumplir la parte preventiva de la pena, en la que puede ser puesto en libertad, “*on probation*” sólo si se estima que no constituye amenaza para la sociedad.

Pero es en Alemania donde debe localizarse el germen de esta medida. En efecto, presente en la legislación alemana desde 1933, actualmente se regula en el párrafo 66 del Código Penal de aquel país y está concebida como una prolongación de libertad una vez extinguida la pena de prisión, estableciéndose su imposición en los supuestos de delincuencia grave o reiterada. Desde 1998 se suprimió el límite máximo de diez años para dotar a dicha medida desde entonces de un carácter indefinido. En aquél país, se distingue entre las penas (*Strafen*) y las medidas de seguridad (*Maßnahmen der Besserung und Sicherung*), pero la reacción histórica frente a los sujetos peligrosos ha sido la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*), que puede imponerse en un momento posterior al dictado de la sentencia y en concreto cuando procede pronunciarse sobre la libertad condicional –párrafo 66.a del CP alemán, introducido por Ley de 21 de agosto de 2002-, institución denominada “custodia de seguridad reservada”, o bien acordarse en la misma sentencia, supuesto de la llamada “custodia de seguridad suplementaria”, sin necesidad de reserva, y desde luego ejecutable siempre que a lo largo de la ejecución de la pena se



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

advirtiera la situación de peligrosidad (parágrafo 66.b, introducido por Ley de 23 de julio de 2004).

Lo primero que cabe destacar tras la lectura de este precepto es el de su imposición con carácter obligatorio una vez constatada la concurrencia de los requisitos establecidos para su imposición. Dada la intensidad de la afectación de un bien jurídico de tanta relevancia como la libertad que implica esta medida, tal carácter obligatorio puede suscitar dudas. No obstante creemos que dichas dudas pueden despejarse en parte al recogerse en el art. 102.3 la necesidad, antes de dar inicio a la ejecución de la custodia de seguridad, de verificar el Juez o Tribunal si persisten las circunstancias tenidas en cuenta para su imposición, además de establecerse controles periódicos para comprobar el estado del sujeto, que pueden comportar el alzamiento de la medida.

El artículo establece para la imposición de la medida dos supuestos según el sujeto sea o no reincidente: en el primer caso es necesario la condena a una pena mínima de tres años de prisión por alguno o algunos de los delitos recogidos en el nº 1, apartado 1, a), habiendo sido condenado anteriormente por uno o varios de los delitos a que se refiere dicho apartado a una pena mínima total de dos años, de la que ya hubiera extinguido al menos dieciocho meses y que exista un pronóstico de probabilidad de comisión futura de alguno de los delitos mencionados en el apartado 1, a). En el segundo supuesto, el límite de la pena mínima se eleva a cinco años cuando el sujeto haya sido condenado por *varios* de los delitos a), d) ó f) del nº1 del apartado 1, no exigiéndose en esta caso la existencia de condenas anteriores.

La enumeración de los delitos que llevan aparejada la medida de custodia de seguridad resulta desafortunada. En efecto, se emplea una nomenclatura que



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

en algunos casos no se corresponde con la empleada en el Código Penal. Así por ejemplo se utiliza el término “delitos contra la vida”, “delitos contra la integridad física” o “delitos cometidos con violencia o intimidación sobre las personas”. Tal concreción parece poco compatible con una medida que supone una privación de un bien jurídico tan importante como la libertad y con lo declarado en la Exposición de Motivos al enfatizar la excepcionalidad de esta institución y de que únicamente puede ser impuesta en los casos de comisión de delitos de excepcional gravedad.

Se hace preciso por lo tanto una mayor concreción de los bienes jurídicos cuya agresión demande una reacción del rigor e intensidad que comporta la medida de custodia de seguridad. Así, en cuanto a los delitos contra la vida, debería concretarse su aplicación al homicidio y sus formas (Título Primero, Libro II); en los delitos contra la integridad física las lesiones graves de los artículos 149 y 150; en los delitos contra la salud pública, cuando se trate de sustancias que causen grave daño a la salud en los supuestos agravados contemplados en los artículos 369, 369 bis y 370.

Prevé este artículo el cumplimiento de la medida de seguridad en un establecimiento especial o en un establecimiento penitenciario según resulte más conveniente para la reinserción social del delincuente. Tal previsión legislativa debe venir acompañada de una reforma de la legislación penitenciaria con el fin de regular el régimen de los internos que estén cumpliendo la custodia de seguridad, el cual deberá diferenciarse claramente del de los internos que estén cumpliendo una pena de prisión o se encuentren en situación de prisión provisional. Igualmente, deberá ser objeto de desarrollo legislativo las características del establecimiento especial a que alude el precepto.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Desde luego, más allá de discusiones dogmáticas, la intromisión que la custodia de seguridad supone en el ámbito de los derechos fundamentales del penado debe obligar al legislador a extremar el conjunto de garantías que sirvan de contrapeso al poder estatal. Y entre ellas, la necesidad de adscribir equipos de tratamiento, trabajadores sociales, apoyos psicológicos o formas privilegiadas de cumplimiento que permitan contemplar en el horizonte de la persona sujeta a la custodia la posibilidad real de una revisión y suspensión de su medida que le aproxime a su libertad. La medida debe ser completada en el ámbito del control con instituciones paralelas a la “*service probation*” del derecho anglosajón que controlen rigurosamente la evolución del tratamiento alentando en el horizonte la perspectiva como meta de la libertad. Aquí, como en la libertad vigilada, se debe poner énfasis en los instrumentos penitenciarios o asistenciales de control que nos permitan huir de la intercambiabilidad funcional de pena y medida de seguridad con el consiguiente fraude de etiquetas. En nuestro derecho esos instrumentos están regulados por el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo de 2005, creado precisamente para reglamentar los servicios de asistencia social mencionados en el artículo 105 CP, que curiosamente ahora deja de mentarlos, y que en su capítulo V regula el procedimiento de ejecución de determinadas medidas de seguridad privativas y no privativas de libertad, acordadas por los jueces y tribunales sentenciadores. Igualmente, con carácter previo, establece la elaboración de un plan individual de intervención y seguimiento que será aprobado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria y que se revisará en atención a la evolución de la persona que cumple la medida de seguridad. Es decir, en dicho Decreto aparece con relevante protagonismo la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria y de los servicios sociales como apoyo del Tribunal sentenciador, por lo que deberán seguir considerándose piezas básicas en el diseño de la política de ejecución de las medidas de seguridad.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Se establece un plazo de duración de la custodia de seguridad de diez años. Se trata de un plazo absoluto, a diferencia de otros plazos recogidos en otros preceptos en los que se establece un máximo de la extensión temporal de la medida. No obstante, el sistema de revisiones periódicas que se prevé en el art. 105 en el que se establece incluso el cese de la medida cuando su finalidad hubiera sido alcanzada puede relativizar las objeciones que se puedan formular ante la extensión temporal de dicho plazo.

En todo caso, el Consejo Fiscal quiere subrayar que debe revisarse el catálogo de delitos a los que puede aplicarse la custodia de seguridad, que en la redacción proyectada es muy desafortunado. Igualmente el art. 102.3 debe figurar al principio y se debe especificar que no debe aplicarse de modo automático sino que han de valorarse si concurren los requisitos legales. Debe igualmente reformarse en paralelo la legislación penitenciaria. Debe además establecerse la necesidad de que se adscriban equipos técnicos que asistan al Juez o Tribunal sentenciador en la valoración de la peligrosidad criminal.

Quincuagésimo cuarto

Artículo 102

En el nº 1 de este artículo se fija el sistema vicarial en el caso de que se hubiera impuesto una medida de internamiento de las previstas en los arts. 98, 99 ó 100. El sistema vicarial consiste en una combinación de penas y medidas pero en el que la medida de seguridad va a representar a la pena, con la consecuencia de que el tiempo de cumplimiento de la medida se computa en el de la pena. En relación con el sistema actualmente vigente en el art. 99 cabe



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

destacar que se establece como límite para el abono de cumplimiento de la medida el de las tres cuartas partes de la duración de la pena, no pudiéndose computar más tiempo.

Se establece un régimen especial cuando se hubiera impuesto una pena de prisión de más de cinco años y se hubiera acordado como medida el internamiento en un centro de deshabitación para quienes hubieran cometido el hecho debido a su grave adicción al alcohol, drogas u otras sustancias que produzcan efectos análogos. Debe criticarse el hecho de que en este caso la parte de la pena que se fije debe ser cumplida antes que la medida, lo que puede frustrar el posterior tratamiento que se dispense al alcohólico o drogadicto.

Una vez alzada la medida de seguridad el Juez o Tribunal tiene dos alternativas: o bien acordar la ejecución del resto de la pena o bien acordar la suspensión del resto de la pena por cumplir y concederle la libertad condicional si dicho cumplimiento pone en peligro los efectos del tratamiento conseguidos con la medida.

En el números 3 y 4 se consagra el sistema dualista de las medidas de custodia de seguridad y libertad vigilada, que en el caso de la primera y como se apuntó más arriba exige una comprobación de los presupuestos que justificaron su imposición. También, como se apuntó, no se especifica a qué órgano jurisdiccional compete dicho control, aunque todo parece apuntar que debe ser el órgano sentenciador, si bien en este caso sólo menciona al Tribunal.



Quincuagésimo quinto

Artículo 103

Se establece en este artículo la posibilidad de evaluar en cualquier momento de la ejecución de la medida la concurrencia de los presupuestos que determinaron su imposición. Se suprime la atribución que en tal sentido se encomienda en el actual art. 98 en cuanto a las medidas privativas de libertad al Juez de Vigilancia Penitenciaria, omitiéndose en este precepto del Anteproyecto cualquier referencia al procedimiento a seguir para la revisión de las medidas impuestas y consecuentemente a cualquier mención a la audiencia al penado o al informe del Ministerio Fiscal, déficit que entendemos que debe ser objeto de corrección.

El artículo 98 CP 95 recogía la participación del Juez de Vigilancia en las propuestas de ceses, mantenimiento, suspensión o modificación de las medidas. No se sabe bien si quiere acabarse con la denunciada bicefalia en la ejecución, reservándose exclusivamente en poder del Juez o Tribunal sentenciador, no sólo la imposición, sino también el control de la ejecución, o si quieren seguirse a ultranza las recomendaciones de la STEDH de 17 de diciembre de 2009 cuando exige que la valoración de peligrosidad se lleve a cabo por un Tribunal y en relación con los delitos cometidos. Entendemos, en cualquier caso y más allá de la omisión, que la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria en el control de ejecución de la medida de seguridad y en la coordinación con los órganos asistenciales que apoyan al Tribunal sentenciador es insustituible.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

El art. 3.2 del Código Penal establece que la ejecución de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes. Este control tiene una doble vertiente: por un lado el control de las actividades, técnicas y procedimientos de ejecución y, por otro, el proceso de evolución experimentado durante la ejecución por el sometido a la medida y, por lo tanto, al efecto que la medida produce en el desarrollo del estado peligroso del sujeto. Al omitir el prelegislador toda referencia al procedimiento para la revisión de las medidas ello afecta directamente al principio de legalidad de ejecución de las medidas establecido en el art. 3.1 al proclamar que las mismas, junto con las penas, han de ejecutarse por el Juez o Tribunal competente de acuerdo con las leyes procesales.

Quincuagésimo sexto

Artículo 103 bis

Regula este precepto los supuestos en que puede acordarse la reversión de la medida impuesta a través de la revocación de la suspensión de la ejecución de la misma, cabiendo incluso cuando se produce un conocimiento sobrevenido de circunstancias que de haber sido tenidas en cuenta en el momento de resolver hubieran determinado el rechazo a la suspensión.

En el caso del internamiento psiquiátrico basta para la revocación de la suspensión el que se detecte el riesgo de que el sujeto pueda cometer nuevos delitos, lo que evidentemente deberá estar acreditado a través de los correspondientes informes psiquiátricos.

Se observa un error material en la remisión que realiza el nº 4 de este artículo al art. 97.3, siendo en realidad la remisión correcta al art. 98.3.



Quincuagésimo séptimo

Artículo 103 ter

A diferencia del artículo anterior, un agravamiento de la salud mental del condenado no implica indefectiblemente la reversión de la medida de internamiento, sino que el empeoramiento o las recidivas determinan un internamiento por un plazo limitado máximo de seis meses.

Por otra parte, se detecta el mismo error material que en el precepto anterior, debiendo remitirse al art. 98.3.

Quincuagésimo octavo

Artículo 104

Regula el presente artículo los supuestos en que puede acordarse una medida de libertad vigilada. En relación con la regulación de esta medida contenida en el art. 105 actual, cabe destacar dos novedades: la primera hace referencia al carácter obligatorio de su imposición una vez constatados los presupuestos que la hacen aplicable, esto es, que esté expresamente prevista en la Ley, que se haya impuesto una pena de más de un año de prisión, que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos y que resulte necesaria para compensar, al menos parcialmente, la peligrosidad del sujeto. No obstante debe ponerse de manifiesto la incongruencia en la redacción del primer párrafo del nº 1 de este artículo al anunciar el carácter imperativo en la imposición de esta medida cuando resulta que en los casos que se prevé la imposición de la misma se concibe con un carácter facultativo. Parece que



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

como regla general es preferible el carácter facultativo, con las consiguientes posibilidades de individualización

Frente a estos supuestos, el nº 2 de este precepto establece también su carácter obligatorio cuando el sujeto haya sido absuelto por apreciarse la concurrencia de alguna de las eximentes previstas en los números 1º, 2º ó 3º del art. 20 , o bien la eximente incompleta de dichos números. De manera, que cuando se aprecien tales eximentes o semieximentes, resultará obligatoria la imposición de una medida de libertad vigilada y, potestativamente, una medida de internamiento de las previstas en los artículos mencionados.

En relación con los delitos a los que puede aplicarse la medida de seguridad de libertad vigilada al amparo del artículo 104.1 se ha incrementado el catálogo a los siguientes: homicidio y asesinato, trata de seres humanos, hurtos, robos, extorsión, robo y hurto de uso de vehículos, estafas, receptación y blanqueo de capitales, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y terrorismo.

Quincuagésimo noveno

Artículo 104 bis

Regula este artículo el contenido material de la medida de libertad vigilada mediante la enumeración de las obligaciones y condiciones que se pueden imponer al sujeto a dicha medida. La relación se cierra con unas formulaciones recogidas en el número 16 del apartado 1 y en el apartado 2, que son extremadamente vagas y con difícil encaje con el principio de legalidad de las medidas de seguridad que proclama el art. 3.2 del Código Penal, pues a tal conclusión conduce la formulación de “otras obligaciones y condiciones”



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

orientadas a la formación, trabajo, ocio o desarrollo de la actividad habitual. Debiera precisarse más. El art. 7.1.7ª LORPM, al establecer una cláusula residual en las reglas de conducta imponibles a través de la libertad vigilada, incorpora la siguiente fórmula: *cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.*

Por otro lado, el Consejo Fiscal considera improcedente la inclusión de la medida de inscripción en la oficina de empleo recogida en la regla 12ª, sobre todo si se pone en relación con la duración de la medida prevista en el artículo 104 ter, apartado 1 (mínimo de tres años y máximo de cinco). Igualmente en la regla 15ª se considera que el radio de delitos podría abarcar los previstos en las letras c) y e) del artículo 101, para englobar los delitos que se hubieran cometido con violencia o intimidación o los delitos de incendio, en los que pudiera resultar eficaz la medida de alejamiento o prohibición de acercamiento a determinadas zonas o lugares concretos.

Finalmente se considera que la redacción del apartado tercero *no podrán imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados con las circunstancias del caso* incurre en redundancia al referirse simultáneamente a *excesivos y desproporcionados*.

Sexagésimo

Artículo 104 ter

La duración de la medida de libertad vigilada tiene un plazo mínimo de tres años y un máximo de cinco. No obstante puede prolongarse por plazos



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

sucesivos de cinco años cada uno en los supuestos previstos en el nº 2 del artículo, esto es, cuando se hubieran producido incumplimientos relevantes de las obligaciones y condiciones impuestas de los que puedan derivarse indicios que evidencien un riesgo relevante de comisión futura de nuevos delitos y además el sujeto hubiera sido condenado por uno o varios de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o en los supuestos en que habiéndose producido dichos incumplimientos relevantes con prognosis criminal se hubiera acordado suspender la ejecución de la medida. De acuerdo con estos supuestos, la medida de libertad vigilada puede tener una duración indefinida.

La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 112/1988, de 8 de junio, en relación con el art. 8.1º del Código Penal de 1973, si bien referida a la medida de internamiento, señaló que el internamiento indefinido *“en un establecimiento psiquiátrico, dispuesto en Sentencia penal en los casos y forma determinados en el art. 8.1 del Código Penal, no es en principio contrario al derecho a la libertad reconocido en el art. 17 de la Constitución...”* Continúa señalando la mencionada Sentencia que *“resulta sin duda justificado y razonable tratar penalmente de forma distinta a los cuerdos y a los enajenados mentales y no parece desproporcionado conectar las medidas de seguridad relativas a los últimos, no con el tipo de delito cometido, sino con su peligrosidad... y con la evolución de su enfermedad y, en consecuencia, no puede tacharse de desproporcionado que el tipo concreto de medidas de seguridad a aplicar en cada caso y su duración se vinculen a esa evolución y, por tanto, que ambas sean más indeterminadas que las penas correspondientes a los penalmente responsables y que ni el tipo de medidas ni su duración dependa del tipo de pena y duración que le hubiera correspondido de serle de aplicación la eximente de enajenación mental”*.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Ciertamente, el establecimiento de unos plazos rigurosos en cuanto a la vigencia de la medida privativa de libertad puede ser un obstáculo para el éxito del tratamiento. De ahí que la fijación de un plazo principal y un sistema de prórrogas como el que se prevé resulte acertado, pues permite una mayor adecuación del tratamiento al sujeto de aplicación y entender que la finalidad fundamental de la medida se sitúa en el ámbito terapéutico.

Una incursión en el Derecho comparado permite apreciar como en algunos de los países de nuestro entorno la medida de seguridad consistente en la libertad vigilada tiene también un carácter indefinido en algunos supuestos.

Así, en el Código Penal francés, la duración del seguimiento socio-judicial no podrá exceder de diez años en caso de condena por delito o de veinte años en caso de condena por crimen. Con todo, en materia correccional, la duración podrá elevarse a veinte años mediante resolución especialmente motivada por parte del órgano jurisdiccional sentenciador; cuando se trate de un crimen castigado con treinta años de reclusión criminal, la duración será de treinta años; cuando se trate de un crimen castigado con reclusión criminal perpetua, la *Cour d'assises* podrá decidir que el seguimiento socio-judicial se aplique sin limitación de tiempo, quedando a salvo la posibilidad de que el Tribunal de *l'application des peines* ponga fin a la medida tras la expiración del plazo de treinta años (art. 131-36-1).

En cuanto al Código Penal italiano, será declarado delincuente por tendencia quien, aun no siendo reincidente, delincuente habitual o profesional, cometa un delito no culposo contra la vida o la integridad física de las personas, (...) siempre que (...) revele una especial inclinación al delito, que encuentre su causa en la índole especialmente malvada del culpable” (art. 108 CPI).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Además de la pena, la declaración de tendencia a delinquir determina la imposición de medidas de seguridad, entre las que se encuentra la libertad vigilada, necesariamente en sentencia (art. 109 CPI).

Las que hayan sido impuestas junto a una pena privativa de libertad serán cumplidas después de la extinción de la pena (art. 211). No podrán ser revocadas mientras la persona sometida a ellas no deje de ser socialmente peligrosa y, para hacerlo, tiene que haber transcurrido el período mínimo previsto por la ley, que en el caso de los “delincuentes por tendencia” es de cuatro años (art. 217).

Por lo que se refiere al Código Penal alemán, la sujeción a vigilancia judicial (supervisión del comportamiento) tiene una duración mínima dos años y máximo cinco años. El tribunal puede acortar la duración máxima. No obstante, el tribunal puede ordenar que la duración máxima se sobrepase y sea indefinida cuando el condenado no acate ciertas órdenes y deba temerse un peligro para la comunidad por la comisión de posteriores hechos punibles relevantes.

El tribunal acabará con la sujeción a vigilancia de autoridad cuando sea de esperar que el condenado también sin ella no cometa más hechos punibles. La terminación solo es permitida cuando por lo menos haya vencido la duración mínima legal.

En lo que se refiere al nº 3 de este artículo, se advierte una clara contradicción entre lo manifestado en el mismo y lo recogido en el artículo 102.4. En efecto, este último precepto señala que en el caso de que se hubiera impuesto una pena de prisión y una medida de libertad vigilada, la pena privativa de libertad se ejecutará en primer lugar. Sin embargo, el nº 3 del art artículo 104 ter



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

preceptúa que la libertad vigilada comienza con la firmeza de la sentencia en los supuestos en los que la imposición de dicha medida esté prevista en la Ley para el delito cometido (art. 104. 1) y cuando el sujeto haya sido absuelto al haberse apreciado la concurrencia de las eximentes completas o incompletas previstas en los números 1º, 2º ó 3º del art. 20 o con la resolución en que se acuerde la suspensión de otra medida de seguridad privativa de libertad, en los demás casos (artículos 103.1, c) y 104.2, b)). Si bien en los supuestos primero y tercero no se plantean problemas, sí surgen el relación al segundo supuesto, pues no parece que la libertad vigilada deba comenzar con la firmeza de la sentencia, pues con ésta lo que debe comenzar es el cumplimiento de la pena privativa de libertad y sólo después de la extinción de ésta debería empezar a cumplirse la medida de libertad vigilada.

Finalmente el Consejo Fiscal considera que la introducción de conceptos jurídicos indeterminados a efectos de prórroga pudiera plantear algún problema de inseguridad jurídica, por lo que propone sustituir la fórmula referida a “incumplimientos relevantes” por otra más concreta como pudiera ser “incumplimientos reiterados”.

Sexagésimo primero

Artículo 105

Con el fin de evitar cualquier confusión, este artículo debería mencionar que todo el régimen de revisión de la medida que en él se contiene viene referido a la medida de libertad vigilada, pues el sistema de revisión del resto de las medidas de seguridad se contiene en el art. 103. En dicho sistema se prescinde de toda intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria como se comentó anteriormente.



Sexagésimo segundo, Sexagésimo tercero y Sexagésimo cuarto

Artículos 106, 107 y 108

Finalmente, cabe decir que parecen no regularse, en su dimensión delictiva, las consecuencias del incumplimiento reiterado y grave de las obligaciones impuestas, revelador de la voluntad de no someterse a su cumplimiento, que desde luego se reconducirán al delito de quebrantamiento de condena, pero que hubiera exigido en sede de parte general, como en el actual artículo 106.4 CP, una ley previa, escrita y cierta que delimitase su contorno típico. Por el contrario, sí que se tipifican en el artículo 468.3 las consecuencias penales de la perturbación de funcionamiento de los dispositivos técnicos colocados para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares. Es decir, se ha delimitado el contorno típico del incumplimiento de la obligación decimoquinta del artículo 104 bis, pero creemos que en el artículo 106 deberían haberse perfilado los contornos del delito del artículo 468 CP en cuanto al resto de obligaciones impuestas, exigiendo un incumplimiento reiterado y grave que fuese además revelador de su propósito de no someterse al cumplimiento de la medida de libertad vigilada para que exista el delito de quebrantamiento de medida.

Por lo que se refiere al art. 108 y dado que la modificación que se propone en el Anteproyecto únicamente afecta a la situación del ciudadano extranjero respecto del cual no se exige su residencia ilegal en España, nos remitimos a los comentarios efectuados en el art. 88.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

El Consejo Fiscal considera que en el art 106 debiera determinarse el Juez o Tribunal que “refunde” las libertades vigiladas, entendiéndose que podría ser el último Tribunal sentenciador.

Sexagésimo quinto

Se modifica la rúbrica del título V del libro I del Código Penal, que pasa a denominarse: *de la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales*.

La única modificación consiste en la supresión de la referencia a las faltas junto con los delitos.

Sexagésimo sexto

Artículo 109.1

La modificación propuesta se limita a la supresión de la mención a las faltas.

Sexagésimo séptimo

Artículo 111.1

Como en el artículo precedente, se suprime la mención a las faltas.

Sexagésimo octavo

Artículo 116.1

La modificación se limita a la supresión de la referencia a las faltas, por desaparecer el Libro III del Código Penal.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Sexagésimo noveno

Artículo 120

Como en los artículos anteriores, la modificación consiste en la supresión de toda referencia a las faltas.

Septuagésimo

Artículo 122

Igualmente, se suprime la mención a las faltas.

Septuagésimo primero

Artículo 123

La única modificación consiste en la supresión de la referencia a las faltas.

Septuagésimo segundo

Se modifica el artículo 127

La modificación de la institución del comiso se realiza mediante la modificación de los artículos 127 y 374, que a su vez se acompaña con la introducción de cinco artículos nuevos: del 127 bis al 127 sexies, complementada mediante la Disposición Transitoria Séptima.

La reforma tiene la finalidad de unificar, sistematizar y desarrollar la regulación del comiso con carácter general para todos los delitos, dejando sin efecto la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

doble regulación actual contenida en el artículo 127, referida al comiso en general, y en el artículo 374 para los delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales derivado de estas actividades delictivas.

Además la nueva regulación tiene por virtud adelantar la adaptación de la legislación española a la nueva regulación del decomiso a la nueva propuesta de Directiva sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea que se está en estos momentos negociando en el Parlamento y Consejo de la Unión Europea y que, en su artículo 5, ya aceptado por España prevé la incorporación del decomiso sin condena en los casos concretos que se determinan y coinciden con la redacción del anteproyecto

El Anteproyecto introduce importantes modificaciones con el objeto de facilitar instrumentos legales que sean de utilidad en la efectividad de la ejecución del comiso.

El artículo 127 del Anteproyecto contiene tres apartados:

En el primero se mantiene la regulación actual del comiso como una consecuencia accesoria de la infracción penal, con la única modificación consistente en la supresión de la referencia a las faltas en concordancia con la eliminación que de ésta clase de infracciones realiza el Anteproyecto.

El segundo apartado mantiene en idénticos términos la posibilidad, introducida mediante la modificación operada por LO 5/2010, de 22 de junio, de acordar el comiso en el caso de delitos imprudentes, cuando la Ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a una año. La explicación a esta limitación hay que buscarla en la mayor gravedad de estos comportamientos y en el propio artículo 2 de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de la Unión Europea, que fija ese mismo límite de pena privativa de libertad superior



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

a un año, como presupuesto a partir del cual los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para poder proceder al decomiso total o parcial de los instrumentos y productos de infracciones penales, sin distinción de si se trata de comportamientos dolosos o culposos.

Nótese que el Anteproyecto no modifica el carácter facultativo de que el Juez o Tribunal pueda acordar esta consecuencia accesoria, a diferencia de los supuestos de delitos y faltas dolosos en relación con los cuales, a salvo el respeto al principio acusatorio, el comiso de efectos, bienes, instrumentos y ganancias tiene carácter preceptivo.

El apartado tercero del artículo 127 mantiene la misma regulación en relación con el denominado comiso por el valor equivalente.

Septuagésimo tercero

Se introduce un artículo 127 bis

Mediante el presente Anteproyecto de reforma, transcurridos escasamente dos años desde la entrada en vigor de la modificación precedente del denominado “comiso ampliado”, el prelegislador pretende un nuevo paso en orden a establecer la base normativa de esta institución.

Efectivamente, el “comiso ampliado” fue introducido mediante la reforma 5/2010, de 22 de junio, siguiendo las directrices de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero, cuya base argumental hacía propia en su Exposición de Motivos al indicar que *el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito, es objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra la delincuencia organizada*. Con dicho objeto se incorporó esta figura en el segundo párrafo al apartado primero del artículo 127, que ahora se traslada



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

con nueva redacción al artículo 127 bis, otorgando al órgano judicial sentenciador la facultad de hacer extensivo el comiso, en el caso de las organizaciones criminales o terroristas a todos los bienes, instrumentos y ganancias procedentes de cualquier actividad delictiva imputable a dicha organización, aun cuando no se circunscriban al acto ilícito concreto objeto de enjuiciamiento.

Ahora, según se expresa en la Exposición de Motivos se pretende extender el ámbito del comiso ampliado, limitado en la actualidad a los delitos de terrorismo y a los cometidos por organizaciones criminales, a otros supuestos en los que es frecuente que se produzca una actividad delictiva sostenida en el tiempo de la que pueden derivar importantes beneficios económicos, concretamente: delitos contra la salud pública, falsificación de moneda, blanqueo, receptación, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, prostitución, explotación y abuso de menores, delitos informáticos y corrupción en el sector privado.

La relación de delitos que dan lugar a la posibilidad del decomiso ampliado debería ser más extensa si quiere responder a la finalidad pretendida y deberían incorporarse todos aquellos delitos que tienen que ver con la corrupción pública (cohecho, malversación, etc.) y no solo con la corrupción privada y en general cualquier delito económico debería ser base suficiente para dar lugar a esta posibilidad de decomiso ampliado si se dieran el resto de las condiciones

Por otro lado, la dicción del texto legal resulta confusa, además de plantear problemas importantes de interpretación.

Llama la atención la utilización del término “*similares*”, cuya amplitud generará situaciones de incertidumbre e inseguridad jurídica, pudiendo resultar



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

atentatorio contra el principio de legalidad que rige el Derecho Penal, que exige en la descripción de los tipos penales conceptos concretos.

Además, las actividades que se relacionan en el precepto no guardan entre ellas tal condición de similitud, de forma que, a su tenor, no podría decretarse el comiso de bienes y efectos respecto de los que existan indicios de que proceden de blanqueo de capitales, cuando el sujeto al que pertenecen ha sido condenado por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, dado que ambas actividades no son similares.

Por lo que se refiere a esta *apreciación de indicios referidos a la procedencia de los bienes*, introducida con otros términos mediante la reforma 5/2010, de 22 de junio, este Consejo Fiscal informó que tal apreciación indiciaria no incide ni en el núcleo de la acción delictiva objeto de enjuiciamiento ni en la imputación de dicha acción a persona concreta y determinada. Tal y como aparece configurada, opera respecto de personas condenadas en un proceso penal tramitado con todas las garantías y en las que el imputado ha tenido la posibilidad de ejercer debidamente su derecho a defenderse de las acusaciones formuladas contra él. Sus consecuencias, por tanto, son exclusivamente de carácter patrimonial y económico, derivadas en todo caso de la acreditación de la comisión de actividades ilícitas relacionadas con el crimen organizado y, además, dichos indicios son susceptibles de ser enervados mediante prueba en contrario que acredite o justifique el origen lícito del patrimonio cuestionado. Su configuración, por tanto, es similar al de una presunción “*iuris tantum*” que admitiendo prueba en contrario, será en todo caso objeto de valoración judicial.

Hay que significar, que la regulación que introduce el Anteproyecto en el último párrafo del apartado 1 del artículo 127 bis, desvincula la expresada apreciación indiciaria de alguna actividad delictiva concreta, al establecer que “*Entre otros,*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

podrá constituir un indicio suficiente de origen ilícito de los bienes o efectos el hecho de que su valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por las personas con relación a las cuales el comiso se acuerda”.

La interpretación de este párrafo puede llevar a la posibilidad de decretar el comiso ante cualquier enriquecimiento injustificado que resulte desproporcionado. Esto sí puede suponer una autentica inversión de la carga de la prueba y, por tanto, la posible vulneración del principio de presunción de inocencia. Por ello, se estima conveniente relacionar expresamente este párrafo con el contexto del artículo, al menos iniciando dicho párrafo con una expresión similar a “*A los efectos expresados en este apartado...*”.

En relación con los apartados 3 y 4, este Consejo Fiscal vuelve al objetar lo ya indicado anteriormente en relación con la expresión “*delitos similares*”, no es apropiada en la definición de los tipos penales, donde se requiere la máxima concreción la describir los elementos que configuran las conductas.

Se recomienda añadir en este precepto la cláusula “sin perjuicio de lo previsto en el art. 301”

Septuagésimo cuarto

Se añade un artículo 127 ter.

Se valora positivamente la introducción de este nuevo artículo que responde a la armonización internacional en relación con el denominado “comiso sin condena”, que el Anteproyecto limita a los supuestos de que el sospechoso o acusado haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento, así como cuando se encuentre en rebeldía, existiendo en ambos el peligro de que puedan prescribir los hechos imputados.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Se valora positivamente esta modificación que tendrá sus principales efectos sobre sujetos en situación de rebeldía, evitando que éstos puedan recuperar la posesión de los mismos ante la prescripción de los delitos de los que los bienes o efectos proceden.

En todo caso, y sin entrar a valorar todas las iniciativas internacionales que reclaman esta figura sería imprescindible que la exposición de motivos hiciera una valoración amplia de la naturaleza jurídica de este decomiso. La idea apuntada en la disposición transitoria sobre la tramitación conforme a las normas del juicio verbal permite considerar que esta acción tendrá una naturaleza civil. No puede dejar de apuntarse que esta decisión tienen consecuencias importantes desde el punto de vista de la posterior cooperación internacional en el caso de que fuera necesario acudir a ella para la ejecución de este decomiso sin condena.

Septuagésimo quinto

Se añade un artículo 127 quáter

Este nuevo artículo viene a desarrollar la posibilidad de decretar el comiso de bienes transferidos a terceras personas, lo cual, a tenor de la legislación vigente, no es posible *cuando pertenezca a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.*

En virtud del texto proyectado se amplían los supuestos en los que se podrán decomisar los bienes o efectos, o su valor equivalente, cuando *hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado, siempre que el tercero adquirente hubiera conocido o hubiera tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que se trataba de bienes*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso.

La protección de terceros de buena fe tiene su límite en lo dispuesto en el art. 122 CP en relación a la responsabilidad del partícipe a título lucrativo, así como con el principio plasmado en diferentes normas del derecho privado, entre ellas los art. 638 del Código Civil, art. 85 del Código de Comercio y el art. 34 de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor no se protege la propiedad de las adquisiciones a título gratuito o lucrativo frente a la acción reivindicatoria y, por tanto, no se genera *ope legis* la adquisición del derecho de propiedad.

La nueva regulación proyectada reduce el límite de protección de los terceros al dejar fuera de su amparo a las adquisiciones a título oneroso cuando el precio sea inferior al real del mercado, cuando se den las circunstancias de mala fe expresadas en la disposición.

El Consejo Fiscal valora positivamente la expresada modificación, toda vez que reduce considerablemente el campo de acción de los denominados “testaferros” o “personas interpuestas”.

Septuagésimo sexto

Se añade un artículo 127 quinquies

En este artículo se regula la posibilidad en fase de ejecución de sentencia y cuando no sea posible llevar a cabo en su integridad el comiso acordado, de decomisar otros bienes del mismo valor al de la parte no ejecutada del comiso inicialmente acordado. Esta figura fue introducida mediante reforma llevada a



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

efecto por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de Noviembre, analizada extensamente en las Circulares 1/2005 y 2/2005 de la Fiscalía General del Estado.

Septuagésimo séptimo

Se introduce un artículo 127 sexies

Se traslada al nuevo artículo 127 sexies el contenido del vigente artículo 374.1 y 2 referido a la posibilidad de utilización provisional por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de los bienes decomisados en los delitos de tráfico de drogas, con el objeto desarrollar la regulación al respecto, dotándola de carácter general para todos los delitos. A estos efectos se introducen algunos cambios para alcanzar la concordancia con lo dispuesto en el art. 367 ter LECrim, ampliando dicha posibilidad a las Policías Autonómicas, Servicio de Vigilancia Aduanera e incluso otras Administraciones Públicas cuando se trate de bienes especialmente idóneos para la prestación de un servicio público.

El Consejo Fiscal valora positivamente esta modificación en cuanto sistematiza y desarrolla la hasta ahora doble regulación del comiso, contenida en los artículos 127 y 374 del Código penal.

No obstante, en la redacción del apartado tercero de este artículo sería oportuno que donde dice que los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, determine de forma más explícita y categórica que “serán adjudicados íntegramente al Estado” de modo que no puedan ser utilizados para el abono de las costas procesales.



Septuagésimo octavo

Supresión del apartado 3 del artículo 129

El anteproyecto suprime el apartado 3 del artículo 129 CP, donde se contempla la posibilidad de imponer como medida cautelar, durante la tramitación de la causa, a las organizaciones, empresas o grupos carentes de personalidad jurídica, de las medidas de clausura temporal de locales o establecimientos, suspensión de actividades o intervención judicial. El Consejo Fiscal considera que esta reforma no es adecuada, en tanto que recorta, sin la necesaria justificación, facultades del Juez de Instrucción que, por lo demás, se mantienen íntegramente cuando es sujeto pasivo del proceso una persona jurídica, tal y como autoriza el inciso que cierra el art. 33.7 CP, precepto que no ha sido afectado por la presente reforma.

Septuagésimo noveno

Artículo 130.1.5

La novedad de la reforma es simplemente la supresión de la mención a las faltas, por las razones expuestas en numerosos apartados.

Octogésimo

Se modifica el artículo 131

Presumiblemente la intención del prelegislador al modificar este artículo ha sido la supresión de la referencia a prescripción de las faltas. Pero conviene llamar



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

la atención de que la reforma también modifica el vigente régimen de prescripción de los delitos de injuria y calumnia, reformado recientemente *Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General*, estableciendo que 1. *En el artículo 131.1, se suprime el siguiente párrafo: «Los delitos de calumnia e injuria prescriben al año»*. Modificación que no fue acompañada de la que hubiera sido razonable reforma del artículo 1968 del Código Civil.

Por tanto, en la actualidad la prescripción de los delitos de injuria y calumnias es de cinco años. Aunque el Consejo Fiscal estima más razonable el plazo de prescripción de los delitos de injuria y calumnia de un año, para evitar interpretaciones incorrectas sería conveniente que en la Exposición de Motivos de este Anteproyecto se hiciera una referencia al fundamento un nuevo cambio en un texto penal que entró en vigor en enero de 2011.

También se estima que sería deseable aprovechar esta reforma del Código Penal para introducir una previsión clara que termine con los problemas derivados de las diferentes interpretaciones referidas al efecto interruptivo de la prescripción a los casos de suspensión por razón de la tramitación de indulto o de suspensión como forma sustitutiva de cumplimiento de la pena.

Debe recordarse que en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2006. Efectivamente, en el capítulo correspondiente a las propuestas de reforma legislativa se señalaba que, aunque una interpretación lógica del precepto, como la llevada a cabo el Tribunal Supremo, “lleva a entender que el contenido esencial de la prescripción es la inactividad y que, por tanto, el simple transcurso del tiempo ha de ir acompañado de dicha inactividad para que se produzcan efectos prescriptivos [...] convendría que se recogiera así expresamente”. Añadía la Memoria que pese a la “interpretación



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

jurisprudencial” que “expresa taxativamente que el plazo de prescripción queda interrumpido por el acuerdo del tribunal de suspender la ejecución de la pena [...] convendría completar el artículo 134 del Código Penal” con un nuevo párrafo del tenor siguiente: “quedará interrumpido el plazo de prescripción cuando la condena comience a ejecutarse de cualquiera de las maneras legalmente previstas, incluida la suspensión, cuando se suspenda su ejecución por previsión legal o en tanto se ejecutan otras condenas que impidan su cumplimiento simultáneo”. Esta propuesta se reiteró en la reciente Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/2012, de 27 de junio, *sobre la interrupción del plazo de prescripción en los supuestos de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad*.

Octogésimo primero

Artículo 132.2

La única novedad es la supresión de la mención que a las faltas se hacía, junto al delito, en diferentes apartados del precepto.

Octogésimo segundo

Se modifica el artículo 136

Según se expresa en la Exposición de Motivos la modificación de este artículo responde al intercambio de antecedentes penales entre los Estados miembros de la Unión Europea -impulsado por la Decisión Marco 315/2009 de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

miembros y la Decisión 2009/316/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS)-, habiéndose puesto de manifiesto la necesidad de simplificar el procedimiento de cancelación de los antecedentes penales, evitando que transcurridos los plazos previstos en el artículo 136 del Código Penal, figuren vigentes en el Registro Central de Penados condenas que debieran ser canceladas.

La proyectada reforma del artículo 136 del Código Penal tiene por objeto facilitar el procedimiento de cancelación de los antecedentes penales, suprimiendo la exigencia del informe del Juez o Tribunal sentenciador y el requisito de la constancia del pago de la responsabilidad civil o la insolvencia del penado.

Se revisan los plazos previstos para la cancelación, que en algunos casos resultaban excesivamente breves teniendo en cuenta la gravedad de determinados delitos y en comparación con los establecidos en los países de nuestro entorno.

Nada tiene que objetar el Consejo Fiscal la reforma de este artículo, con la salvedad de estimar que la referencia que se hace en el apartado tercero a los plazos del *apartado anterior*, debería ser *a los dos apartados anteriores*.

Octogésimo tercero

Se introduce un artículo 136 bis

Mediante este nuevo artículo se completa el régimen de cancelación de los antecedentes penales al establecerse que el Registro Central de Penados procederá a dar de baja las inscripciones practicadas transcurridos



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

determinados plazos desde la cancelación de los antecedentes, la firmeza de la sentencia o en caso de fallecimiento del penado.

Finalmente, se incluye una regulación de la cancelación para los antecedentes de las personas jurídicas que puedan resultar penalmente responsables y de las consecuencias accesorias impuestas.

Regulación a la que el Consejo Fiscal nada tiene que objetar.

COMENTARIO A LA PARTE ESPECIAL

Octogésimo cuarto

Artículo 139

El artículo 139 CP sufre tres modificaciones. Según indica la Exposición de Motivos del Anteproyecto se revisa la definición del asesinato, para lo que se añade una nueva circunstancia que cualifica el asesinato, quedando redactada como sigue:

4ª. Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

El Consejo Fiscal no considera adecuada la introducción de esta nueva circunstancia cualificadora del asesinato, pues es de prever que suscitará delicados problemas concursales de difícil resolución a la hora de calificar el delito facilitado o encubierto y podría incluso lesionar el principio *non bis in idem*. Se sugiere por ello su supresión.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Por otra parte, la pena en abstracto se eleva en su límite máximo, pasando de veinte a veinticinco años de prisión. La extensión total de la pena en abstracto queda, pues, de quince a veinticinco años de prisión.

Asimismo, la reforma añade un nuevo párrafo al prever que el contenido del artículo 140 pase a ser el apartado 2 del artículo 139, que queda redactado como sigue:

2. Cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior, se impondrá la pena en su mitad superior.

Se mantiene la misma penalidad ya que en el artículo 140 se preveía la pena de prisión de veinte a veinticinco años.

Debe hacerse una observación en relación a dicho apartado, ya que, al mantenerse el texto del artículo 140, se observa un error material, pues en lugar de **artículo anterior**, debiera decir **apartado anterior**.

Octogésimo quinto

Artículo 140

Este artículo, de nueva redacción, define los asesinatos especialmente graves, para los que se prevé la pena de prisión permanente revisable, quedando redactado como sigue:

1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

1ª. Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, o discapacidad física o mental.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

2ª. Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.

3ª. Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a una organización criminal.

2. Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en los artículos 78.1.b y 78.2.b de este Código.

Respecto de este apartado parece existir una contradicción entre su contenido y la Exposición de Motivos, ya que en la misma se indica que se refiere a los asesinatos reiterados o cometidos en serie, lo que implica la muerte de dos o más personas, mientras que el precepto alude a la muerte de más de dos personas.

Se produce además un error material al hacer referencia al artículo 78.1b pues tal numeración no existe ni en el CP ni en el Anteproyecto. Es posible que el prelegislador haya querido referirse al artículo 78 *bis*, apartados 1 b y 2 b, que es donde se regulan los efectos de la acumulación de la pena de prisión permanente revisable con otras penas privativas de libertad, por lo que, de ser así, procedería la corrección de esta cita.

Se observa, por otra parte, una clara incongruencia sistemática en el hecho de que el proyectado artículo 140.1 recoja tres circunstancias agravatorias de la figura especial del asesinato que, sin embargo, no figuran como agravantes específicas del delito base de homicidio, por lo que, caso de concurrir en la ejecución de un delito de homicidio común su influencia en la determinación de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

la pena quedaría condicionada a su eventual subsunción en alguna de las circunstancias agravantes genéricas previstas en el art. 22 CP –*v. gr.* el abuso de superioridad, cuando la víctima es especialmente vulnerable- o en su caso a su consideración como un elemento a valorar en el proceso de individualización de la pena conforme a los parámetros establecidos en el art. 66 CP: se consume así la paradoja de que al que mata dolosamente no le son aplicables las cualificaciones del art. 140.1 si en la ejecución del hecho no ha incurrido en alguna de las modalidades típicas del asesinato previstas en el art. 139 CP. El Consejo Fiscal considera que esta deficiencia sistemática debe ser solventada en ulteriores trámites del Anteproyecto, y que para ello es necesario que las circunstancias cualificadoras que se introducen en sede de asesinato por medio del art. 140.1 sean previstas igualmente como agravantes específicas del delito de homicidio del art. 138 CP, aunque no con el efecto de aplicar la pena de prisión perpetua revisable, como se hace en el asesinato, sino de exasperar la pena de prisión prevista en el art. 138 mediante su aplicación en su mitad superior, o, si se estima pertinente, mediante la previsión de su elevación, obligatoria o facultativamente, en un grado.

En relación con la circunstancia 1ª del art. 140.1, de cometer el asesinato sobre víctima menor de 16 años, el Consejo Fiscal observa una clara discordancia entre esta edad y la de 13 años por la que resueltamente se opta en otros apartados del Código Penal como elemento desencadenante de una protección más intensa de las víctimas que no la alcancen –*v. gr.*, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales-. Las razones que motivan la diferente selección de la edad de protección especial en el caso del asesinato debe ser debidamente explicada en la parte expositiva del texto, o en su caso, procede que en el texto articulado se homologue la menor edad de 13 años como elemento cualificador del asesinato.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Octogésimo sexto

Artículo 140 bis

Se introduce este nuevo artículo que queda redactado en los siguientes términos:

“A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada”

La referencia que se hace al **Capítulo** es incorrecta porque no existe tal Capítulo, pues el homicidio y sus formas se regulan en el Título I del Libro II. Se debería aclarar a qué delitos se debe aplicar la medida, si solo a los delitos de homicidio y asesinato o a todos los delitos del Título, en el que se regulan, además, las resoluciones manifestadas de la voluntad del artículo 141, el homicidio imprudente del artículo 142 y los delitos de auxilio e inducción al suicidio del artículo 143 CP.

Octogésimo séptimo

Artículo 147

Se modifica el artículo 147 como consecuencia de la supresión de las infracciones constitutivas de falta, tipificando como delito leve la falta de lesiones y la falta de malos tratos de obra.

En el apartado 1 se elimina la referencia al tratamiento médico o quirúrgico, que se exigía para la tipificación de la lesión como delito y el párrafo segundo del mismo apartado que castigaba con la misma pena que el tipo básico del



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

delito de lesiones al que, en el plazo de un año hubiera realizado cuatro veces la conducta tipificada como falta de lesiones.

El apartado 2 mantiene la misma redacción con una única diferencia relativa a la pena de multa que ve reducido su límite mínimo, pasando de seis meses a uno, para adecuarlo al que se preveía para la anterior falta de lesiones.

El nuevo apartado 3 incorpora la anterior falta de malos tratos de obra. Se sanciona con mayor pena al incrementarse la pena de multa que tenía una extensión de 10 a 30 días y pasa a ser de uno a dos meses.

El apartado 4, también de nueva creación, introduce la necesidad de la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal como requisito de perseguibilidad.

Es posible hacer una serie de objeciones en relación a este último apartado. El vigente art. 639 CP establece *que en las faltas perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquella fuere menor de edad, incapaz o una persona desvalida.*

La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención.

En estas faltas, el perdón del ofendido o su representante legal extinguirá la acción penal o la pena impuesta, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130.

El artículo 639 CP incluido en el Libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal queda derogado en virtud de la Disposición Derogatoria Única del Anteproyecto. Sin embargo en la nueva redacción del artículo 147 no se menciona la posibilidad de que el Ministerio Fiscal formule



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

denuncia, ni se contempla la práctica de diligencias a prevención, ni se hace referencia al perdón. Sería conveniente incluir estos extremos.

La práctica de diligencias a prevención resulta necesaria ya que, en las lesiones recogidas en el apartado 2, para determinar la gravedad del hecho debe atenderse al medio empleado o al resultado producido, lo que implica la necesidad de practicar diligencias de investigación.

Por lo que respecta al perdón, igualmente debería hacerse una mención expresa al mismo porque, según dispone el artículo 130 del CP y del Anteproyecto: *“La responsabilidad criminal se extingue...5º Por el perdón del ofendido, cuando la Ley así lo prevea”* y, en los casos en que el perdón no ha de surtir efecto, también lo dice expresamente la Ley (artículo 191.2 del C.P.)

Octogésimo octavo

Artículo 153.1 y 5

La modificación únicamente afecta en cuanto al número 1 a la sustitución de la palabra “lesión no definida como delito” por “lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del art. 147”, por lo que además de el golpeo o maltrato de obra sin producción de lesión que recoge la redacción actual, en el ámbito de la violencia de género y doméstica se incluyen las lesiones de menor gravedad atendidos el medio empleado o el resultado producido.

En lo que se refiere al número 5 la reforma únicamente se refiere a la posibilidad de aplicar en estos casos una medida de libertad vigilada.



Octogésimo noveno

Artículo 156

El Anteproyecto prevé la modificación del artículo 156 del CP para adaptarlo al concepto de discapacidad previsto en el artículo 25 del CP, en los siguientes términos:

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvar el prevalente, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil.

El párrafo primero reproduce el texto anterior sustituyendo únicamente la expresión “incapaz” por “carezca absolutamente de aptitud” –para prestar el consentimiento-.

El párrafo segundo, que trataba de la esterilización de “persona incapacitada”, tiene una nueva redacción, al referirse a las “personas que no pueden prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior” y remitir



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

a las leyes procesales civiles la regulación de los supuestos de esterilización de las personas con discapacidad, atendiendo a las recomendaciones del Comité de Seguimiento de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad . De acuerdo con ello, la Disposición Adicional Segunda proyectada establece *que la esterilización a que se refiere el párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal deberá ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve; oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal; y previo examen por el Juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento.*

Al referirse el párrafo segundo a las “personas que no pueden prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior”, se excluyen de la despenalización los supuestos de las personas con discapacidad que puedan prestar consentimiento libre e informado.

El ámbito procesal de la autorización judicial, que puede realizarse en el procedimiento de modificación de la capacidad, o en un procedimiento contradictorio posterior, no se determina en el propio artículo, como establece la regulación vigente, sino en la Disposición Adicional Segunda.

El Consejo Fiscal considera que el tenor que se da al apartado 2 del art. 156 proyectado resulta un tanto confuso y no mejora el texto actual, por lo que se propone que se mantenga éste.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Nonagésimo

Artículo 156 ter

El Anteproyecto de Reforma del Código Penal introduce un nuevo artículo 156 ter que incluye la posibilidad de la medida de libertad vigilada, en los siguientes términos: *A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada.*

Como observación puramente gramatical, la referencia a los delitos comprendidos en el **Capítulo**, debe ser a los delitos comprendidos en el **Título**, ya que dicho artículo se ubica en el Título III DE LAS LESIONES, que carece de capítulos.

Nonagésimo primero

Artículo 166

Se modifica la regulación del delito de detención ilegal y del secuestro con desaparición, que queda redactado como sigue:

1.-El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado con una pena de prisión de diez a quince años.

2.-Se impondrá una pena de quince a veinte años cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la víctima fuera menor de edad.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

b) Que el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad.

El artículo 166 sufre tres modificaciones. La pena, ya no se determina en función de la modalidad de detención ilegal cometida, se elimina la expresión “salvo que la haya dejado en libertad” y por otra parte se añaden dos supuestos agravados.

Con respecto a la penalidad, se fija una pena única de diez a quince años de prisión, equivalente a la que se establece para el delito de homicidio.

Dicha penalidad ya era imponible, por aplicación del artículo 164 CP, para la figura del secuestro cometido exigiendo alguna condición para poner en libertad a la persona detenida, cuando el encierro o detención hubiera durado más de quince días. De ahí que, el delito de secuestro, cuando no se dé razón de la persona detenida, esté sancionado con menor pena en el Anteproyecto. En efecto, el artículo 166 del CP prevé la imposición de la pena superior en grado para el secuestro en el supuesto de que no se dé razón de la persona detenida y la detención hubiera durado más de quince días, lo que implica una pena de hasta veintidós años y seis meses de prisión, salvo que la hubiera dejado en libertad.

No resulta congruente que, si el artículo 166 preveía una agravación de la pena, para los delitos de detención ilegal y secuestro, cuando no se diera razón del paradero de la persona detenida, imponiendo según los casos las penas superiores en grado a la señalada en los artículos anteriores, y el Anteproyecto eleva la penalidad para equipararla a la del homicidio, sin embargo la pena es la misma para el delito de secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad si el encierro o detención ha durado más de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

quince días, que el secuestro cuando no se dé razón del paradero de la persona detenida en el que es probable que no haya sido puesta en libertad. Ante tal tesitura, si se trata de un error debería elevarse la pena para el caso del secuestro cuando no se dé razón del paradero de la persona detenida, o rebajar la penalidad prevista en el artículo 164 CP.

Por otro lado, en el Anteproyecto se ha eliminado el inciso "salvo que la haya dejado en libertad", lo que se valora positivamente en cuanto orilla la polémica sobre la carga de la prueba de este extremo.

El Anteproyecto de Reforma del Código Penal introduce, además, dos supuestos agravados: cuando la víctima sea menor de edad y cuando el delito se haya cometido con una finalidad sexual o el autor hubiera actuado posteriormente con esa finalidad.

El apartado 2 del art. 166 dice que en estos supuestos "se impondrá una pena de quince a veinte años" sin especificar qué clase de pena se ha de imponer: es obvio que se trata de la pena de prisión, pero la norma lo debe decir.

El precepto resulta confuso en cuanto a si los dos tipos agravados se refieren tanto al delito de detención ilegal como al delito de secuestro. Del tenor literal del precepto, que en el apartado 2 b) solo se refiere a la detención ilegal, y teniendo en consideración que para el tipo de secuestro se requiere que se prive de libertad a una persona y que, además, la recuperación de la libertad dependa del cumplimiento de la condición impuesta, parece desprenderse, que el tipo agravado por ser la víctima menor de edad, está previsto tanto para el delito de detención ilegal como para el delito de secuestro, mientras que la agravación cuando el delito tiene una finalidad sexual, está prevista únicamente para la detención ilegal. Por ello el apartado 2 debería contener la mención expresa del delito que resulta agravado.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Por otra parte, en la regulación de los nuevos tipos agravados no se menciona el caso de que la víctima sea una persona con discapacidad necesitada de especial protección como se recoge en el artículo 165 del CP para agravar los tipos de detención ilegal y secuestro previstos en los artículos anteriores. Surge la duda de si dicha omisión es intencionada o se trata de un error, aunque sería deseable su inclusión, ya que no parece lógico que sean causa de agravación de los delitos de detención ilegal y secuestro regulados en los artículos 163 y 164 CP y no de los supuestos más graves de detención ilegal y secuestro en los que no se da razón de la persona detenida, cuando la persona con discapacidad merece la misma protección que el menor de edad.

Nonagésimo segundo

Artículo 168 bis

El Anteproyecto de Reforma del Código Penal introduce un nuevo artículo 168 bis que incluye la posibilidad de la medida de libertad vigilada, en los siguientes términos:

A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada.

Nonagésimo tercero

Artículo 171.7

Se añade el apartado 7 al artículo 171 como consecuencia de la supresión de las infracciones constitutivas de falta, tipificando como delito leve la falta de amenaza leve. Queda redactado como sigue:

7. Fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

perseguable mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

El Consejo Fiscal considera que este apartado debiera ser suprimido en ulteriores trámites del Anteproyecto, toda vez que la amenaza leve constituye una de las conductas de escasa trascendencia social que no debiera ser objeto de persecución penal ni tan siquiera bajo el ropaje formal que suministra la nueva figura del delito leve. No obstante, para el caso de que pese a ello se opte por conservar esta figura se hacen las siguientes precisiones:

Se sanciona con mayor pena al incrementarse la pena de multa que tenía una extensión de diez a veinte días y pasa a ser de uno a tres meses.

Se mantiene la necesidad de la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal como requisito de procedibilidad. Sin embargo, al igual que se comentó en relación al delito leve de lesiones, y por las mismas razones, es posible hacer una objeción, relativa a la falta de referencia al perdón del ofendido como causa de extinción de la acción penal o de la pena impuesta. Por ello sería conveniente hacer mención expresa al perdón en dicho apartado.

La amenaza leve como expresión de violencia doméstica merece en todo caso un tratamiento penal diferenciado, pues si la víctima de la amenaza resulta ser alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP, la pena de multa no es en absoluto adecuada; debe tenerse en cuenta que la pena pecuniaria fue erradicada por la reforma operada en el art. 620.2 CP por la LO 15/2003, que desplazó la respuesta penal en los supuestos de violencia doméstica a la localización permanente o a los trabajos en beneficio de la comunidad. Esta opción debiera mantenerse en el Anteproyecto, por conducir a una respuesta penal más adecuada al contexto que una pena pecuniaria que en determinados



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

casos –piénsese en la agresión de un hijo a su madre- puede acabar siendo sufragada por la propia víctima con clara quiebra de sus fines.

Nonagésimo cuarto

Artículo 172.3

Al igual que en el anterior artículo, se añade el apartado 3 al artículo 172 como consecuencia de la supresión de las infracciones constitutivas de falta, tipificando como delito leve la falta de coacción leve, con la siguiente redacción:
3. Fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Como observación puramente gramatical, en lugar de decir **perseguibles** debería decir **perseguible**.

Por otro lado, son de reiterar las consideraciones efectuadas en el artículo 171.7 en cuanto a la penalidad y falta de referencia al perdón del ofendido.

Nonagésimo quinto

Artículo 172 bis

La redacción del artículo 172 bis incorpora un nuevo tipo penal, el matrimonio forzado, que se tipifica como un delito específico dentro del Capítulo de las coacciones, delito que ya está regulado en otros países de nuestro entorno,



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

como Francia, Dinamarca, Reino Unido, Alemania o Noruega. Queda redactado en los siguientes términos:

- 1. El que con violencia o intimidación grave compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.*
- 2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el número anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo.*

La justificación de la introducción de este nuevo tipo, según la Exposición de Motivos, es cumplir con los compromisos internacionales suscritos por España en lo relativo a la persecución de los delitos que atentan contra los derechos humanos.

De acuerdo con ello refiere: "Así, la propia Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, incluye el matrimonio forzado entre las conductas que pueden dar lugar a una explotación de personas. Igualmente, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas y ratificada por España, en su artículo 16, establece que "los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres : a) El mismo derecho para contraer matrimonio ; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento"



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Cabría hacer varias objeciones. En primer lugar, no parece oportuno exigir que la violencia o intimidación ejercidas sobre la víctima sea grave, entendemos que basta con que exista tal violencia o intimidación siempre y cuando sea de intensidad suficiente para condicionar la voluntad del sujeto pasivo que las sufre y menoscabar su libertad de decisión. Además, la mención del inciso final del apartado 1 a que la pena se fije “según la gravedad de la coacción” debe ser redactado de otro modo para evitar el uso de un término –coacción- definitorio de un tipo penal; se recomienda que en su lugar el inciso se refiera a “según la gravedad de la violencia o intimidación ejercida”. Por otro lado la conducta prevista en el apartado 2 revela una mayor gravedad que la descrita en el apartado 1, por lo que debiera estar sancionada como un tipo agravado con mayor pena. Pese a ello la penalidad asignada es la misma para ambas conductas. La dicción resulta confusa e imprecisa y plantea problemas de interpretación.

Desde otra perspectiva se echa de menos que no contenga un tipo agravado para el caso de que la víctima del delito sea un menor de edad ya que esta conducta afecta de forma notable a su desarrollo y le priva de derechos básicos.

Por otra parte, como se indica en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, se ha estimado oportuno recogerlo como una modalidad agravada dentro del delito de coacciones, no obstante la penalidad es la misma que para esta figura delictiva y a mayor abundamiento, el artículo 172.1 del CP, en su párrafo segundo prevé la imposición de la pena del delito básico en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental. Resulta contradictorio que se introduzca un delito específico para sancionar una conducta de tal gravedad y que no sólo no esté



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

sancionada con mayor pena que el tipo básico de coacciones, sino que además también sea inferior a la prevista para el caso de vulneración de un derecho fundamental.

Por otro lado este tipo penal puede solaparse con el artículo 177 bis cuando el matrimonio forzado se produce en un contexto cultural o sociológico en el que la mujer está abocada a quedar reducida a la servidumbre doméstica o sexual. También podría incardinarse esta conducta en el tipo agravado de coacciones del párrafo segundo del artículo 172.1CP. Por tanto esta conducta actualmente no es atípica.

Nonagésimo sexto

Artículo 172 ter

La redacción del artículo 172 ter, al igual que el anterior, incorpora un nuevo tipo penal, el acoso, dentro del Título VI DELITOS CONTRA LA LIBERTAD en el Capítulo III De las coacciones. Queda redactado como sigue:

1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que, sin estar legítimamente autorizado, acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1º La aceche o busque su cercanía física.

2º Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3º Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

4º Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

5º Realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena se impondrá en su mitad superior.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

La finalidad del precepto, como se justifica en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, es sancionar aquellas conductas que se producen de forma reiterada y que pueden lesionar gravemente la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima y que en muchas ocasiones no pueden castigarse como delitos de amenazas o coacciones porque no llega a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones)

La incorporación de este nuevo tipo penal puede valorarse como positiva por las razones que se acaban de indicar, recogidas en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, debido a la dificultad que presenta sancionar este tipo de conductas con los tipos delictivos actualmente vigentes, lo que motiva hasta ahora, disparidad de criterios. Con la tipificación expresa se consigue evitar la impunidad de este tipo de comportamientos que atentan contra la libertad y seguridad de la víctima.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

No obstante, el precepto presenta una defectuosa técnica jurídica y falta de precisión. Así, en primer lugar en el apartado primero se dice que se penará al que “sin estar legítimamente autorizado” realice las conductas de acoso que a continuación se describen; el Consejo Fiscal entiende que tal expresión debe ser erradicada del texto pues un acoso nunca puede estar amparado por el ordenamiento jurídico. Se exige que el acoso se lleve a cabo mediante alguna de las conductas que se mencionan en el tipo y que éstas se realicen de forma insistente y reiterada. Esta insistencia y reiteración no siempre existirá en los supuestos previstos en el artículo 172 ter 1.3º ya que podrían encuadrarse en este apartado aquellos supuestos en los que se colocan anuncios en un medio de comunicación o en Internet que someten a la víctima a continuas llamadas y que sin embargo, el autor del anuncio ha realizado una única conducta que perdura en el tiempo.

Por otra parte la circunstancia 1ª, se refiere al que “aceche o busque su cercanía física”, se considera que el término *aceche* no es el más adecuado para la descripción del hecho típico, y que resultaría más apropiado hacer referencia a que “vigile, persiga o busque su cercanía física”.

Tampoco resulta acertado acudir a la analogía de una forma tan genérica como se formula en el apartado 1.5º. Hay que reconocer la dificultad que supone hacer una enumeración exhaustiva de tales conductas y la imposibilidad de establecer un “*numerus clausus*” dada la diversidad de comportamientos que pueden darse en la práctica que sean susceptibles de integrar esta figura delictiva, pero una formulación tan abierta genera una inseguridad jurídica no deseable y resulta contraria a los principios de legalidad y taxatividad en la formulación de los tipos (art. 25 CE)



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

El apartado 2 prevé un tipo agravado que queda limitado al ámbito familiar y sería conveniente que se extendiera a otros supuestos, igualmente graves y que están fuera de dicho ámbito. Por ello, en el apartado 2 también se podrían incluir aquellos supuestos en que el ofendido fuera una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación”

Por otro lado son de reiterar las consideraciones efectuadas en preceptos anteriores en los que se exige la denuncia como requisito de perseguibilidad, en cuanto a la falta de referencia al perdón del ofendido.

Nonagésimo séptimo

Artículo 173.2

El artículo 173.2 se modifica únicamente para adaptar la regulación de la violencia habitual a la supresión de las faltas. Por ello, al penar los concretos actos de violencia, se refiere exclusivamente a la pena que pudiera corresponder a los “delitos” en que se hubieran concretado tales actos, suprimiendo la referencia a las faltas.

Nonagésimo octavo

Artículo 177

El artículo 177 que recoge la regla concursal relativa a los delitos de tortura y otros delitos contra la integridad moral, sancionados en el Título VII del Libro II, se modifica únicamente para suprimir la referencia a las faltas.



Nonagésimo noveno

Artículo 177 bis (trata de seres humanos)

El Anteproyecto, aunque parte de la correcta necesidad de introducir correcciones al tipo básico derivadas de la promulgación de la Directiva 36/2011 CE, se extralimita en su cometido realizando algún cambio de redacción que pudiera tener graves consecuencias a la hora de configurar el tipo como de tendencia.

En efecto, el texto del Anteproyecto cambia la definición de trata como conjunto de conductas alternativa (captación, transporte, traslado acogida etc.) verificadas a través de un conjunto de medios comisivos también alternativos (violencia, intimidación o engaño o abuso de situación de superioridad) dirigidos a una finalidad concreta (imposición de servicio o trabajos forzados, explotación sexual, extracción de órganos) convirtiendo el fin en medio al emplear la expresión *con el fin de explotarla mediante* antes de desgranar las finalidades de la trata propiamente dichas.

Tal como viene redactado, la trata aparece como un delito en el que el tratante tiene como fin la explotación mediante la explotación. También es inadecuada la redacción introducida por el anteproyecto al incluir como forma de acción *el intercambio o transferencia de control sobre esas personas*. La utilización del plural “esas personas” es errónea dado que en el resto del precepto se alude correctamente a la víctima en singular, al ser la trata un delito que afecta a derechos personalísimos. Como corrección de estilo, a fin de evitar reiteraciones de las palabras “la víctima” a lo largo de la definición se propone el empleo del artículo “ella” en otro de los pasajes del precepto.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Proponemos la siguiente redacción del ordinal 1:

Será castigado con la pena de 5 a 8 años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de cualquier persona que poseyera el control sobre la ella, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre la misma, con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.*
- b) la explotación sexual, incluida la pornografía.*
- c) la extracción de sus órganos corporales*
- d) la explotación para realizar actividades delictivas*

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

Consideramos asimismo que debería aprovecharse la ocasión de corregir el contenido del artículo 23.4 LOPJ para adaptarlo a la creación del tipo penal de trata. El artículo 23.4 de la LOPJ regula la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales españoles sobre hechos delictivos cometidos fuera del territorio español. Este párrafo 4 fue objeto de reforma por la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas que vino a incorporar al derecho español las previsiones de la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en cuyo artículo 15.2.c se faculta a los Estados Parte para instaurar el principio de jurisdicción universal respecto de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

los delitos en ella regulados. Uno de tales delitos, no contemplado directamente en la Convención pero sí en su desarrollo por el Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra mar y aire es el delito que nuestro legislador tipificó en el artículo 318 bis del CP.

Cuando se modificó en el año 2007 la LOPJ, el delito de trata de seres humanos no estaba tipificado en el CP español, y por ese motivo la reforma de la LOPJ no lo mencionó. Pero teniendo en cuenta que con el delito de trata de seres humanos ocurre exactamente lo mismo que con el delito del artículo 318 bis CP es decir que el delito de trata de seres humanos ha de ser considerado como delito tipificado con arreglo a la Convención de Naciones Unidas (art. 1.3 del Protocolo contra la Trata de Seres Humanos) y que las disposiciones de .la Convención se aplicarán al Protocolo, a menos que en él se disponga otra cosa (artículo 1.2 del Protocolo), se consideró unánimemente por los Fiscales Delegados de Extranjería en su última Reunión anual que debería incorporarse al derecho español una previsión de extraterritorialidad en la persecución del delito de trata de seres de la misma manera que en el año 2007 se hizo con el delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina. Se propone por ello que se incorpore al ordinal 4 del artículo 23 de la LOPJ la letra i) con el siguiente contenido: *i) La trata de seres humanos.*

Centésimo

Se modifica el apartado 4 del artículo 177 bis

La reforma introduce retoques en los subtipos agravados de trata que entendemos no suponen mejora respecto a la redacción vigente. Es más, en el supuesto descrito en la letra a) el Consejo Fiscal considera que bastaría con que se dijera que “se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

las personas objeto de la infracción” suprimiendo la referencia a los artículos 149 y 150 CP.

Centésimo primero.

Se introduce un nuevo apartado 12 en el artículo 177 bis

Por medio del mismo se posibilita con carácter facultativo imponer una medida de libertad vigilada.

Centésimo segundo

Se modifica el apartado 1 del artículo 182

La Exposición de Motivos del Anteproyecto se refiere a que *en el caso de los mayores de trece años y menores de dieciséis, los abusos sexuales constituirán delito cuando se cometan interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.*

El vigente art. 182.1 castiga al que, interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis.

El Proyecto propone la siguiente redacción del artículo 182.1 CP: “ el que interviniendo engaño, o abusando de una posición de reconocida confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis...”

Se incrementa la penalidad, pues se pasa de la pena de prisión de uno a dos años o multa a la pena de uno a tres años.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

La nueva pena, entendemos, se adapta mejor a la valoración social de este tipo de comportamientos. Parece que en estos casos imponer una pena de multa, tal como posibilita la redacción anteriormente vigente, puede ser contraproducente desde un punto de vista preventivo general. El incremento punitivo, no obstante, se mantiene dentro de límites razonables, permitiendo al Juzgador adaptar la respuesta a la diversidad de comportamientos que pueden llegar a ser típicos, permitiéndole moverse dentro de una franja penológica que puede llegar a posibilitar la suspensión de condena, lo que se estima correcto.

Se equipara en relación con los menores de entre trece y dieciséis años las conductas de ejecución de actos sexuales por medio de engaño a esas mismas conductas con abuso de una posición de reconocida confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.

Entendemos, desde la perspectiva de la antijuricidad material, que las conductas de engaño deben equipararse a las conductas de abuso de superioridad.

No obstante, utilizar la expresión “con abuso de una posición de reconocida confianza, autoridad o influencia” puede generar confusión, pues no es claro qué se pretende al exigir que la confianza, autoridad o influencia sea “reconocida”. Si lo que se pretende –como parece- es exigir un plus en el abuso debiera incorporarse al tipo expresamente una expresión del tipo “con manifiesto abuso de una posición de confianza, autoridad o influencia”.

Las conductas de ejecución de actos sexuales con abuso de superioridad con menores de entre trece y dieciséis años no es que se tipifiquen *ex novo*. En el texto vigente pueden reprimirse conforme al tipo genérico de abusos sexuales con prevalimiento (art. 181.1) o, en algunos casos, conforme al tipo de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

corrupción de menores (art. 189.4, tipo éste que -como veremos- desaparece en el Anteproyecto.

Centésimo tercero.

Se modifica el artículo 183

El texto proyectado castiga ahora al que realizare actos de carácter sexual con un menor de trece años.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto se refiere a que la reforma lleva a cabo una revisión de los abusos sexuales cometidos sobre menores de edad. La realización de cualquier acto de carácter sexual con menores de trece años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo. Y se establecen agravaciones si además concurre violencia o intimidación, o si los abusos consisten en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.

El apartado segundo establece, en su redacción vigente que *cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión.*

El texto proyectado establece por su parte que *cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de trece años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero.*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

El punto que quizás justificaría una reforma de este precepto sería el relativo a la necesidad de previsión del requisito de la asimetría de edades entre abusador y abusado. Debe tenerse presente que el art. 183 es también aplicable a las conductas ejecutadas por menores de 14, 15, 16 y 17 años, lo que pone de relieve la conveniencia de introducir la necesidad de asimetría de edades cuando los actos sexuales sean realizados por menores. En esta línea, en Italia no es punible el menor que comete actos sexuales con otro menor que haya cumplido los trece años, si la diferencia de edad entre ambos no es superior a 3 años (609 quater); en Austria, si la edad del autor no supera la del menor en más de 3 años, siempre que la acción sexual no consista en la penetración con un objeto, y el hecho no haya tenido como consecuencia lesiones graves o la muerte del menor, el autor no es castigado, salvo que el menor no haya cumplido los 13 años (parágrafo 206); cuando la acción no consista en el acto sexual, si la edad del autor no supera la de la víctima en más de 4 años, no se han producido lesiones graves ni la muerte del menor, no se impone pena, salvo que el menor no haya cumplido los 12 años (parágrafo 207). En Suiza también se establece la impunidad cuando la diferencia de edad es menor de 3 años (art. 187). La legislación que quizá establezca el mejor criterio es la noruega, al fijarse en si el autor era de edad o desarrollo parecido a la víctima art. 195). Puede consultarse en relación con este problema, el apartado III.2 de la Circular de la Fiscalía General del Estado 9/2011, de 16 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de reforma de menores*, que agota las posibilidades que *de lege data* se ofrecen para evitar excesos punitivos derivados de la falta de previsión del requisito de la asimetría de edades.

En el apartado cuarto se introducen los subtipos agravados. Las únicas modificaciones son las siguientes:



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

En la letra e) proyectada se establece como subtipo el siguiente: *cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.*

En la letra e vigente se establece como subtipo el siguiente: *cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor.*

Se amplía, pues el radio de aplicación del subtipo, pues no solo se aplicaría por la puesta en peligro de la vida sino también de la salud, y no solo cuando la puesta en peligro lo fuere a título de dolo sino también cuando lo fuese por imprudencia grave.

Centésimo cuarto.

Se modifica el artículo 183 bis

La Exposición de Motivos del Anteproyecto se refiere a que se tipifica expresamente la conducta de hacer presenciar a un menor de trece años actos o abusos sexuales sobre otras personas, con la introducción de un nuevo artículo que prevé penas de hasta tres años de prisión.

En efecto, el Anteproyecto introduce un nuevo tipo del siguiente tenor: *el que, con fines sexuales, haga presenciar a un menor de trece años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.*

Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque al autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años.”



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Sin embargo, pese a lo que parece anunciar el Anteproyecto, este tipo penal proyectado dista de ser novedoso. En el texto vigente se castiga con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses en el art. 185 al que *ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces*.

El texto proyectado implica un castigo más severo de este tipo de comportamientos corruptores y el tratamiento singularizado de un acto de exhibición de mayor gravedad, por referirse a abusos sexuales. Parece que este tipo de conductas corruptoras, en efecto, merecerían una penalidad superior. La descripción típica es más amplia, siendo el tipo proyectado en nuestra opinión más operativo a la hora de perseguir conductas que merecen, por su potencialidad corruptora, idéntico reproche penal.

No obstante, debe repararse en que se restringe drásticamente la edad del sujeto pasivo del delito: en el tipo vigente puede serlo cualquier menor de edad o un incapaz mientras que en el tipo proyectado sólo pueden serlo los menores de trece años. De nuevo, en tanto nada se explica en la Exposición de Motivos, no se atisba cuál es el fundamento de la reforma. Cabe preguntarse si para el Prelegislador no debe tener relevancia penal hacer presenciar a un menor de catorce años un abuso sexual. Más bien parece que no se ha percatado del profundo cambio que introduce en el sujeto pasivo del delito.

En todo caso, si se decide mantener el texto proyectado, debiera procederse a la derogación del tipo vigente del art. 185 CP, que se solapa con el nuevo tipo. Parece que el Prelegislador no es consciente de la preexistencia de este tipo ni de la preexistencia del tipo del art 186 CP que castiga al que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

menores de edad o incapaces. Como vemos, en los vigentes tipos de exhibicionismo y provocación sexual, la Ley Penal protege la indemnidad sexual de los menores de menos de dieciocho años.

Entendemos que no hay motivo ni justificación para rebajar esa barrera protectora a los trece años. Pero si se rebaja, también habría de hacerse en el tipo de difusión de material pornográfico, que obviamente es de menor gravedad que la exhibición de actos sexuales.

Centésimo quinto

Se añade un artículo 183 ter, que en realidad es el vigente art 183 bis, por lo que en este punto la reforma se limita a cambiar la numeración.

Este es el tipo doctrinalmente conocido como *child grooming*, que en el Anteproyecto se mantiene intacto. Pues bien, el tipo, publicitado a bombo y platillo en la reforma operada por LO 5/2010 ha tenido hasta la fecha una nula aplicación, como por lo demás se pronosticó. La doctrina unánimemente denunció las deficiencias del tipo y su práctica inaplicabilidad. Debiera aprovecharse la reforma para introducir modificaciones.

En efecto, la aplicación práctica de este precepto es difícil por las propias restricciones internas que incorpora: exigencia de actos materiales encaminados al acercamiento; la referencia a un encuentro sin especificar a qué tipo de encuentro se refiere, las dificultades probatorias derivadas de la estructura del tipo subjetivo así como la limitación en las franjas de edades.

En el apartado segundo de este mismo precepto, se introduce un tipo penal de nueva factura: *el que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor.

La tipificación de esta conducta deriva del art. 6.2 de la Directiva de 2011, que dispone que *los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor.*

Ciertamente la realidad criminológica muestra que este tipo de comportamientos se producen con cierta frecuencia.

Pero debe también repararse en que si el adulto induce al menor para que le envíe imágenes sexuales del mismo y efectivamente la inducción tiene éxito y el menor le envía tal material, los hechos podrían subsumirse en el tipo de utilización de menores para producir material pornográfico (art. 189.1 a), castigado con mayor pena (de uno a cinco años de prisión) y aplicable no sólo a menores de 13 años sino a cualquier menor de 18.

De hecho, la reforma 5/2010 incorporó un nuevo verbo típico al art 189.1 a, consistente en “captar”.

Por ello, entendemos que no es necesario introducir un nuevo tipo en el Código Penal para cumplir con las exigencias del art. 6.2 de la Directiva de 2011. Con el art 189 CP ya se podrían reprimir tales conductas.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

En todo caso, si se mantiene la tesis de la necesidad de una tipificación expresa, entendemos que el propio tipo de nuevo cuño debiera restringir su aplicación a la tentativa, partiendo de que la efectiva producción de material pornográfico infantil integraría el tipo del art. 189. Además, y teniendo en cuenta que es frecuente que no sólo la víctima, sino también el victimario sean menores de edad, sería aconsejable que el tipo exigiera la concurrencia de una mínima diferencia de edad entre uno y otro, pues la antijuridicidad queda difuminada cuanto víctima y victimario son prácticamente de la misma edad (ej.: cuando quien pide las imágenes tiene catorce años y quien es solicitada tiene cerca de los trece). En este sentido debe repararse en que la Directiva impulsa la tipificación de esta conducta cuando es cometido por *un adulto*.

Centésimo sexto

Se modifica la rúbrica del Capítulo V del Título VIII del Libro II del Código Penal, con la siguiente redacción: “Capítulo V. de los delitos relativos a la prostitución, y a la explotación sexual y corrupción de menores.”

El CP vigente intitula la rúbrica del Capítulo V del Título VIII del Libro II “De los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”- Quizás la referencia proyectada es más descriptiva.

Centésimo séptimo

Modificación del artículo 187

En realidad la modificación sólo afecta a la numeración. Este cambio de numeración afecta a los arts. 187 y 188 del Código Penal que hasta ahora venían referidos el primero a la prostitución de menores de edad y el segundo a



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

la prostitución coactiva de mayores, y que en el Anteproyecto resultan intercambiados pasando el artículo 187 a regular la prostitución coactiva de mayores y el 188 a tipificar la prostitución de menores de edad. Entendemos que en ambos casos la reforma resulta innecesaria, siendo además distorsionante pues altera todo el sistema referencial de doctrina y jurisprudencia y no aporta nada.

Sí creemos que pese a que no se modifica, debe hacerse una llamada de atención sobre inciso segundo del art. 187, que castiga al que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.

Este tipo procede de la reforma introducida por LO 11/2003 de 29 septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*. Creemos que debemos reproducir en este punto lo que ya se expuso en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del Código Penal fechado en 4 de febrero de 2009 en el sentido de que esta fue “una modificación de enorme calado que ha dado lugar a un enconado debate doctrinal. En efecto, dicha reforma castigó con la misma pena al que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. Este precepto ha dejado a buena parte de la doctrina en una situación de perplejidad, pues parece referir el bien jurídico a una supuesta moral sexual colectiva, discutiéndose si se ha recuperado el tipo del proxenetismo o si para que la conducta sea típica es necesario que concurra una explotación entendida como explotación laboral de la prostituta...Quizás debiera aprovecharse la reforma en curso para de alguna manera zanjar -en un sentido o en otro- el debate doctrinal. En el caso de optar por mantener el tipo de lucrarse de la prostitución ajena como tipo autónomo, ajustándose a lo dispuesto en el art. 1 del Convenio Internacional para la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Represión de la Trata de personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 21 de marzo de 1950 debiera en todo caso asignarse una pena inferior que la prevista para el tipo de prostitución con violencia, intimidación o abuso, pues el desvalor de una y otra conducta no son equiparables”.

Centésimo octavo

Modificación del artículo 188.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto se refiere a que en los delitos contra la prostitución, se establece una separación más nítida entre los comportamientos cuya víctima es una persona adulta, de aquellos otros que afectan a menores de edad o a personas discapacitadas. En este segundo caso, se elevan las penas previstas con el fin de armonizar las legislaciones europeas, y se introducen nuevas agravantes para combatir los supuestos más lesivos de prostitución infantil.

Analicemos cada uno de los apartados:

En el apartado primero proyectado se castiga al que *induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona discapacitada necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona discapacitada para estos fines*, previendo una pena de cuatro a ocho años de prisión y multa si la víctima fuera menor de trece años y la pena de uno a cinco años y multa si la víctima menor tuviera de trece a dieciocho.

En la redacción proyectada se incrementa la penalidad aplicable a la prostitución de menores de trece años que pasa de cuatro a seis años de prisión a la pena de cuatro a ocho años. Nada puede objetarse a esta decisión



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

de política criminal de punir más gravemente estos comportamientos que atacan a bienes jurídicos del máximo rango.

En el apartado segundo del proyectado art. 188 se establece que *si los hechos descritos en el apartado anterior se cometieran con violencia o intimidación, además de las penas de multa previstas, se impondrá la pena de prisión de cinco a diez años si la víctima es menor de trece años, y la pena de prisión de cuatro a seis años en los demás casos.*

En el vigente apartado segundo del art. 188 se establece que *si las mencionadas conductas (se refiere a determinar a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima), se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena de prisión de cuatro a seis años.*

En el vigente apartado tercero del art. 188 se establece que *el que lleve a cabo la conducta prevista en el apartado anterior, siendo la víctima menor de trece años será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años.*

La novedad reside por tanto en limitar esta agravación específica a la prostitución coactiva de víctimas menores de trece años con empleo de violencia o intimidación, dejando fuera del subtipo agravado la prostitución de menores mediante engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. No se entiende esta restricción del subtipo agravado.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

En el apartado tercero del art 188 proyectado se establecen los subtipos agravados

De ellos, es novedoso el subtipo de la letra a) *cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación*

También es nuevo el subtipo contenido en la letra b) *cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.*

El apartado cuarto del proyectado art. 188 establece que *incurrirán en las penas indicadas, en su mitad superior, y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*

En el texto vigente esta circunstancia integraba uno de los subtipos agravados, y la pena era idéntica. No se entiende la razón por la que en el Anteproyecto se le extrae del listado de subtipos agravados y se le dedica un apartado autónomo. No hay mejora alguna al tiempo que de nuevo se perturba la imprescindible estabilidad de la norma penal.

El apartado quinto del proyectado art 188 castiga autónomamente al cliente: *el que solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona discapacitada necesitada de especial protección, será castigado con una pena de uno a cuatro años de prisión. Si el menor no hubiera cumplido trece años de edad, se impondrá una pena de dos a seis años de prisión.*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

A diferencia del texto vigente, se distingue entre menores de más y de menos de trece años (edad límite de consentimiento sexual) para modular la pena, distinción justificada por la mayor lesividad del ataque a niños de tan corta edad. Se introduce también la novedad, en coherencia con la nueva redacción del art 25 CP de sustituir la nomenclatura de incapaz por la de discapaz.

Centésimo noveno

Modificación del artículo 189

La Exposición de Motivos del Anteproyecto sí nos da algunas pistas sobre la orientación de la reforma: *se presta especial atención al castigo de la pornografía infantil. En primer lugar, se ofrece una definición legal de pornografía infantil tomada de la Directiva europea, que abarca no sólo el material que representa a un menor o discapacitado participando en una conducta sexual, sino también las imágenes realistas de menores participando en conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una realidad sucedida. En relación con la pornografía infantil, se castigan los actos de producción y difusión, e incluso la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas discapacitadas. También se castiga el mero uso o la adquisición de pornografía infantil, y se incluye un nuevo apartado para sancionar a quien acceda a sabiendas a este tipo de pornografía por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, en la conciencia de que las nuevas tecnologías constituyen una vía principal de acceso a los soportes de la pornografía. Por esta misma razón, se faculta expresamente a los Jueces y Tribunales para que puedan ordenar la adopción de medidas necesarias para*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

la retirada de las páginas Web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil o, en su caso, para bloquear el acceso a dichas páginas.

La Directiva 2011/92/UE sustituye al anterior documento de la Unión sobre la materia, la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. Si ésta ya podía considerarse como una regulación severa, que dejaba pocos resquicios a la impunidad en materia de pornografía infantil, el nuevo instrumento es aún más omnicompreensivo y riguroso.

Cuestiones penológicas

La penalidad asignada a los distintos tipos relativos a conductas relacionadas con la pornografía infantil se mantiene. En este punto entendemos que el principio de proporcionalidad impondría discriminar conductas subsumibles genéricamente en el art 189.1 b), de forma que el consumo compartido (normalmente a través de programas P2P) no sea sancionado con la misma pena que una actividad de distribución realizada con ánimo de lucro y que una actividad consistente en producir material pornográfico mediante la utilización de concretos menores. Son conductas en las que concurre una antijuridicidad y culpabilidad completamente distintas.

Utilización de menores para producir pornografía:

El primer tipo, el de utilización de menores para producir pornografía, descrito en la letra a), se mantiene sin modificaciones. Llama la atención, no obstante, que rompiendo la armonización con la nueva definición del art 25 CP sobre discapaces, se sigue manteniendo la mención a los incapaces. Entendemos no supera el umbral de pulcritud y rigor la técnica empleada en la Disposición Adicional primera conforme a la que *todas las referencias hechas en la Ley*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a los términos “incapaz” e “incapaces” deben entenderse sustituidas por los términos “persona o personas con discapacidad necesitadas de especial protección”.

Difusión de material pornográfico

El segundo tipo, el de difusión de material pornográfico, descrito en la letra b) sufre puntuales retoques: el texto vigente se refiere a *material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces* y en el proyectado se habla de *pornografía infantil*. Tal novedad está justificada pues, como se examinará *infra*, el nuevo concepto de material pornográfico infantil permite aplicarlo a materiales en cuya elaboración no se utilicen menores reales.

El nuevo concepto de material pornográfico infantil

El texto proyectado introduce, como novedad fundamental, un concepto de pornografía infantil, incluyendo como tal *a. Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona discapacitada necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada,*

b. toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona discapacitada necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales,

c. imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.

Ciertamente se echaba en falta un concepto de material pornográfico infantil y la Directiva aporta uno.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Existían dificultades tanto para determinar qué significado atribuir al concepto tanto de “material”, como de “pornográfico” como para aclarar qué significado atribuir a “infantil”, pues son expresiones polisémicas que no están informadas por criterios comunes.

La importancia del contexto va a seguir siendo, no obstante, fundamental en casos límite. Ya la STS nº 1553/2000, de 10 de octubre consideraba que “la pornografía, en relación con su difusión a menores o incapaces, desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia...las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código civil”. Para la STS nº 1058/2006, de 2 de noviembre “es cierto que la distinción de pornografía de lo meramente erótico es, a veces, un problema complejo por cuanto depende de múltiples factores...”.

Quizás el punto más polémico en relación con la pornografía infantil es el de si procede la inclusión o no de los meros desnudos.

El Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño *relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía*, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 define la pornografía infantil como toda representación, por cualquier medio, de menores dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un menor con fines primordialmente sexuales.

Con la nueva definición contenida en el Anteproyecto parece claro que la clave de la tipicidad residirá en que el material se centre bien en un comportamiento sexual de un menor, bien en sus órganos sexuales.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Esta línea ya había sido asumida por nuestro Tribunal Supremo. La STS nº 1055/2009, de 3 de noviembre siguiendo el apartado c) del art. 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, declara que “el objeto del delito ha de ser material pornográfico, entendiendo por tal toda representación por cualquier medio de un menor de edad dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales”

El puro y simple desnudo no podría, con la nueva definición, integrarse en el tipo. En realidad, esta interpretación ya había sido aceptada por nuestros tribunales. En este sentido, la SAP Madrid, secc. 29ª nº 2/2012, de 11 de enero declara que “a la vista de las imágenes concretas del menor, debemos concluir que las mismas no ostentan tal condición; son simples fotos de un niño de tres años, desnudo y en actitud de jugar con un pequeño piano, y como señala la STS de 20 de octubre de 2003 “...la imagen de un desnudo -sea menor o adulto, varón o mujer- no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse...”.

Como adelantábamos, la Directiva de 2011 también establece un concepto en su art. 2 c). Para la Directiva la pornografía infantil incluiría: 1) todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada, 2) toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales, 3) todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales (pornografía técnica) y 4) imágenes



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales (pornografía virtual). A estos efectos, por menor se entiende toda persona de menos de 18 años.

En primer lugar cabe preguntarse si la definición contenida en el Anteproyecto asume en plenitud la definición establecida por la Directiva de 2011. Pues bien, en nuestra opinión la respuesta no puede ser sino negativa. No se asume en su integridad la definición de la Directiva, y concretamente no se incluye lo que se ha dado en llamar pornografía técnica: *todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales.*

Debe en este punto recordarse en cuanto al valor normativo de la Directiva 2011/92/UE, que conforme a su art 27.1 *los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 18 de diciembre de 2013.* El único país de la Unión al que no es aplicable la Directiva es Dinamarca.

Se ignora porqué no se asume en la integridad la definición de la Directiva. Debiera hacerse así, de conformidad con las exigencias de la misma y sin perjuicio de introducir simultáneamente la excusa absolutoria prevista en el art 5.7 de la Directiva a fin de preservar el principio de intervención mínima: *Quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si el presente artículo será aplicable a los casos relacionados con la pornografía infantil a que se refiere el artículo 2, letra c), inciso iii), cuando la persona que parezca ser un*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

menor resulte tener en realidad 18 años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

Debe también destacarse que con la nueva definición del Anteproyecto quedaría fuera del concepto de material pornográfico infantil el material de audio, que hasta ahora –no sin debate- se consideraba incluido. Las grabaciones de audio con conversaciones sexualmente explícitas utilizando a menores podían considerarse también material pornográfico, pues el tipo vigente de pseudo pornografía infantil (art. 189.7 CP) expresamente incluye el material pornográfico en el que se hubiera utilizado la voz (audio) o la imagen del menor, por lo que parece que el legislador trata de abarcar estas dos modalidades pornográficas. Refuerza tal interpretación el inciso del nº 1 del art. 189 cuando se refiere a *elaboración de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte*. Con la nueva definición, en tanto se refiere a representación visual parece pues que habría de excluirse el material exclusivamente de audio.

No podrán incluirse (tampoco puede entenderse abarcado por la Directiva de 2011) el material escrito. No faltan ejemplos de punición de esta modalidad de material pornográfico infantil en Derecho comparado, y así en la sentencia *Dodge v R* (2002) A Crim R 435, en Australia Occidental un interno que estaba cumpliendo una larga sentencia por delitos sexuales contra menores fue condenado por escribir 17 historias de sexo explícito sobre hombres realizando actos sexuales con niños de menos de 10 años, historias que luego proporcionó a otro interno.



Tipificación de la publicidad de contenidos pornográficos infantiles

Ni en el texto vigente ni en el proyectado se ha tipificado con la claridad exigible la publicidad de pornografía infantil, pese a que tal tipificación viene siendo reclamada desde diversas instancias. La reforma debiera abordar este punto. Ya el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del Código Penal fechado en 4 de febrero de 2009 consideró que *esta conducta, que en definitiva sancionaría los anuncios de pornografía infantil, que en la realidad criminológica aparecen insertos en materiales pornográficos generalistas, facilitando así el acceso y la comercialización de la pornografía infantil, no está recogida con la necesaria claridad y singularidad en la redacción actual del precepto en nuestro país. Tal tipificación específica entendemos es importante desde el punto de vista preventivo general, por lo que se propone su incorporación....*

El art. 8 de la Convención del Consejo de Europa *para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual*, de 25 de octubre de 2007 (también denominado Convenio de Lanzarote) establece en su apartado segundo que cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para prevenir o prohibir la difusión de materiales que hagan publicidad de los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio. En el mismo sentido cabe citar el 9.5 del Protocolo de Naciones Unidas. En este mismo sentido, la Ley Modelo elaborada por el *International Centre for Missing & Exploited Children* proponía castigar los anuncios de pornografía infantil.

Los subtipos agravados

Debe recordarse que con anterioridad a la reforma operada por LO 5/2010 los subtipos agravados tenían asignada una penalidad de cuatro a ocho años. Tras



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio se produjo un fuerte incremento punitivo, pasando a ser la pena asignada la de prisión de cinco a nueve años. El Legislador no ha tenido en cuenta los escrúpulos que pueden detectarse en el TS desde la perspectiva de la proporcionalidad, que le han llevado a una aplicación restrictiva de los subtipos para determinadas conductas que no suponen utilización de concretos menores sino de difusión de material.

Pues bien, en el apartado segundo del texto proyectado se describen los subtipos agravados, manteniéndose la penalidad asignada (prisión de cinco a nueve años).

Se mantiene –en principio- la aplicabilidad genérica de los subtipos agravados tanto a las conductas de utilización de menores para la pornografía (letra a) como a la difusión de material pornográfico (letra b). Debe aquí recordarse que tal previsión ha dado lugar a graves discrepancias doctrinales y jurisprudenciales que deberían zanjarse vía legislativa, estableciendo claramente qué subtipos son aplicables tanto a la utilización de menores como a la difusión de material y qué subtipos son sólo aplicables a la utilización de menores.

Parece claro que los subtipos deben aplicarse a las conductas que implican directa utilización de menores (art. 189.1 a) y que no deben aplicarse a las conductas de mera posesión de material pornográfico (art. 189.2). La duda surge en relación con las conductas de simple difusión de material sin utilización directa de menores (art. 189.1 b). Un sector doctrinal excluye la aplicación de algunos subtipos agravados a las conductas de difusión del art. 189.1 b). La STS nº 340/2010, de 16 de abril intenta establecer una doctrina general, que no obstante ha sido con posterioridad matizada. Para esta



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

resolución, “cuando el legislador ha querido referir el elemento que justifica la agravación al resultado plasmado en el material pornográfico lo ha dicho de manera inequívoca. Así en el apartado 3 d) del citado artículo 189 (que éste represente especial violencia física o sexual). O en el apartado c) del mismo artículo 189 3 (valor económico del material)”.

Entendemos, por tanto, que la reforma no puede obviar la necesidad de clarificar a qué conductas son aplicables cada uno de los subtipos. Piénsese además, que con la incorporación al concepto de material pornográfico infantil de la pornografía virtual que se realiza en el Anteproyecto la cuestión puede adquirir niveles de confusión aún más intensos que los que ya en la actualidad se han generado.

Como novedades en los subtipos cabe destacar la inclusión de uno de nuevo cuño en la letra c: *cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.*

Este nuevo subtipo, que parece claro sólo podrá aplicarse al tipo de utilización de menores (189.1 a) y no al de difusión de pornografía (189.1 b), deriva directamente de la Directiva de 2011 que prevé la inclusión como tal en su art 9 f) *que el autor de la infracción haya puesto en peligro la vida del menor de forma deliberada o negligente.*

En el texto proyectado, en la letra d, se sigue manteniendo como subtipo agravado el siguiente: *cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico.*

Entendemos que tal subtipo, inaplicado en la práctica, debiera ser suprimido o modificado radicalmente. Veamos porqué.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

El subtipo parece estar inspirado en las voces que denuncian el enorme volumen económico generado por la pornografía infantil. No obstante, y sin perjuicio de confirmar que sigue existiendo un gran negocio alrededor de esta actividad criminal, tal como ha evolucionado en Internet, del negocio lucrativo y de las organizaciones delictivas se ha pasado mayoritariamente al trueque y a la actividad individualizada de pedófilos.

La indeterminación del subtipo ha generado duras críticas. Quizás el problema más grave que presenta este subtipo es la dificultad de valorar económicamente el material pornográfico. Es difícil asignarle un valor, teniendo en cuenta además que en la actualidad –como apuntábamos *supra*- el volumen más importante de material que circula en Internet deriva de intercambios gratuitos entre pedófilos.

La Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/2006, de 29 de noviembre, *sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil* tras descartar el concurso de delitos incluso en su modalidad ideal cuando se interviene material en el que aparecen plurales menores, sugiere la aplicación del subtipo agravado de especial gravedad atendiendo al valor económico como vía adecuada para traducir penológicamente la mayor antijuridicidad de conductas en las que el material pornográfico incautado tenga especial entidad, si bien lo hace –como no podía ser de otra manera, vistas las dificultades aplicativas- de una manera muy matizada.

No abundan las resoluciones que apliquen este subtipo. Un supuesto aislado lo encontramos en la SAP Barcelona, sec. 2ª, nº 343/2009, de 19 de mayo, que lo aplica en un caso de distribución (189.1 b) en el que el material se integraba



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

por multitud de ficheros... (en cantidad superior al millar), incluyendo archivos de vídeo. Sin embargo, la SAP Madrid, sec. 7ª, nº 51/2009, de 5 de mayo analiza un supuesto en el que el acusado tenía archivados numerosos videos y más de 6.000 fotografías. Ni siquiera se llegó a acusar por el subtipo agravado de especial gravedad atendiendo al valor económico. Mas llamativa incluso es la SAP Barcelona, sec. 3ª, nº 26/2010, de 8 de enero, que analiza un supuesto en el que al condenado se le intervinieron más de 15.000 archivos de pornografía infantil. Pese a ello se considera que “tampoco es posible aplicar el subtipo agravado previsto en el art. 189.3.c) del Código Penal...toda vez que no se ha practicado prueba alguna durante el acto del juicio encaminada a determinar el valor económico del material pornográfico intervenido y, en ausencia de dicha información, difícilmente podemos valorar la gravedad de los hechos”. La SAP Pontevedra, sec. 4ª, nº 41/2009, de 13 de octubre es paradigmática en cuanto a reticencias a aplicar este subtipo. Considera que “en lo que concierne a la agravación del artículo 189.3 .c)... se estima, de acuerdo con un sector doctrinal, que se desconecta del bien jurídico protegido pues hace una referencia a la gravedad en relación con el valor económico del material pornográfico, del que desde luego nada consta y por tanto se estima que no es aplicable”. Sigue la tendencia restrictiva la STS nº 107/2010, de 16 de febrero, que desestima la casación interpuesta por el Fiscal para que se apreciara este subtipo porque “no consta en el "factum" ni siquiera por aproximación cual pudiera ser el valor económico de dicho material, ni que el acusado pudiera beneficiarse de algún modo en su conducta de compartir el mismo con otros desconocidos internautas”. También en esta dirección cabe citar la STS nº 588/2010, de 22 de junio. En la STS nº 130/2010, de 17 de febrero, en la que el condenado por difusión tenía 32.000 archivos de carácter pedófilo, ni siquiera se planteó si podía concurrir especial gravedad atendiendo al valor económico.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Para la Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/2006 "...en última instancia, podrá traducirse la potencial mayor gravedad de la distribución o posesión de imágenes de plurales menores por medio de las reglas de dosimetría penal, utilizando las posibilidades que ofrece la regla 6ª del art. 66 CP, conforme a la que cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho". Sigue esta vía la STS nº 873/2009, de 23 de julio, que aunque no aplica el subtipo agravado, tiene en cuenta para la individualización judicial de la pena el elevado número de archivos pornográficos que se le intervinieron al acusado (más de tres mil).

Especialmente interesante es la STS nº 674/2010, de 5 de julio, que introduce unos criterios interpretativos claros y concretos para poder aplicar el subtipo, con el fin de excluir una interpretación puramente objetiva. En efecto, esta resolución exige: a) la determinación pericial del valor económico de los archivos; b) que ese importe tenga una relevancia económica trascendente, sin que la determinación de la cuantía de referencia pueda hacerse, como propugna algún sector doctrinal, mediante la rígida aplicación de las pautas jurisprudenciales fijadas en relación con delitos de naturaleza patrimonial o contra la salud pública; c) la constancia de un propósito lucrativo por parte del imputado, que ha de obtener, o estar en disposición de obtener, un provecho económico derivado de su cesión o intercambio; d) la descripción en el "factum" de esa dimensión económica añadida, sin que su concurrencia pueda identificarse con la preferencia tecnológica en la descarga que el software otorga a quienes ya han compartido con otros internautas un elevado número de archivos".



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Vemos por tanto, que en este importante pronunciamiento jurisprudencial se exige, entre otros requisitos, con toda lógica, superando la literalidad del subtipo y adentrándose en su dimensión teleológica, un propósito lucrativo. No es, sin embargo arriesgado pronosticar que la consolidación de los razonables criterios introducidos por la STS nº 674/2010 va a desembocar en la total inaplicación de este subtipo. No conocemos hasta la fecha ni un solo supuesto en el que se haya emitido un dictamen pericial fundamentado sobre el valor económico del material pornográfico intervenido en una causa.

Por ello, como adelantábamos *supra*, creemos que debiera bien suprimirse este subtipo, bien sustituirlo por uno que agravara la responsabilidad de quien distribuyera material pornográfico en cantidad de notoria importancia (con lo que se eludiría el espinoso problema de la valoración del material). Ésta es, por lo demás, la línea que sigue la Ley Modelo elaborada por el *International Centre for Missing & Exploited Children*. Si se optara por este nuevo subtipo de notoria importancia, debiera introducirse alguna pauta restrictiva, teniendo en cuenta que desde un punto de vista criminológico, los consumidores-difusores de pornografía infantil caen frecuentemente en patrones de lo que se ha denominado *collecting behaviour*, acumulando gran cantidad de material.

Analizando el listado de subtipos que se contienen en la Directiva de 2011, entendemos debieran llevarse a cabo otras modificaciones, si efectivamente se pretende su plena transposición:

Debe, conforme a la Directiva, agravarse la responsabilidad en los siguientes supuestos:



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

a) que la infracción haya sido cometida contra un menor en una situación de especial vulnerabilidad, por ejemplo discapacidad física o mental, dependencia o incapacidad física o mental.

Esta circunstancia no está expresamente prevista como subtipo agravado. Solamente se configura como tal *cuando se utilicen a niños menores de 13 años* que lógicamente tendría un radio aplicativo más reducido.

b) que la infracción haya sido cometida por un miembro de la familia, una persona que convivía con el menor o una persona que haya abusado de su posición reconocida de confianza o de autoridad.

Este subtipo podría entenderse recogido en el 189.3 f) que configura como tal el supuesto de que *el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz.*

Vemos, sin embargo, que el subtipo propuesto por la Directiva es más amplio, pudiendo entenderse aplicable por ejemplo a un sacerdote, aunque no esté encargado del menor. No obstante, este supuesto, entendemos, podría dar lugar en nuestro ordenamiento a la aplicación de la agravante genérica de abuso de superioridad (art. 22.2ª CP) o de abuso de confianza (art. 22.6ª CP), por lo que cabría entender que la legislación española se adecua a los criterios de la Directiva en este punto.

c) que la infracción haya sido cometida por varias personas actuando conjuntamente.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Este subtipo tampoco se acoge actualmente de forma expresa, si bien esta circunstancia puede ser tenida en cuenta a efectos agravatorios a través de la agravante genérica prevista en el nº 2 del art. 22 (ejecutar el hecho con auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente).

d) que la infracción haya sido cometida en el marco de una organización delictiva según la definición de la Decisión marco sobre la lucha contra la delincuencia organizada.

El art. 189.3 e) establece el siguiente subtipo: *cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.*

Parece que también en este punto se alcanzarían las exigencias de la Directiva.

e) que el autor de la infracción haya sido condenado con anterioridad por infracciones de la misma naturaleza.

f) que el autor de la infracción haya puesto en peligro la vida del menor de forma deliberada o negligente.

Esta circunstancia tampoco se recoge en los subtipos agravados del 189.3 y como ya hemos analizado *supra* se incorpora al texto proyectado.

g) que la infracción haya sido cometida empleando violencia grave contra el menor o causándole un daño grave.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

El subtipo del art. 189.3 d) agrava cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual. Tampoco puede decirse que coincidan una y otra, pues una cosa es emplear violencia grave y otra muy distinta es representar a menores que son víctimas de la violencia.

El Anteproyecto incorpora un nuevo apartado tercero que recogería esta circunstancia: *si los hechos a que se refiere la letra a) del apartado 1 se hubieran cometido con violencia o intimidación se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores.*

Debe tenerse en cuenta además que en nuestro Derecho la concurrencia de violencia dará lugar a la apreciación de un concurso delictivo entre el delito de pornografía infantil y el delito contra la libertad sexual, por lo que puede entenderse que se cumplirían en este punto las pautas valorativas emanadas de la Unión Europea sin necesidad de introducir un subtipo agravado expreso, que puede plantear problemas de *bis in idem*. Debe recordarse que no es necesaria una automática transposición de las previsiones de las Directivas cuando preexisten normas de Derecho interno que ya contemplan las previsiones de los instrumentos de la Unión.

Asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos

En el apartado cuarto del texto proyectado se castiga con la pena de seis meses a dos años de prisión al que *asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o incapaces.*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

No puede sino enjuiciarse positivamente tal inclusión. El art. 2 e) de la Directiva define el espectáculo pornográfico como *la exhibición en directo dirigida a un público, incluso por medio de las tecnologías de la información y la comunicación: i) de un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada, o ii) de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales*. El art. 4 de la Directiva describe las conductas relativas a espectáculos pornográficos. En su apartado cuarto exige que se tipifique *asistir a sabiendas a espectáculos pornográficos en los que participen menores*. Establece la Directiva que *se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos un año si el menor ha alcanzado esa edad*.

Conforme al Preámbulo de la Directiva 2011/92/UE *en el contexto de la tipificación como infracciones penales de los actos relativos a los espectáculos pornográficos, la presente Directiva considera como tales aquellos consistentes en la exhibición en directo organizada y dirigida a un público, con lo que quedan excluidos de la definición la comunicación personal directa entre iguales que dan su consentimiento, así como los menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual y sus parejas*.

La letra a) del apartado primero del art. 189 CP vigente castiga al que *utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados*.

De lege data, en nuestra opinión la redacción actual del CP no permite castigar las conductas de mera asistencia, atipicidad sin duda incoherente con la expresa punición de la posesión de pornografía infantil.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Por tanto, la tipificación de esta conducta en el Anteproyecto supone el cumplimiento de lo preceptuado por la Directiva de 2011.

La Directiva de 2011 prevé en relación con estas conductas agravar la responsabilidad cuando se emplee coacción, fuerza o amenazas con un menor para que participe en espectáculos pornográficos, imponiendo una pena que permita alcanzar los ocho años de prisión (art. 4.3), directriz asumida por el Anteproyecto. No obstante, en nuestra opinión no es necesario introducir un subtipo agravado pues en estos supuestos, además del tipo del art 189 CP entraría en régimen de concurso el correspondiente tipo de agresión o abuso sexual.

Acceso a la pornografía infantil

En el apartado quinto del Anteproyecto se castiga con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años al que *para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado incapaces*

Se mantiene la penalidad privilegiada de este tipo de posesión y las únicas novedades son la reubicación dentro del tipo en un lugar más adecuado que el del texto vigente, que lo coloca en el apartado segundo, antes de los subtipos agravados pese a no serles éstos de aplicación.

El párrafo segundo de este apartado quinto establece que *la misma pena se impondrá a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado incapaces, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Esta sí es una importante novedad.

Con el vigente tipo de posesión de material pornográfico infantil no cabe incriminar conductas de simple visionado de la pornografía. Esta es la línea mayoritariamente seguida por la doctrina alemana. La posesión implica una tenencia prolongada temporalmente, que con carácter general y operando en Internet, implicará la correspondiente descarga del material. La STS nº 373/2011, de 13 de mayo también excluye la tipicidad en supuestos de detentación fugaz: “procede la absolución del acusado, al faltar una mínima determinación temporal sobre tal posesión, que -por otro lado- al tratarse de una mera detentación fugaz, no puede integrar el tipo, ya que la STS nº 105/2009, de 30 de enero, sostiene que la posesión ha de durar algún lapso temporal determinado... pues ha de distinguirse entre visionar y poseer”. En este mismo sentido, la SAP Santa Cruz de Tenerife, sec. 6ª nº 342/2011, de 15 de julio distingue entre visionar y poseer, exigiendo para considerar típicos los hechos una mínima detentación temporal

Algún sector doctrinal ha considerado que tipificar el mero visionado puede generar problemas probatorios e inseguridad jurídica. No obstante, es incongruente, si se consolida la tendencia a consumir mediante el visualizado *on line*, castigar la posesión mediante descarga y no castigar esta conducta de visionado.

Esta es la línea seguida por el art 20.1. f) del Convenio de Lanzarote, que dispone que cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas intencionales, cuando se cometan de forma ilícita...f) el acceso a pornografía infantil, con conocimiento de causa y por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Si tenemos en cuenta que la letra e) del mismo



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

precepto exige la tipificación de la posesión, es claro que el Convenio aboga por la tipificación del mero acceso. No obstante, el apartado 4º de este mismo precepto permite reservarse el derecho de no aplicar esta disposición.

También la Declaración del III Congreso Mundial de Río, en su punto II.-4 aboga por la tipificación del mero acceso a la pornografía infantil: *criminalize the intentional production, distribution, receipt and possession of child pornography, including virtual images and the sexually exploitative representation of children, as well as the intentional consumption, access and viewing of such materials where there has been no physical contact with a child.*

La Directiva de 2011 sigue esta senda de *net expanding*, al disponer en su art. 5 apartado tercero que *el acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año.* El Preámbulo de la Directiva declara que *debe tipificarse como infracción penal el acceso a sabiendas, mediante tecnologías de la información y la comunicación, a pornografía infantil. Para ser responsable, la persona debe tener la intención de acceder a un sitio Internet en el que haya pornografía infantil y, a su vez, saber que es posible hallar en él ese tipo de imágenes. No deben aplicarse penas a las personas que accedan sin intención a sitios que contengan pornografía infantil. Podrá deducirse el carácter intencionado de la infracción, en particular, del hecho de que esta sea recurrente o de que se cometa mediante un servicio sujeto a pago.* Desde el punto de vista penológico, la Directiva asimila el acceso a la posesión.

Parece, pues, claro, que esta novedad del Anteproyecto está plenamente justificada a fin de cumplir con los parámetros de la Directiva.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Aunque es evidente que existirán dificultades para su aplicación práctica, que en todo caso habrá de ser respetuosa con un Derecho Penal basado en el principio de culpabilidad, los efectos beneficiosos de prevención general que la tipificación expresa del acceso pueden generar, son fundamento suficiente para su incorporación al CP, exigida además por los compromisos asumidos por España derivados del Convenio de Lanzarote y de la Directiva de 2011. No parece adecuado, sin embargo, que estos comportamientos se castiguen con la misma pena.

Excusa absolutoria en relación con la pornografía infantil virtual

En el apartado sexto se incluye la que podría considerarse una excusa absolutoria: *la producción y posesión de pornografía infantil no serán punibles cuando se trate del material pornográfico a que se refiere la letra c) del párrafo segundo del apartado 1 de este artículo, siempre que el material esté en posesión de su productor únicamente para su uso privado, y en su producción no se haya utilizado el material pornográfico a que se refieren las letras a) y b) del mismo.*

La elaboración, difusión o posesión de material conteniendo imágenes realistas de niños inexistentes en conductas sexualmente explícitas, lo que se ha denominado pornografía infantil virtual, no tiene trascendencia penal en el Código Penal vigente.

Ya el Convenio de Budapest incluía en el concepto de pornografía infantil (vid. art. 9) las imágenes realistas de niños inexistentes en conductas sexualmente explícitas (pornografía infantil virtual) si bien permite a los Estados parte exceptuarlas. Igualmente EUROPOL (*Annex I Child Pornography Legislation*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

within the European Union Europol 2005) propuso la tipificación de la pornografía generada por ordenador.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 5 de la Directiva de 2011 debe tipificarse la posesión, producción y difusión de pornografía infantil virtual, que abarcarían no solo imágenes relativas a conductas sexualmente explícitas sin también imágenes realistas de órganos sexuales con fines principalmente sexuales.

En realidad, el mantenimiento de la atipicidad de las conductas relativas a pornografía técnica tras la reforma 5/2010 suponía objetivamente un incumplimiento de la Decisión Marco 2004/68 que ya imponía su tipificación.

Con la nueva definición del concepto de pornografía infantil se da cumplimiento a este mandato.

Cabe justificar la tipificación en que estas conductas banalizan y pueden contribuir a la aceptación de la explotación sexual de los niños y en que atacan la dignidad de la infancia en su conjunto. Por otro lado, también se ha alegado una razón práctica: muy pronto –ya es difícil- será imposible distinguir entre imágenes reales e imágenes generadas por ordenador. Las derivaciones del *onus probandi* han sido fundamentales en algunos países a efectos de optar por criminalizar estas conductas.

La consecuencia más importante de la existencia de tipos que castigan la pornografía infantil aunque sea virtual es la mayor facilidad para sostener la acusación, al no ser imprescindible para la relevancia penal de la conducta acreditar que el menor es real.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

La Directiva permite en determinados supuestos no castigar conductas relativas a la pornografía virtual. El apartado ocho del art. 5.8 de la Directiva dispone que “quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si los apartados 2 y 6 del presente artículo serán aplicables a los casos en que se determine que el material pornográfico definido en el artículo 2, letra c), inciso iv), ha sido producido y está en posesión de su productor estrictamente para su uso privado, siempre que para su producción no se haya empleado material pornográfico al que se refiere el artículo 2, letra c), incisos i), ii) e iii), y que el acto no implique riesgo de difusión del material.

En definitiva, el apartado siete del proyectado art. 189, a fin de evitar excesos punitivos, se acoge a la posibilidad brindada por el apartado ocho del art. 5.8 de la Directiva. Creemos que la solución del Anteproyecto es la adecuada, por respetuosa con el principio de intervención mínima.

Quizás debiera ampliarse el radio de la excusa absolutoria a otros supuestos que se dan en la realidad y cuya punición a través del tipo de pornografía infantil genera perplejidad: nos referimos a quien en el curso de una relación sexual completamente libre y consentida con persona que ha superado la mayoría de edad sexual graba, con consentimiento de ésta, el acto sexual para su uso estrictamente privado, en condiciones que excluyen cualquier propósito de difusión. Piénsese en una relación entre un adulto y una menor de 17 años sin ningún tipo de engaño o abuso, en condiciones tales en que la intranscendencia penal no dejara dudas. Si en el curso de la relación se lleva a cabo una grabación en las condiciones antedichas, formalmente se cometería el delito del art 189.1 a), aunque parece claro, materialmente no concurriría el contenido de antijuridicidad que fundamenta la punición de tal conducta. El TS ya ha analizado supuestos como los expuestos decantándose sin embargo –en



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

aplicación estricta de la norma vigente- por la punición conforme al tipo del art 189.1 a) CP.

Supresión del tipo de pseudopornografía infantil

El apartado séptimo del art. 189 vigente castiga al que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.

Este singular material pornográfico afecta a la imagen y a la dignidad del menor pero no a su libertad ni indemnidad sexual, pues no se lleva a cabo ningún comportamiento —ni siquiera indirecto— con matiz sexual sobre el menor. Es la llamada pseudo pornografía infantil (también denominada *morphing*), en la que no se utiliza realmente al menor o incapaz sino que se abusa de su imagen o voz manipulándola con artificios técnicos.

La pseudo pornografía ha sido clasificada en tres tipos: 1) imágenes de cuerpos digitalmente alteradas y sexualizadas, como la imagen de un niño en bañador al que se le quita dicha prenda con programas de ordenador 2) imágenes separadas en una fotografía, como la mano de un niño sobreimpuesta a un pene de un adulto 3) montajes de fotos, alguna de las cuales representa a un menor y otras tienen contenido sexual.

Este tipo de nuevo cuño fue introducido por la reforma operada por LO 15/2003. Entendemos que su supresión obedece a que tal material pornográfico debe reconducirse ahora a los supuestos de pornografía virtual que el Anteproyecto considera material pornográfico infantil relevante penalmente.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

El tipo omisivo

En el apartado séptimo proyectado se castiga con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses al que *tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o una persona discapacitada necesitada de especial protección y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o persona discapacitada necesitada de especial protección.*

Este tipo omisivo reproduce el actualmente previsto en el apartado quinto del art. 189, limitándose la reforma a sustituir “incapaz” por “persona discapacitada necesitada de especial protección”.

Obligaciones del Ministerio Fiscal

El apartado ocho del art. 189 proyectado es idéntico al actual apartado seis, recogiendo la obligación del Fiscal de promover las acciones de privación de patria potestad y asimiladas.

Se sugiere, no obstante, que la mención al “ministerio fiscal” se empleen, como hace el texto vigente, las mayúsculas, esto es, “Ministerio Fiscal”.

Retirada de páginas web

En el apartado nueve se incorpora una previsión novedosa: *los Jueces y Tribunales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas Web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil o en*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

cuya elaboración se hubieran utilizado incapaces o, en su caso, para bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de Internet que se encuentren en su territorio.

Estas medidas podrán ser acordadas con carácter cautelar a petición del Ministerio Fiscal.

La norma se refiere conjuntamente a dos tipos de medidas muy diferentes: la retirada de las páginas, que no planteará excesivos problemas cuando el servidor radique en España y el bloqueo de páginas, que puede ser una medida útil cuando, radicando el servidor en el extranjero, el país donde se ubica no atiende el requerimiento cursado por los mecanismos de cooperación judicial internacional. Debe, no obstante, tenerse presente que técnicamente, el bloqueo es menos eficaz que la retirada de la página, por lo que ésta debe ser siempre que sea factible, la opción preferente.

Debe tenerse presente que la realidad muestra lo complejo, lento y difícil que es retirar de la red el material pornográfico detectado. Por esta razón se están abriendo paso las medidas tendentes a bloquear el acceso a estos materiales como estrategia clave en la protección de los menores afectados, evitando su revictimización y en la lucha contra la pornografía infantil. El bloqueo del acceso a estos materiales puede además estrangular los ingresos de las mafias que los comercializan en Internet. En esta dirección se creó CIRCAMP (*Cospol Internet Related Child Abusive Material Project*) como sistema para impedir el acceso a páginas web con pornografía infantil. Este sistema está funcionando ya en Dinamarca, Bélgica, Francia, Irlanda, Italia, Malta, Polonia, Suecia, Holanda, Nueva Zelanda y Alemania.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

En nuestro país se inició el proceso de puesta en marcha de CIRCAMP, que sin embargo se paralizó ante las dudas de legalidad planteadas por el anterior equipo del Ministerio del Interior.

La Directiva de 2011 promociona decididamente esta modalidad de lucha contra la pornografía infantil, disponiendo en su art 25 que *1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la rápida retirada de las páginas web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil que se encuentren en su territorio y procurarán obtener la retirada de las páginas de esa índole que se encuentren fuera de su territorio.*

2. Los Estados miembros podrán adoptar medidas para bloquear el acceso a las páginas web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil a los usuarios de Internet en su territorio. Dichas medidas se establecerán mediante unos procedimientos transparentes y ofrecerán garantías adecuadas, sobre todo con miras a garantizar que la restricción se limite a lo necesario y proporcionado, y que los usuarios estén informados del motivo de la restricción. Estas garantías también incluirán la posibilidad de recurso a los tribunales.

Declara el Preámbulo de la Directiva que *la pornografía infantil, que consiste en imágenes de abusos sexuales a menores, es un tipo de contenido específico que no puede considerarse la expresión de una opinión. Para combatirla es necesario reducir la difusión de material de abusos sexuales de menores dificultando la carga de tales contenidos por los delincuentes en redes de acceso público. Por lo tanto, es necesario emprender una acción para retirar tales contenidos y detener a las personas culpables de la difusión o descarga de imágenes de abusos a niños. Con miras a apoyar los esfuerzos de la Unión en la lucha contra la pornografía infantil, los Estados miembros deben hacer todo cuanto esté en su mano por cooperar con terceros países para asegurar la*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

retirada de tales contenidos de los servidores que se encuentren en el territorio de estos.

En el punto 47 se declara que ahora bien, a pesar de este esfuerzo, la retirada de contenidos de pornografía infantil a menudo no es posible cuando los materiales originales no se encuentran en la Unión, ya sea porque el Estado en que se encuentran los servidores no está dispuesto a cooperar o porque el obtener del Estado en cuestión la retirada del material resulta particularmente lento. También pueden crearse mecanismos para bloquear el acceso desde el territorio de la Unión a las páginas de Internet identificadas que contengan o difundan pornografía infantil. Las medidas adoptadas por los Estados miembros de conformidad con la presente Directiva con miras a retirar o, en su caso, bloquear los sitios web que contengan pornografía infantil pueden basarse en varios tipos de acciones públicas, como pueden ser: legislativas, no legislativas, judiciales u otras. En ese sentido, las disposiciones de la presente Directiva se entienden sin perjuicio de la acción voluntaria emprendida por las empresas de Internet para evitar un uso indebido de sus servicios, o de cualquier apoyo a una acción de estas características por parte de los Estados miembros. Cualquiera que sea la base de la acción o el método que se haya elegido, los Estados miembros deben velar por que ofrezca un nivel adecuado de seguridad jurídica y previsibilidad para los usuarios y los proveedores de servicios. Debe entablarse y reforzarse la cooperación entre las autoridades públicas, tanto con vistas a la retirada como al bloqueo de los contenidos de abusos contra menores, con el fin de garantizar que las listas nacionales de sitios web que contienen material pornográfico infantil sean lo más completas posible, y de evitar la duplicación de tareas. Tales acciones deben respetar los derechos de los usuarios finales, conforme a los procedimientos judiciales y legales existentes y cumplir el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y la Carta de los Derechos



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Fundamentales de la Unión Europea. El Programa «Safer Internet» (una Internet más segura) ha creado una red de líneas directas cuyo objetivo es recoger información y garantizar la cobertura y el intercambio de informes sobre los principales tipos de contenidos ilegales en línea.

Por tanto, la incorporación de esta expresa previsión legal debe valorarse positivamente, si bien esta novedad no ha de impedir que las técnicas de bloqueo puedan aplicarse por la autoridad administrativa extrajudicialmente.

Desaparición del tipo de corrupción de menores

En el Anteproyecto desaparece el apartado cuarto del vigente art. 189 CP, esto es, el tipo de corrupción de menores. Este precepto castiga con la pena de prisión de seis meses a un año al que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste.

El delito de corrupción de menores ha tenido una tortuosa existencia: tipificado en el artículo 452 bis b)1, precedente del Código de 1973 desapareció en el primitivo Texto del Código Penal de 1995, para volver a aparecer, no sin polémica, en el art. 189.4 en la reforma operada por LO 11/1999.

La Exposición de Motivos de la LO 11/1999 justificaba la reintroducción en el C.P. del delito de corrupción de menores, que suprimió el texto de 1995, entendiendo que se trata de “una cláusula de cierre del sistema de protección del menor que permite la represión de conductas no reconducibles a las infracciones más gravemente penadas de agresión o abuso sexual”.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Este tipo fue considerado por el TS como “ambiguo e impreciso, en el umbral del principio de legalidad” restringiéndose su aplicación a conductas que sean aptas para generar el peligro de producir perjuicio en la evolución o el desarrollo de la personalidad del menor” (STS nº 422/2005, de 4 de abril).

La enorme trascendencia de este cambio unido al silencio total que sobre el mismo se guarda en la Exposición de Motivos nos hace temer que se trate de una consecuencia no prevista ni deseada y derivada de la reestructuración del art. 189.

Puede, no obstante, tratarse de una opción consciente del prelegislador, teniendo además en cuenta que el nuevo art 181.3 introducido por el Anteproyecto castiga expresamente además de los actos sexuales con menores de entre trece y dieciséis años utilizando engaño, los actos sexuales con menores de entre trece y dieciséis años abusando de una posición de reconocida confianza, autoridad o influencia sobre la víctima. En este caso, la entidad de la reforma obliga a que en la Exposición de Motivos se den las correspondientes explicaciones.

Centésimo décimo

Modificación del apartado primero del art. 192

En el texto proyectado dispone que *a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada.*

En el texto vigente se establece que *a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.

La reforma introduce por tanto mayor flexibilidad generalizando el carácter facultativo en la imposición de la medida, lo que merece una valoración positiva, pues los encorsetamientos y rigideces suelen generar resultados insatisfactorios.

El apartado tercero del art. 192 CP vigente brinda una posibilidad que puede tener una enorme importancia preventivo especial: la de imponer la pena de inhabilitación especial para empleo, cargo público o ejercicio de cualquier oficio o profesión que pueda tener relación con menores de edad. Esta medida estará especialmente indicada para personas que desempeñan profesiones o realizan actividades en contacto con menores: profesores, entrenadores deportivos, monitores de campamentos etc.

El art 5.3 del Convenio de Lanzarote va mas allá, al establecer la necesidad de introducir reformas en la regulación de las condiciones de acceso a las profesiones cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con niños a efectos de excluir a quienes hubieran sido condenados por actos de explotación o abuso sexual de niños (*cada Parte adoptará, de conformidad con su derecho interno, las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las condiciones de acceso a las profesiones cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con niños garanticen que los aspirantes a ejercer dichas profesiones no hayan sido condenados por actos de explotación o abuso sexual de niños*).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

El art 10 de la Directiva retoma esta idea de exclusión de los pedófilos de profesiones que implique contacto habitual con niños.

Este precepto dispone lo siguiente: *1. A fin de evitar el riesgo de reincidencia en los delitos, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que una persona física que haya sido condenada por una infracción contemplada en los artículos 3 a 7 pueda ser inhabilitada, con carácter temporal o permanente, para el ejercicio de actividades, al menos profesionales, que impliquen contactos directos y regulares con menores.*

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los empresarios, al contratar a una persona para realizar actividades profesionales o actividades de voluntariado organizadas que impliquen contactos directos y regulares con menores, tengan derecho a solicitar información, de conformidad con el Derecho nacional, por cualquier medio apropiado, como el acceso previa petición o a través del interesado, de la existencia de condenas por infracciones contempladas en los artículos 3 a 7 que consten en el registro de antecedentes penales, o de cualquier inhabilitación para ejercer actividades que impliquen contactos directos y regulares con menores derivada de dichas condenas penales.

3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, con vistas a la aplicación de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, la información relativa a la existencia de condenas penales por cualquiera de las infracciones contempladas en los artículos 3 a 7, o de cualquier inhabilitación para ejercer actividades que impliquen contactos directos y regulares con menores derivada de dichas condenas penales, sea transmitida con arreglo a los procedimientos establecidos en la Decisión marco 2009/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros (2), cuando se solicite la información de conformidad con el artículo 6 de dicha Decisión marco con el consentimiento de la persona interesada.

El fundamento es evidente, habida cuenta del alto porcentaje de reincidencia en este tipo de delitos y teniendo presente la especial situación de vulnerabilidad de los menores y el dato contrastado en la *praxis* de que los pedófilos tratan de acceder a este tipo de profesiones precisamente para tener acceso directo a los niños.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Entendemos de extraordinaria importancia la transposición de esta previsión de la Directiva, que no se hace en el Anteproyecto.

En Derecho comparado se ha avanzado. En Francia los arts. 222-45 y 227-29 de su Código prevén la privación de actividades profesionales que impliquen contacto habitual con menores, para las agresiones y abusos respectivamente. En Italia se fija como pena accesoria la prohibición perpetua de empleo en cualquier tipo de escuelas así como en instituciones públicas o privadas frecuentadas principalmente por menores (art. 609 nonies). En Dinamarca se le puede imponer al condenado la orden de no acercarse a parques públicos, a colegios, parques infantiles, reformatorios de menores, a manicomios, a instituciones para personas con grandes daños psíquicos, a bosques determinados, piscinas o playas (art. 236 CP) o se le puede prohibir que menores de 18 años residan en su domicilio (art. 236 CP). En Inglaterra, la *Sexual Offences Act* de 2003 prevé la creación de un registro, formado por los datos que el agresor sexual debe dar a la policía, entre los que destaca sus cambios de domicilio, y la posibilidad de que el tribunal le prohíba trabajar con menores. Y en Bélgica la reforma de 2001 introdujo el art. 382 bis, que prevé la imposibilidad de actividades, enseñanza o participación en sociedades que se ocupen de menores.

Recordemos de nuevo que el Legislador español está obligado a llevar a cabo la adaptación de nuestro ordenamiento a las prescripciones del Convenio de Lanzarote y de la Directiva. El Anteproyecto podría ser la vía, aunque hubiera que modificar no sólo el CP sino otras disposiciones legales y reglamentarias reguladoras de las condiciones de acceso a las profesiones cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con niños.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Otras cuestiones relacionadas con la pornografía infantil

Quizás debiera aprovecharse esta reforma para retocar la LECrim para retocar aspectos procesales en cumplimiento de las obligaciones asumidas por España.

En este sentido, en relación con el agente encubierto, declara el Preámbulo de la Directiva que los responsables de la investigación y del enjuiciamiento de las infracciones contempladas en la presente Directiva deben disponer de unos instrumentos de investigación eficaces. Entre estos instrumentos podrán figurar la interceptación de comunicaciones, la vigilancia discreta, incluida la electrónica, el control de cuentas bancarias y otros medios de investigación financiera, teniendo en cuenta, entre otras cosas, el principio de proporcionalidad y la índole y gravedad de las infracciones que se estén investigando. Cuando proceda y de conformidad con el Derecho nacional, entre dichos instrumentos podrá encontrarse también la posibilidad de que los servicios de seguridad utilicen una identidad oculta en Internet.

El art 15.3 de la Directiva dispone que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas, unidades o servicios responsables de la investigación o del enjuiciamiento de las infracciones contempladas en los artículos 3 a 7 dispongan de instrumentos de investigación eficaces, tales como los que se utilizan contra la delincuencia organizada y en otros casos de delincuencia grave.

La figura del agente encubierto introducida por la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, se regula en el art. 282 bis LECrim . Posteriormente fue retocada por las LO 15/2003 y 5/2010 .



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Esta modalidad de investigación puede utilizarse en la lucha contra la pornografía infantil, cuando concurren los presupuestos que conforme a dicho precepto la hacen admisible, (en especial, cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada).

En efecto, la misma dimensión secreta del tráfico en Internet puede facilitar la labor del agente encubierto.

En nuestra opinión sería conveniente, en aras a la seguridad jurídica, introducir una previsión expresa para permitir utilizar la figura del agente encubierto y la entrega controlada en la investigación de delitos de difusión de pornografía infantil, aún sin organización.

Debe también recordarse la previsión del Convenio de Lanzarote, conforme al que a efectos de la prevención y enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio, cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para recoger y almacenar, de conformidad con las disposiciones aplicables sobre protección de datos de carácter personal y otras normas y garantías apropiadas que el derecho interno prevea, los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio.

Centésimo undécimo

Se añade un artículo 194 bis

Se dispone que *los delitos contra la libertad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad serán perseguibles en España cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- a) *Que la infracción se haya cometido, total o parcialmente, en territorio español. Cuando el delito se haya cometido por medio de tecnologías de la información y la comunicación, se entenderá cometido en España cuando se acceda a dichas tecnologías desde el territorio español, con independencia de que tengan o no su base en dicho territorio.*
- b) *Que el autor del hecho tenga nacionalidad española, aunque los hechos no constituyan una infracción penal en el lugar donde se cometan.*
- c) *Que la infracción se haya cometido contra una persona de nacionalidad española o que tenga su residencia habitual en el territorio español;*
- d) *Que la infracción se haya cometido en beneficio de una persona jurídica establecida en el territorio español;*
- e) *Que el autor de la infracción tenga su residencia habitual en el territorio español.”*

En primer lugar debe subrayarse la improcedencia de insertar un precepto sobre la extensión de la jurisdicción penal española en el Código Penal, cuando se trata de una materia con un tratamiento específico en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que ya regula en concreto la extensión de la jurisdicción penal española en su art. 23 y además con una mención específica a los delitos de prostitución y corrupción de menores. El Anteproyecto no tiene en cuenta la legislación preexistente e introduce una disposición desubicada y solapada a otra que ya se ocupa de la misma cuestión.

Por lo demás, conforme al art 23.4 LOPJ se confiere a la jurisdicción española competencia para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley española, como Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Entendemos que los términos del art. 23.4 LOPJ, que introduce un principio de jurisdicción universal en materia de delitos de prostitución y corrupción de menores son lo suficientemente amplios para entender más que cumplimentadas las previsiones sobre jurisdicción contenidas en el art. 17 de la Directiva 2011/92/UE de 13 de diciembre de 2011. En todo caso, si no se considerara así, la adaptación de nuestro ordenamiento a las previsiones de la Directiva tendría que llevarse a cabo a través de la modificación del art. 23 LOPJ y no introduciendo una disposición en el CP. Lo contrario lleva al desorden en un ámbito en el que la seguridad jurídica es esencial, pues se definen aspectos esenciales del funcionamiento del Estado.

Centésimo duodécimo

Se añade un apartado 4 bis al art 197

Este nuevo tipo castiga con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses al que *sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.*

El tipo protege la intimidad personal en relación con materiales fotográficos o audiovisuales cuya difusión puede generar un menoscabo grave. La conducta se construye sobre un primer estadio en el que el material se obtiene con consentimiento del afectado y sobre un segundo estadio en el que la difusión se produce sin tal consentimiento. Coincidimos en que este tipo de conductas merece reproche penal a fin de proteger la intimidad ante ataques intolerables



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

que se han iniciado con un consentimiento de la víctima y una expresa voluntad de que el mismo no se difunda.

Parece no obstante, que conductas como la descrita en este tipo de nueva factura, que desde luego no estarían cubiertas por los tipos de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197 al concurrir ese consentimiento inicial, podrían subsumirse también en el vigente art. 173.1 que castiga con una pena superior a la del nuevo tipo (prisión de seis meses a dos años) al que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral.

Si analizamos la interpretación que la jurisprudencia ha efectuado del tipo de delito contra la integridad moral, entendemos que las conductas que expresamente se tipifican en el Anteproyecto podrían tener cabida en el mismo.

El delito contra la integridad moral tiene asignada una pena de prisión de seis meses a dos años. El delito del art. 173 representa el tipo básico de las conductas incluidas dentro del Título VII del Libro II del Código Penal, requiriendo para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial (infligir a una persona un trato degradante), y un resultado (menoscabando gravemente su integridad moral) (STS nº 819/2002, de 8 de mayo).

La integridad protegida se identifica con la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona. El tipo, como valor derivado del art. 15 CE plasma el rechazo más absoluto para cuanto represente o suponga menosprecio a la dignidad humana.

Se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas que supongan una agresión grave a la integridad moral. Consiste en someter a la víctima, de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indignidad para la persona (STS 1218/2004, de 2 de noviembre).

El art. 173 operaría como un tipo de recogida o tipo de arrastre (*auffrangtatbestand* en la terminología alemana), en el sentido de que viene a constituir una forma subsidiaria de todos los delitos en que existe como modalidad de comportamiento un ataque contra el mismo bien jurídico protegido, que entra en juego cuando la conducta enjuiciada no pueda subsumirse en otras figuras más específicas del Código Penal que impliquen también un atentado contra la dignidad moral de otros, de las que existen numerosos ejemplos en otros títulos del Código (SAP Sevilla, sec. 4ª nº 150/2004, de 4 de marzo).

En cuanto al elemento medial (infligir a una persona un trato degradante), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo conecta con someter a una persona a humillación o degradación alcanzando unos niveles mínimos de severidad. Esos niveles deben ser evaluados en relación con las circunstancias del caso (STEDH de 25 de Febrero de 1982, caso Campbell y Cosans contra el Reino Unido).

Avanzando más, las SSTS nº 1218/2004, de 2 de noviembre, 819/2002, de 8 de mayo y 1122/1998, de 29 de septiembre consideran que los tratos degradantes son “aquellos que pueden crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral”. Con carácter general la expresión «trato degradante» presupone una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría «trato» sino simplemente ataque (STS nº 819/2002, de 8 de mayo). En esta línea la SAP Sevilla, sec. 4ª nº 150/2004, de 4 de marzo exige en la conducta típica dos



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

caracteres: la continuidad y la eficacia para inducir sentimientos de angustia y de humillación. Sin embargo el TS no encuentra obstáculo para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello (STS nº 819/2002, de 8 de mayo). También la STS nº 489/2003, de 2 de abril considera que lo normal es que concorra permanencia o repetición pero con simultánea admisión de la posibilidad de quedar integrado en un solo acto.

El delito contra la integridad moral del art. 173.1 permite pues el castigo, tanto de aquellas conductas aisladas que por su naturaleza tienen entidad suficiente para producir un menoscabo grave de la integridad moral de la víctima, cuanto de aquellas otras que, si bien aisladamente consideradas no rebasarían el umbral exigido por este delito, sin embargo en tanto reiteradas o sistemáticas, realizadas habitualmente y consideradas en su conjunto, terminan produciendo dicho menoscabo grave a la integridad moral. Son conductas, estas últimas, de trato degradante, que en su individual consideración no son calificables de graves, pero que al ser reiteradas terminan menoscabando gravemente por erosión dicha integridad moral y que tienen cabida en el precepto (STS 1218/2004, de 2 de noviembre).

En cuanto al resultado típico, debe ser un menoscabo de la integridad moral, como bien jurídico protegido por la norma, que se configura como valor autónomo, independiente de otros derechos (STS nº 1218/2004, de 2 de noviembre), en especial del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona (STS nº 819/2002, de 8 de mayo). En lo referente al concepto



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

penal de integridad moral, ha de delimitarse fundamentalmente desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto, o si se prefiere, podría hablarse de la incolumidad personal o de su inviolabilidad (STS nº 1218/2004, de 2 de noviembre). El atentado a la integridad moral debe ser grave, debiendo la acción típica ser interpretada en relación con todas las circunstancias concurrentes en el hecho, pues cuando el atentado no revista gravedad estaremos ante la falta del art. 620.2º del CP (STS nº 819/2002, de 8 de mayo). En esta línea la STS nº 489/2003, de 2 de abril declara que el art. 173 quedará reservado a aquellos hechos en los que la degradación tenga una cierta intensidad, cuya gravedad ya no sea posible recoger en la individualización de la pena del delito al que acompañan a través de las agravantes ordinarias. En este mismo sentido, STS nº 2101/2001, de 14 de noviembre.

En cualquier caso, no se requiere que este quebranto grave se integre en el concepto de lesión psíquica, cuya subsunción se encuentra en los tipos penales de las lesiones (STS nº 489/2003, de 2 de abril).

La STS nº 489/2003, de 2 de abril aún declarando que no se puede presentar un catálogo de conductas susceptibles de ser incluidas en el tipo penal, incluye la realización de «novatadas» y, en general, las conductas susceptibles de producir en las víctimas «sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral» y conductas, como desnudar a un detenido y obligarle a realizar flexiones, etc.. comportamientos que exceden de la necesidad de la detención con una finalidad envilecedora.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Se ha considerado aplicable el tipo del art. 173.1 en un supuesto de hechos vejatorios y gravemente degradantes inferidos a un ciudadano “al que no sólo le tuvieron en un estado de terror permanente, sino que utilizaron toda clase de humillaciones obligándole a desnudarse, además de infundirle un terror psicológico incuestionable” (STS nº 454/2004, de 6 de abril).

En definitiva, y recapitulando, entendemos que las conductas que tratan de ser sancionadas por el nuevo tipo propuesto, pueden ya subsumirse en el tipo contra la integridad moral, por lo que no sería estrictamente necesaria su creación ex novo, creación que por lo demás puede generar nuevos problemas.

Podría contraargumentarse que la tipificación expresa tiene la ventaja de clarificar la relevancia penal de la conducta, con los consiguientes efectos beneficiosos de prevención general y que permite también establecer una penalidad mas ajustada. Sin embargo, debe repararse en que también trae nuevos problemas: repárese en que tal como se describe la conducta, quedaría fuera de ella la del tercero ajeno al pacto que consigue el material y lo difunde.

Por ello, si se entiende imprescindible tipificar expresamente tales conductas, debe aquilatarse la redacción del tipo para evitar dejar fuera del radio aplicativo del mismo conductas de idéntica gravedad. Debiera también cuidarse la descripción típica, pues en algunos casos se emplean en nuestra opinión expresiones impropias de una norma legal, por demasiado coloquiales (*en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*) y en otros casos se detecta una redacción simplemente descuidada (*la intimidación personal de esa persona*).



Centésimo decimotercero

Se dice que “se modifican los apartados 2 y 3 del artículo 203, que queda redactado como sigue...”

En realidad el Anteproyecto lo que hace es trasladar el actual apartado 2 a un nuevo apartado tercero y dedicar el apartado 2 a ubicar un tipo delictivo “nuevo”, castigando con las pena de multa de uno a tres meses al que *se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.*

En rigor, el tipo delictivo nuevo no es sino la anterior falta del art. 635 CP castigada en el vigente texto con la pena de localización permanente de dos a 10 días o multa de uno a dos meses. Pasa por tanto esta falta a integrar la nueva categoría de delito leve.

Centésimo decimocuarto

Se modifica el artículo 210

Este precepto queda redactado del siguiente modo: “El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando estas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de infracciones administrativas.” Se suprime pues, en la nueva redacción la referencia a la comisión de faltas penales, supresión impuesta por la desaparición en el anteproyecto de esta categoría de ilícitos veniales.



Centésimo decimoquinto

Artículo 234

El Anteproyecto prevé la reforma del art. 234 del Código Penal, modificando el primer apartado, que pasa a ser el número 1 y sustituyendo el segundo por un nuevo apartado, que pasa a ser el número 2.

En consonancia con la supresión de la falta de hurto en el apartado número 1 se elimina la referencia al límite de la cuantía de lo sustraído como elemento diferenciador entre el delito y la falta de hurto.

El apartado número 2, que en el Código Penal vigente se regula las faltas reiteradas de hurto, se suprime totalmente y se introduce un nuevo párrafo para crear el delito leve de hurto que se caracteriza por *“su escasa gravedad atendiendo el valor de los bienes sustraídos y la situación económica de la víctima”*, referencia esta última al perjuicio causado a la víctima como se desprende de la Exposición de Motivos y que ya se contempla en el delito de daños del art. 263 vigente. Este nuevo delito leve de hurto se castiga con pena de multa de uno a tres meses, pena leve que el Anteproyecto prevé para estos comportamientos que conforme a la legislación vigente pueden ser constitutivos de una falta contra el patrimonio, si bien se eleva el límite máximo de la multa de dos a tres meses.

Se excluye, en todo caso, la aplicación del delito leve de hurto, al no considerarse de escasa gravedad, *cuando el valor de los bienes es superior a 1000€ o cuando concorra alguna circunstancia de las recogidas en los artículos 235 ó 235 bis*, lo que impide la aplicación del tipo atenuado a los delincuentes profesionales.



Centésimo decimosexto

Artículo 235

La característica fundamental de este artículo en el Anteproyecto es que pasa a ser un catálogo de agravantes específicas aplicable no solo al hurto si no también a todas las modalidades de robo. El Anteproyecto mantiene la pena de uno a tres años de prisión y la redacción del apartado 1º y 3º, (que pasa a ser el 4º), modificando el resto de los tipos agravados.

En el apartado segundo desaparece la referencia a las *cosas destinadas a un servicio público, siempre que la sustracción ocasionare un grave quebranto a este*, que es objeto de tratamiento específico en el apartado siguiente.

Así, en el apartado 3º se incluye una nueva figura agravada *cuando se trata de conducciones del suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones o de otras cosas destinadas al servicio público, y se cause un grave quebranto de los mismos*.

La regulación específica de esta figura agravada viene determinada por el enorme problema generado por la sustracción de cable de cobre de las redes del servicio público e interés general, incluyendo tanto el servicio eléctrico como el de telecomunicaciones. La nueva redacción supone un acierto al agravar la penalidad de estos comportamientos delictivos que generan grandes perjuicios económicos a las compañías eléctricas y telefónicas, e incluso a las ferroviarias, afectando a servicios públicos y creando en ocasiones problemas de suministro.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

El Anteproyecto mantiene la redacción de la circunstancia número 3º, que pasa a ser la 4º, referida a la *especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos o se causen perjuicios de especial consideración*. No obstante cabría concretar en 50.000€ la especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos, en paralelo con la agravación de la estafa que introdujo la modificación operada por la LO 5/2010, de 22 de junio en el artículo 250.5º vigente, con lo que se conseguiría una mayor seguridad e igualdad en la aplicación de la circunstancia.

La circunstancia 5ª que incluye el anteproyecto *cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de sus circunstancias personales o de su situación de desamparo, o aprovechando la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito*”, se corresponde con la regulada en el nº 4 del Código penal vigente, pero siendo objeto de un tratamiento más amplio al comprender todas aquellas situaciones en que la víctima se encuentra en una situación de desvalimiento y el autor se aproveche de tal circunstancia, lo que implica un mayor reproche penal, como sucede en aquellos supuestos de accidentes, catástrofes o calamidades públicas, como recoge la Exposición de Motivos.

La circunstancia nº 6, *“cuando el autor actué con profesionalidad. Existe profesionalidad cuando el autor actúa con ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional”*, según la Exposición de Motivos, pretende solucionar los problemas que plantea la delincuencia profesional, y agravar las conductas cometidas por quien hace de la comisión de delitos contra la propiedad su modo de obtener ingresos de forma permanente. El Anteproyecto, con esta modificación, permite considerar estas conductas, que con la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

normativa vigente no superarían la calificación de falta, como constitutivas de esta figura agravada del delito de hurto. No obstante, la redacción puede provocar problemas de prueba y dificultades en su aplicación práctica.

Centésimo decimoséptimo

Artículo 235 bis

Se introduce un nuevo artículo 235 bis.

El Anteproyecto establece en el apartado nº 1 dos agravaciones para el delito de hurto, castigadas con penas de dos a cuatro años de prisión. La primera, *cuando él mismo, u otro de los partícipes en el delito, porte armas u otro instrumento peligroso*. Se toma en consideración la peligrosidad potencial de quien da inicio a la ejecución de un delito de hurto llevando consigo un arma o instrumento peligroso con la posibilidad de utilizarla en cualquier momento y, en consecuencia por la mayor antijuricidad del comportamiento penal desplegado. No obstante, existe riesgo de desproporción en aquellos casos de hurto de escasa entidad que actualmente constituyen falta, que pasarían a tener una penalidad mínima de dos años de prisión. Convendría hacer alguna matización en el supuesto aplicativo de esta agravación.

La agravación del número 2º *cuando se trate de un miembro de una organización constituida para la comisión continuada de delitos contra la propiedad, y otro de sus integrantes participe en la comisión del delito* se refiere a la actuación conjunta de varios miembros de una organización dedicados a la comisión de delitos contra la propiedad. La Exposición de Motivos justifica esta nueva agravación en que se trata de dar una respuesta a los problemas que plantea la reincidencia y la criminalidad organizada.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Entendemos no obstante que resulta innecesario y perturbador introducir dicha agravación, pues la condición de miembro de una organización criminal ya está sancionada en el art. 570 bis con una pena que debería sumarse al delito cometido, lo que permitiría incluso una sanción mayor que la regulada en este nuevo precepto.

En el número 2 de este nuevo artículo impone la pena en su mitad superior, de tres a cuatro años de prisión, cuando concurren las dos circunstancias del número 1 o cuando la regulada en el número 2º concurre con alguna de las circunstancias previstas en el Art. 235.

Centésimo decimoctavo.

Artículo 236

Se modifica el artículo 236 para incorporar como delito leve la falta regulada actualmente en el artículo 623.2 del Código Penal.

Al igual que en el delito leve de hurto, el Anteproyecto modifica este artículo suprimiendo en el nº 1 la referencia a la cantidad de 400 € como límite del valor de la cosa, diferenciador del delito y la falta.

En el apartado 2 regula el delito leve, *“si el hecho, por el escaso valor de los bienes sustraídos y el perjuicio causado, resultare de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes sustraídos fuera superior a 1000€”* y establece una penalidad menor, multa de uno a tres meses, *“cuando por el valor de los bienes sustraídos y el perjuicio*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

causado, resultara de escasa gravedad”, no considerándose de escasa gravedad cuando el valor de los bienes sustraídos supere los 1000€.

Centésimo decimonoveno

Artículo 236 bis

Se introduce un nuevo artículo 236 bis.

En el referido artículo se establece con carácter facultativo la imposición de la medida de seguridad de libertad vigilada a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Capítulo, además de la pena. En la Exposición de Motivos se explica la razón del nuevo artículo, que no es otra que la posibilidad de imposición de la medida de seguridad para el caso de delincuentes patrimoniales peligrosos.

Centésimo vigésimo

Artículo 237

Se modifica con una nueva redacción el artículo 237 en el siguiente sentido:
“Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas, sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren”

El Anteproyecto modifica este artículo para incluir el empleo de fuerza en las cosas no solo para acceder al lugar en el que estas se encuentran, sino también para abandonarlo, permitiendo calificar como robo los supuestos que



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

en la actualidad son considerados hurtos, como aquellos en los que se produce la desactivación de los sistemas de alarma desde el interior del lugar, bien para huir o salir del lugar, como se determina en la Consulta de la Fiscalía General del Estado 13/1997, de 14 de noviembre.

El comentado artículo incluye en el tipo básico la posibilidad de que la violencia o intimidación recaiga en personas distintas del perjudicado, lo que ya recoge el Código Penal vigente al regular la figura agravada del art. 242.3. Así, es pacífica en la doctrina y jurisprudencia la consideración de que el sujeto pasivo de la violencia no solo puede ser la víctima del delito patrimonial sino cualquier otra persona que se interponga activa o pasivamente en la comisión del delito o en la fuga del culpable, incluidas las que acuden en auxilio de la víctima o las que persiguieren al delincuente (STS de 29 de septiembre de 1991), siempre y cuando la violencia sea causa determinante del robo de tal manera que cuando la violencia no vaya dirigida al desapoderamiento, a vencer la voluntad contraria a la sustracción debe ser calificada de forma independiente a la sustracción (STS de 29 de enero de 2002).

Centésimo vigésimo primero

Artículo 240

En el artículo 240 el Anteproyecto introduce un nuevo apartado. En el número 1 mantiene la penalidad para el delito de robo con fuerza en las cosas de uno a tres años de prisión, pero introduce un número 2 al objeto de señalar la imposición de la pena de dos a cinco años cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en los Art. 235 o 235 bis.



Centésimo vigésimo segundo

Artículo 241

Se modifica el artículo 241 y se añade un nuevo apartado, el número 4.

Se mantiene en el número 1 la agravación del *robo cometido en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias* y la pena de dos a cinco años de prisión, suprimiendo la referencia a las circunstancias previstas en el artículo 235, que son objeto de una regulación independiente en el apartado número 4. Los apartados número 2 y 3 no sufren modificaciones.

En el nuevo apartado número 4 se castiga con la pena de dos a seis años de prisión *cuando el hecho revista especial gravedad, atendiendo a la forma de comisión del delito o a los perjuicios ocasionados y en todo caso cuando concorra alguna de las circunstancias expresadas en los artículos 235 ó 235 bis.*

Según la Exposición de Motivos el primer párrafo de este nuevo apartado, (referente a la agravación del robo con fuerza en casa habitada o establecimiento o local abiertos al público), viene determinado por el modo de comisión (butrones, alunizajes) o por la gravedad de los daños causados. Conforme al criterio aprobado por el Pleno del Tribunal Supremo el 22 de mayo de 2007, la agravación del local abierto al público solo será aplicable cuando esté efectivamente abierto en el momento de comisión del delito. Si lo que se pretende es sancionar con mayor severidad determinadas modalidades de robo como los alunizajes, debiera especificarse la aplicabilidad del subtipo tanto cuando el establecimiento o local se encuentren abiertos al público como



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

cuando los hechos se ejecutaren fuera de las horas de apertura, ya que es en este momento cuando tales comportamientos delictivos se producen. No obstante, la equiparación del edificio o local abiertos al público con la casa habitada a efectos de su mayor punición siempre ha sido polémica, pues mientras la mayor antijuridicidad del robo en casa habitada es clara, no siempre sucede lo mismo con el robo en establecimiento, y de ello deriva la jurisprudencia restrictiva del TS. El Consejo Fiscal considera que en este punto debieran introducirse modulaciones que permitieran al Juzgador valorar las circunstancias concurrentes para aplicar a los supuestos de robo en establecimiento bien la pena básica del robo o la agravada equiparada al robo en casa habitada.

Este nuevo apartado del Anteproyecto determina el cambio de competencia para el enjuiciamiento del delito de los Juzgados de lo Penal a la Audiencia Provincial al superar la pena en abstracto a los cinco años de prisión (artículo 14.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

Centésimo vigésimo tercero

Artículo 242

El Anteproyecto mantiene la redacción del apartado 1 del artículo 242 y la pena de dos a cinco años de prisión para los delitos de robo con violencia o intimidación.

En el apartado 2 introduce una nueva modificación a este precepto redactado conforme a la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio que introdujo el robo con violencia o intimidación en casa habitada o en cualquiera de sus dependencias. En el Anteproyecto se castiga junto con el robo en casa



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

habitada el cometido “*en edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias*”. El subtipo agravado al igual que el actualmente existente para el robo con fuerza en las cosas tiene su fundamento en el riesgo derivado del robo para las personas que puedan encontrarse presentes en el interior del local y requiere que el hecho se produzca en horas de apertura o estando cerrado el autor conozca al realizar el hecho la existencia de personas dentro y obedece a la voluntad del legislador de sancionar más gravemente determinados comportamientos delictivos que proliferan en la actualidad y que provocan gran inquietud y alarma social en determinados colectivos, como son los robos cometidos en establecimientos de joyerías o estancos. Se castigan tales comportamientos delictivos con las penas de prisión de tres años y seis meses a seis años, lo que al igual que el artículo anterior determina un cambio en la competencia para el enjuiciamiento de los hechos.

En el apartado 3 se impone la pena en su mitad superior (de tres años y seis meses de prisión a cinco años para el tipo básico del apartado 1 y de 4 años y nueve meses de prisión a seis años para el agravado del apartado 2) *cuando concurren alguna de las circunstancias del artículo 235 bis (porte de armas u otro instrumento peligroso o pertenencia a una organización delictiva constituida para la comisión continuada de delitos contra la propiedad) o cualquiera de los intervinientes en los hechos hiciere uso de armas o instrumentos peligrosos*, luego se castiga con la pena en su mitad superior no solo el uso del arma como en el Código Penal vigente, sino también el “porte”, equiparando ambos supuestos.

El apartado 4 no sufre modificaciones en el Anteproyecto.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Centésimo vigésimo cuarto

Artículo 242 bis

Se introduce este nuevo artículo que permite la imposición de una medida de libertad vigilada a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este capítulo, a semejanza de lo regulado en el Art. 236 bis para el hurto.

Centésimo vigésimo quinto

Artículo 243

El anteproyecto modifica el artículo 243. El número 1 mantiene la redacción del precepto relativo a la extorsión. Incluye el precepto un nuevo apartado, el número 2, que introduce la posibilidad de imposición de la medida de libertad vigilada “*en estos casos podrá además imponerse una medida de libertad vigilada*” que a diferencia de la regulada en los delitos de hurto y robo, no requiere la condena por uno o más delitos de extorsión.

Centésimo vigésimo sexto

Artículo 244

El Anteproyecto modifica este artículo en el apartado 1 e introduce un nuevo apartado, número 5.

En la nueva redacción del apartado 1 se suprime la referencia al valor del vehículo, superior a 400€, como elemento diferenciador entre el delito y la falta



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

También se modifica la pena de multa que el Código Penal vigente establece de seis a doce meses por la multa de dos a doce meses, manteniendo la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días.

El apartado 5 se incluye la libertad vigilada *“en estos casos podrá imponerse además una medida de libertad vigilada”* redacción que es idéntica a la del delito de extorsión del artículo 243 del Anteproyecto.

Centésimo vigésimo séptimo

Artículo 246

El Anteproyecto divide el precepto en dos apartados.

Suprime en el apartado 1 la referencia a la cuantía de la utilidad reportada o pretendida superior a 400 € como elemento delimitador del delito y la falta en el Código Penal vigente, como consecuencia de la supresión de la falta del art. 624.1.

En el nuevo apartado 2, se introduce un delito leve de alteración de términos o lindes de pueblos o heredades, cuando los hechos, *por la escasa utilidad reportada o pretendida, resultara de escasa gravedad. En ningún caso se considerará de escasa gravedad los casos en los que el valor de la utilidad reportada o pretendida fuera superior a 1000.* Para este delito leve se establece la pena de multa de uno a tres meses.



Centésimo vigésimo octavo

Artículo 247

En el delito de distracción del curso de las aguas, el Anteproyecto contiene una modificación análoga a la del artículo 246, al objeto de introducir el delito leve de distracción del curso de las aguas al suprimir la falta del art. 624.2 del vigente Código penal.

Así, se divide el precepto en dos apartados, reproduciendo en el número 1 la redacción contenida en el Código Penal vigente, salvo la referencia a la cuantía superior a 400€ de la utilidad reportada, que se suprime.

El segundo apartado, el número 2, introduce el delito leve si *el hecho, por la escasa utilidad reportada, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de la utilidad reportada fuera superior a 1000 €.*

Centésimo vigésimo noveno

Artículo 249

La modificación que se produce en el nuevo texto de este artículo consiste en incorporar el desvalor de la falta de estafa del art. 623.4 CP, que desaparece. En el último apartado (añadido) del artículo se configura un delito leve, con una pena de multa de uno a tres meses “si el hecho fuera de escasa gravedad”. Como en todos los delitos patrimoniales no se considerarán de escasa



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

gravedad los casos en que el valor de la cantidad defraudada fuera superior a 1.000 euros.

Centésimo trigésimo

Artículo 250

La Exposición de Motivos justifica la necesidad de la reforma del tipo diciendo que *el catálogo de supuestos agravados de estafa regulado en el artículo 250 del Código Penal es revisado para incorporar, al igual que el hurto, una referencia a los supuestos de delincuencia profesional y organizada. Se añade, asimismo, una referencia a los supuestos en los que el delito se comete de un modo que llega a afectar a un elevado número de personas.*

Las novedades, en concreto, consisten en la inclusión del nuevo número cuatro, sobre criminalidad profesional y organizada (curiosamente la Exposición de Motivos dice que es para incorporar estos supuestos como sucede en el hurto, y sin embargo, el art. 235 bis solo contiene una mención a los casos de profesionalidad, pero no incorpora el de criminalidad organizada), la referencia al elevado número de personas en el número seis, la incorporación en el apartado segundo de la referencia de la circunstancia 4ª con la 1ª del número anterior para crear una superagravación, así como la mención a cuando la estafa supere los 250.000 euros. La inclusión de los casos del elevado número de personas y los 250.00 euros tienen que ver en realidad con la desaparición del llamado “delito masa” en el art. 74 CP, lo que evitará los problemas concursales que actualmente se plantan entre el 250 y el 74 CP.

No obstante, el tipo del apartado 4º del número uno planteará problemas concursales con el 570 bis, que se podrán solventar con los criterios



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

establecidos en la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado (apartado V.C).

Centésimo trigésimo primero

La novedad que establece el Anteproyecto consiste en que el actual artículo 251 bis –sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas- pasa a numerarse como artículo 251 ter, y en que se introduce un nuevo 252 bis, que faculta para imponer una medida de libertad vigilada a los condenados por la comisión de uno o más delitos de este Capítulo (titulado “Sobre las defraudaciones), lo que viene motivado por el sistema de *numerus clausus* en la aplicación de la libertad vigilada.

Centésimo trigésimo segundo

Se añade una Sección 1 bis al Capítulo VII del Título XIII del Libro II, con la siguiente rúbrica: DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL

Centésimo trigésimo tercero

Artículo 252

Una de las novedades del Anteproyecto en materia de delitos patrimoniales es la creación de una nueva sección en el capítulo sexto del título XIII, del libro II del Código Penal, intitulada “De la administración desleal” y en la que se incluye el nuevo artículo 252.

La Exposición del Motivos justifica de este modo la novedad en su apartado XIV: *Se introduce, dentro del capítulo VI del Título XIII, una nueva sección 1 bis*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

“de la administración desleal”, en la que se incluye un artículo único que tipifica con carácter general esta modalidad delictiva.

El Código Penal de 1995 había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona. De hecho, la jurisprudencia había venido afirmando reiteradamente que el artículo 252 Código Penal contenía, junto con la apropiación indebida, un tipo penal de administración desleal o “distracción” de dinero o valores patrimoniales.

Con la finalidad de poner fin a esta situación, se opta por incluir dentro de los delitos contra el patrimonio, pero fuera de los delitos societarios, un tipo penal de administración desleal que sanciona los actos de gestión desleal cometidos, mediante abuso o deslealtad en el ejercicio de las facultades de administración, por quien administra el patrimonio de un tercero y causa con ello un perjuicio patrimonial. La norma precisa que el perjuicio patrimonial existe tanto cuando se causa una disminución del patrimonio; cuando el acto de gestión desleal determina una falta de incremento del patrimonio administrado; o cuando se crea una situación de peligro de pérdida del mismo, pues el valor económico del patrimonio se ve disminuido cuando la integridad patrimonial está expuesta a una situación relevante de peligro. Se incluye, por tanto, entre otros, supuestos tales como la venta no autorizada de elementos patrimoniales a cambio de un valor inferior al real; la concesión no autorizada de créditos sin garantías; la contratación de servicios que no se prestan, o la contratación de los mismos por un precio superior al real de mercado; la falta de cobro de créditos por el administrador; la realización de operaciones no autorizadas con perjuicio para el patrimonio administrado; o la creación de cajas negras que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Iniciaremos el estudio de este tipo considerando los antecedentes de derecho comparado más próximos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha dado lugar a la modificación legislativa, y finalmente señalaremos los problemas que el texto, desde nuestro punto de vista, plantea.

Antecedentes de Derecho comparado

Tres son los países que tienen una regulación semejante a la que propone el texto del Anteproyecto: Portugal, con un tipo básico y otro cualificado cuando los hechos afecten al sector público o cooperativo, Alemania –cuyo artículo 266 muestra una sensible influencia sobre el Prelegislador español, al que sin duda ha servido de modelo- y Austria.

PORTUGAL: Art. 224.1 (Infidelidad): quien, habiéndole sido confiado, por ley o por acto jurídico, el encargo de **disponer** de intereses patrimoniales ajenos o de **administrarlos o fiscalizarlos**, causare a esos intereses, intencionalmente y con grave violación de los deberes que le incumben, un perjuicio patrimonial importante, será castigado con pena de prisión de hasta tres años o con pena de multa.

Art. 235 (Administración dañosa). 1. El que, infringiendo intencionalmente normas de control o reglas económicas de una gestión racional, provoque daño patrimonial importante en una unidad económica del sector público o cooperativo será castigado con la pena de prisión de hasta 5 años o con pena de multa de hasta 600 días.

2. La punición no tendrá lugar cuando el daño se verifique contra la expectativa fundada del agente.

ALEMANIA: Parágrafo 266: Untreue (infidelidad). El que abuse de una facultad para **disponer** sobre un patrimonio ajeno o para **obligar** a otro, concedida por



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

la ley, por encargo de la autoridad o por negocio jurídico, o lesione un deber de defender intereses patrimoniales ajenos que le incumbe, fundado en la ley, en un encargo de la autoridad, en un negocio jurídico o en una relación de confianza, y por ello causa un perjuicio a aquel cuyos intereses patrimoniales tenía que cuidar, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años o con multa.

AUSTRIA. 153.1 (Untreue). El que intencionadamente abuse de una facultad concedida por la ley, por encargo de la autoridad o por negocio jurídico para **disponer** del patrimonio ajeno o para **obligar** a otro, y por ello le cause a éste un perjuicio patrimonial, será castigado con una pena de prisión de hasta seis meses o con multa de hasta 360 días.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la relación entre los artículos 252 y 295 del actual código penal

El actual artículo 252 castiga a los que, en perjuicio de otro se apropiaren o **distrajeren dinero**, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o **activo patrimonial** que hayan recibido en depósito, comisión o **administración**, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlo recibido. Por su parte, el 295 –ubicado dentro de los delitos societarios– penaliza a los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

La relación entre ambos preceptos ha sido muy polémica. La jurisprudencia ha mantenido que el actual 252 CP sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: la que consiste en la apropiación propiamente dicha, que comete el poseedor legítimo que incorpora a su patrimonio las cosas muebles ajenas con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido, y la distracción o gestión desleal que se comete perjudicando patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene el autor a su alcance. La acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible la concurrencia del *animus rem sibi habiendi*, sino solo la del dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona. Además, la relación entre ambos tipos ha ido evolucionando en la jurisprudencia. En un principio sostuvo ésta que entre ambas figuras delictivas existía un solapamiento o coincidencia, dando a la modalidad de “distracción” de la apropiación indebida un ámbito de aplicación muy amplio (SSTS nº 224/1998, de 26 de febrero, Argentia Trust). Pero pronto vio que esto podía vaciar de contenido el 295 CP. Posteriormente, por ello, ha propuesto la siguiente separación (línea que se inicia con la STS de 11 de mayo de 2005): el 295 castigaría un abuso de poder, es decir, se trataría de un *exceso intensivo* en sus competencias, en el cual el sujeto actúa dentro de las mismas, pero de modo desleal e infiel, mientras que el 252 castigaría una extralimitación en el poder, o sea, un *exceso extensivo* en el ejercicio de las competencias: el autor actúa fuera de lo que específicamente le permite el título por el que recibe los bienes. Lo fundamental para aplicar la apropiación indebida en su modalidad de distracción estribaría en la existencia de una obligación concreta de disposición que el administrador incumple y no la obligación genérica de administrar lealmente. En cambio, siempre que una conducta no esté sometida a obligaciones específicas de entrega o devolución, o respete dichas obligaciones pero vulnere los deberes de lealtad genéricos de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

administración leal y fiel, será una conducta de administración desleal del 295 CP.

En definitiva, para un sector jurisprudencial la administración desleal supone actuar dentro de las funciones del administrador, dentro de los límites, pero indebidamente ejercidas, lo que equivaldría a un ejercicio abusivo (STS de 17 de julio de 2005); en la apropiación indebida se actuaría fuera de lo que el título de recepción permite, superando las facultades del administrador. En cambio, para otro sector jurisprudencial, actuar con abuso de las funciones propias del cargo significa hacerlo sin respetar los límites de las atribuciones concedidas a los administradores por la ley o los estatutos sociales, y por tanto, sobrepasando los límites normativos establecidos (AN 13-4-05) (deberes de fidelidad).

Ahora el Anteproyecto propone la derogación del art. 295 CP y el desgajamiento de las conductas de distracción de la apropiación indebida creando un tipo autónomo y general de administración desleal, donde se recogen tanto las conductas de abuso extensivo e intensivo del poder de disposición por parte del administrador. Con ello se retoma la idea que figuraba en el Proyecto de reforma de 2007, cuyo artículo 254 bis pretendía la creación de un tipo de administración desleal general.

Se discute si todos los supuestos del actual artículo 295 estarían incluidos en el nuevo tipo de administración desleal. Creemos que sí, porque la administración de hecho del art. 31 CP sigue siendo aplicable al nuevo tipo, y porque a través del concepto de ajenidad cuando los administradores sean los socios se cubrirán muchas lagunas (en este caso, el apoderamiento de cosa íntegra o de una parte excedente de la cuota atribuida al autor puede ser constitutivo de un delito contra la propiedad por cuanto la cosa común es ajena en todo lo que



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

excede de la cuota del que sustrae, STS de 20 de enero de 1981). De hecho en Alemania se han ido derogando los tipos especiales de administración desleal en el ámbito mercantil por entender que se solapaban con el tipo básico. La doctrina de aquel país solo se ha planteado si quedan suficientemente protegidos entonces los acreedores. En este sentido ha de tenerse en cuenta que gran parte de los tipos patrimoniales que se modifican en el Anteproyecto lo son para reforzar los derechos de crédito de los acreedores.

Este diseño legislativo merece una favorable acogida, aunque no está exenta de problemas, como trataremos de mostrar a continuación.

Algunos problemas que plantea la descripción típica

1) Las relaciones entre los tipos de los apartados 1 y 2

La descripción típica de los apartados 1 y 2 sigue excesivamente de cerca la jurisprudencia reseñada anteriormente, pensada para la delimitación entre los vigentes arts. 252 y 295 CP, pero más problemática cuando se utiliza para describir la esencia del nuevo tipo de administración desleal. El apartado primero se refiere a facultades derivadas de la ley, de la encomienda de la autoridad o surgidas de un negocio jurídico, en las que se produce un exceso de las mismas con un daño patrimonial derivado de ese ejercicio excesivo o abusivo; en el apartado segundo, sin embargo, el núcleo típico reside en el quebranto de un deber surgido de las fuentes antes citadas, al que se añade una especial relación de confianza, quebranto del que surge un perjuicio patrimonial en los intereses del titular –intereses a los que no se hace mención en el apartado primero-. Así, parece que el primer apartado se refiere a lo que la jurisprudencia denomina exceso extensivo (el autor actúa fuera de lo que le



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

específicamente le permite su título) y el segundo a lo que llama exceso intensivo (el sujeto actúa dentro de sus competencias pero de modo desleal e infiel), ahora, ambas, formas de administración desleal de un patrimonio ajeno.

Pues bien, en el derecho comparado, los esfuerzos por separar los tipos de administración desleal y apropiación indebida han llevado a defender dos teorías. Una de ellas, denominada “teoría del abuso” ha visto el núcleo del tipo de administración desleal en el uso abusivo de un poder de representación; la otra, apelada “teoría del quebrantamiento del deber de fidelidad”, ha puesto el acento en la lesión del deber de fidelidad, que al autor le incumbe por diferentes motivos, de proteger un patrimonio ajeno. El legislador alemán, en el reseñado párrafo 266, unificó ambas doctrinas, en un tipo que procede de 1933. Esto era necesario porque, dada la amplia redacción del tipo, se imponía una interpretación restrictiva. Así, a la idea de abuso va unida la de un poder de disposición sobre un patrimonio que sobre el mismo corresponde a su titular; a la de infracción del deber, la vinculación de ese poder a los intereses del titular del patrimonio. Unificar ambas teorías significa que la acción consiste siempre en una disposición o creación de obligaciones jurídicamente eficaces más allá de la relación establecida, lo que equivale a una lesión de un deber especial existente en la relación interna entre el dueño del negocio y el autor: el cumplimiento de un “poder” jurídico lesionando un “deber” jurídico. La consecuencia es que el tipo de abuso (párrafo 1) es un subcaso de la alternativa de lesión del deber de fidelidad, de modo que el primero requiere también la preexistencia de un deber de cuidado patrimonial. Para la doctrina mayoritaria alemana y la jurisprudencia de ese país, es la única forma de evitar un desbordamiento típico del párrafo 266. En la regulación portuguesa, también fuertemente influenciada por la alemana, sucede lo mismo. La administración desleal supone una relación de confianza, la preexistencia de un deber de fidelidad en el administrador. Y además el agente debe hacer algo



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

que puede hacer hacia fuera pero que no debe hacer hacia dentro de la relación que le une al dueño: un ultrapasaje desde lo jurídicamente permitido hacia lo jurídicamente posible, pero que no se debe hacer.

En la redacción del Anteproyecto, la existencia de dos apartados diferentes con requisitos en parte diferentes, va a dificultar esta visión unitaria de la administración desleal, con el peligro de un desbordamiento en la aplicación de la regulación. La conclusión es que sería preciso refundir ambos apartados en uno solo, con elementos comunes.

2) Los verbos típicos

Si lo que decíamos en el apartado anterior puede dar lugar a una extralimitación interpretativa, el verbo típico elegido puede suponer todo lo contrario, una restricción excesiva del alcance del tipo.

En el apartado primero la acción típica consiste en excederse de las *facultades para disponer* sobre un patrimonio ajeno y causar con ello un perjuicio patrimonial. En el segundo, quebrantar el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos con el mismo resultado de perjuicio (término excesivamente amplio si se considera aisladamente, y que nos lleva de nuevo a la necesidad de una interpretación integradora de ambos apartados, como hemos defendido en el epígrafe anterior).

Como hemos señalado el legislador portugués utiliza los verbos disponer, administrar y fiscalizar, y los alemanes y austriacos, disponer u obligar a otro. Y es que el abuso de las facultades no solo existe mediante la realización de actos de enajenación, sino también con la instauración de cargas, gravámenes y cambios de contenido de una posición jurídica, por lo que debería hacerse



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

una mención a las *facultades para disponer u obligar a otro* en el apartado primero, sustituir la mención a las “facultades para disponer” por “facultades para administrar”. En el subcaso de quebrantar el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos cabrían tanto acciones como omisiones: enajenación de un bien por un precio muy inferior al de mercado, omisión de una acción judicial de cobro de una deuda, dejando prescribir el correspondiente derecho de crédito, etc.

3) La actuación con ánimo de lucro

El párrafo tercero afirma que las penas se impondrán en su mitad superior si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro. El problema que se plantea es el de si la referencia al ánimo de lucro es a la vez una mención al ánimo de apropiación del autor o no. Dicho de otro modo, suponiendo el ánimo del lucro la persecución de cualquier ventaja patrimonial, no queda claro si el tipo se refiere exclusivamente a lo que se denomina apropiación indebida de uso (o usos ilícitos no dominicales), como los autopréstamos fuera de las facultades del administrador con intención sería de devolución, usos temporales del patrimonio que no supongan pérdida o deterioro del mismo y desviaciones temporales de uso del dinero, o si también incluye los casos de auténtica apropiación por parte del administrador de activos patrimoniales del titular. Ciertamente, de no estar incluidos más que los primeros, la mayor parte de los casos de apropiación serían penados con la misma pena por el 253 CP del Anteproyecto (siempre que sean cosas muebles), pero dado que el nuevo tipo de malversación de caudales públicos del art. 432 CP del anteproyecto se refiere sólo al art. 252 y no al 253, es preciso aclarar –aunque una interpretación sistemática apunta a que la intención del prelegislador es la de incluir tanto los actos de auténtica apropiación del gestor como los de uso ilícito



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

no dominical- si el 252.3 se refiere solo al ánimo de lucro o al ánimo de lucro y al ánimo de apropiación.

4) El concepto de perjuicio en el Anteproyecto

La mención que realiza la Exposición de Motivos a que *La norma precisa que el perjuicio patrimonial existe tanto cuando se causa una disminución del patrimonio; cuando el acto de gestión desleal determina una falta de incremento del patrimonio administrado; o cuando se crea una situación de peligro de pérdida del mismo, pues el valor económico del patrimonio se ve disminuido cuando la integridad patrimonial está expuesta a una situación relevante de peligro. Se incluye, por tanto, entre otros, supuestos tales como la venta no autorizada de elementos patrimoniales a cambio de un valor inferior al real; la concesión no autorizada de créditos sin garantías; la contratación de servicios que no se prestan, o la contratación de los mismos por un precio superior al real de mercado; la falta de cobro de créditos por el administrador; la realización de operaciones no autorizadas con perjuicio para el patrimonio administrado; o la creación de cajas negras que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado*, nos parece altamente perturbadora y debería suprimirse. Eso no lo dice el texto del 252 tal y como está redactado en el Anteproyecto y es una interpretación surgida en los tribunales alemanes, muy criticada por sectores cualificados de la doctrina germana y que surge de una peculiaridad del Código penal alemán como es la necesidad, para el castigo de la tentativa, de una previsión expresa en el tipo, previsión que no existe en concreto en el parágrafo 266 y que hace que la tentativa de administración desleal no sea punible en aquel país. Esta previsión de punición de la tentativa se trató de introducir en la Sexta reforma de 1998 y no fue finalmente aprobada, y ha llevado a una interpretación extensiva del



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

perjuicio económico que aproxima al parágrafo 266 a un tipo de peligro concreto cuando fue configurado como un tipo de resultado.

Una cosa es que el daño típico pueda concretarse bajo la forma de la asunción de un riesgo. Será así en los casos en que la celebración de un “negocio de riesgo” termina en una reducción, efectiva y mensurable en términos pecuniarios, del patrimonio de la unidad económica. En este sentido se habla de “creación de peligro dañosa” (schädigenden Gefährdung) o de “daño de riesgo” (Gefährdungsschaden) cuando se excede el nivel de riesgo pactado con el titular o el permitido por la *lex artis*, y otra distinta que la puesta en peligro del patrimonio sea equiparable al daño (BGH, Tribunal Supremo alemán, 18-10-2006, 2 StR 499/05 caso Kanther/Weyrauch y 29-8-2008, 2 StR 587/07, caso Siemens/KWU). Sería mejor que el prelegislador hiciera mención a un criterio individual-objetivo de daño conforme al cual se considera dañoso el acto que, aunque no produzca una pérdida contable, porque las cosas compradas tienen como contrapartida las cosas adquiridas, se compromete la finalidad de la empresa, su funcionamiento futuro u obliga a reducciones en las prestaciones a que está vinculada, como ocurriría en el caso en que un administrador de una compañía de gas comprara 600 obras de arte lujosas sin justificación, concepto que por otra parte sería de gran utilidad para los tipos de malversación.

Este, como otros tantos (grado de esencialidad del deber de fidelidad y de autonomía del autor en la gestión, problema de los negocios jurídicos inválidos que atribuyen la administración), es un tema cuyos límites han de dejarse a la jurisprudencia, sin que el legislador pueda pretender una interpretación auténtica que no viene insinuada claramente por el texto de la norma, que configura el tipo como uno de resultado y no como uno de peligro.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Artículos 253 y 254

Los artículos equivalentes actualmente en vigor son los siguientes:

Art. 252. Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial, que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.

Art. 253. Serán castigados con la pena de multa de tres a seis meses los que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de 400 euros. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años.

Art. 254. Será castigado con la pena de multa de tres a seis meses el que, habiendo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución, siempre que la cuantía de lo recibido exceda de 400 euros.

La Exposición de Motivos, aclara que *Los delitos de apropiación indebida son ahora regulados separadamente de los de administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trata de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia. En este último grupo de supuestos se mantiene la actual agravación*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.

Comentaremos primeramente el tipo de apropiación indebida del art. 253 del Anteproyecto y luego el del 254.

Centésimo trigésimo cuarto

Artículo 253

Dividiremos el análisis en tres apartados: motivo de la reforma, derecho comparado, problemas que se plantean.

1) Motivos de la reforma.

Dos son los motivos de la reforma. En primer lugar, por las razones apuntadas al comentar la administración desleal, se suprimen las referencias a la distracción de dinero, valores o activos patrimoniales y a la administración –que pasan al nuevo tipo de administración desleal-, y se añade sin embargo como título posesorio la “custodia” y que la apropiación puede ser para sí mismo o para un tercero. Por otra parte, en el apartado segundo se incluyen las conductas que ahora son constitutivas de falta del 623.4 CP actualizando la cuantía en 1.000 euros.

2) Derecho comparado.

El precepto es similar a los modelos de derecho comparado más próximos:



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

PORTUGAL. Art. 205. Abuso de confianza: 1. El que ilegítimamente se apropie de cosa mueble que le haya sido entregada por título no traslativo de la propiedad es castigado con pena de prisión de hasta tres años o con pena de multa.

Art. 209: apropiación ilegítima en caso de accesión o de cosa hallada. 1. El que se apropie ilegítimamente de cosa ajena que haya entrado en su posesión o detentación por efecto de fuerza natural, error, caso fortuito o de cualquier manera independiente de su voluntad será castigado con pena de prisión de hasta un año o multa de hasta 120 días. 2. En la misma pena incurrirá el que se apropie ilegítimamente de cosa ajena que haya encontrado.

ALEMANIA. Art. 246: apropiación indebida (Unterschlagung). 1. El que se apodere (zueignet) antijurídicamente para sí o para un tercero de una cosa mueble ajena, será castigado con la pena de hasta tres años de prisión o con multa, si el hecho no está castigado en otros preceptos con una pena más grave. 2. si en los casos de la sección primera, la cosa le ha sido confiada al autor (anvertraut), la pena es de hasta 5 años de prisión o multa.

AUSTRIA. 133 (Veruntreuung), apropiación indebida. 1. el que se apodere para sí o para un tercero de un bien que le ha sido confiado para enriquecerse antijurídicamente él o un tercero, será castigado con pena de prisión de hasta seis meses o con pena de multa de hasta 360 días.

134 (Unterschlagung). 1. el que se apodere para sí o para un tercero de un bien ajeno que ha encontrado, o que ha entrado en su custodia por error o sin su intervención, con la intención de enriquecerse antijurídicamente él mismo o un tercero, será castigado con pena de prisión de hasta seis meses o con multa de hasta 360 días. 2. Del mismo modo será castigado el que retiene una cosa ajena que sin ánimo de apropiación ha introducido en su custodia.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

3) Problemas que plantea la regulación propuesta.

Apropiarse es hacer suya el autor la cosa ajena. Pero diversamente de lo que ocurre en el hurto –donde la apropiación acompaña a la posesión o detentación de la cosa- aquí la apropiación sucede a esa posesión o detentación. De inicio el agente recibe válidamente la cosa, pasando a poseerla o detentarla legítimamente, a título precario o temporal, pero posteriormente altera arbitrariamente ese título, pasando a disponer de la cosa *ut dominus*. Deja entonces de poseer en nombre ajeno y hace entrar la cosa en su patrimonio o dispone de ella como si fuese suya, o sea, con el propósito de no restituir, o de no darle el destino a que estaba ligada, o sabiendo que no lo podía hacer. El que comete una apropiación indebida se ahorra el esfuerzo de tener que sustraer la cosa.

El problema fundamental de este tipo es su deslinde de la administración desleal. En principio, en la administración desleal hay administración y el poder de disposición es jurídico y se protege el patrimonio, mientras que en la apropiación indebida hay custodia desleal, el poder de disposición es fáctico y se protege el derecho de propiedad. El punto conflictivo, como hemos señalado en el comentario a la administración desleal es el uso ambiguo que se hace en el 252.3 del Anteproyecto de la expresión “ánimo de lucro” y si ésta incluye también actos de apropiación o solo los actos ilícitos no dominicales con persecución de una ventaja. Dado que la apropiación indebida se configura expresamente por el prelegislador como un “tipo de recogida”, los supuestos de apropiación dentro de la administración serían penados como administración desleal y no como apropiación indebida (conclusión a la que conduce también el hecho de que el ánimo de lucro agrava la pena de la administración desleal por encima de la prevista para la apropiación indebida).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Es acertada la supresión de la referencia a los activos patrimoniales, pues un sector de la jurisprudencia había entendido incluidos los inmuebles (SSTS 954/2005, 28 junio; 1210/2005, 28 octubre) lo que sistemáticamente no parece del todo correcto. Lo que no queda clara es la supresión de la referencia al dinero, como ejemplificación de las conductas que recaen sobre cosas fungibles. Nada aclara la Exposición de Motivos. Sin duda las conductas que recaen sobre dinero suelen tener que ver con las conductas de distracción – que desaparecen para dar vida a la administración desleal-, pero no se terminan ahí todos los problemas. La referencia al dinero ponía de relieve que en la apropiación indebida no sólo había que prestar atención al menoscabo del derecho de propiedad, sino también al derecho de crédito que el acreedor propietario tenía por la cantidad entregada. La ausencia de referencia en la Exposición de Motivos parece indicar que se considera salvada la referencia por la mención a las cosas muebles y al deber de devolución –pues al fin y al cabo el dinero es una cosa mueble-, pero siendo problemáticas las cosas fungibles bien merecería una aclaración este tema, porque en este supuesto el bien jurídico protegido no es el derecho de propiedad, sino el derecho del acreedor a ver devuelto otro tanto de la misma especie o calidad, un derecho de crédito, en definitiva.

Finalmente, el subtipo privilegiado del 252.4, en el que se recoge la vigente falta, tiene una pena que es incoherente con el tipo básico. En efecto, el tipo básico prevé la misma pena que la del delito de estafa y la apropiación indebida (art. 249). Sin embargo, los subtipos privilegiados de estos dos delitos, prevén penas de uno a tres meses de multa, mientras que para la administración desleal inferior a 1.000 euros, la pena es de uno a seis meses de multa. Resulta difícil justificar esta diferencia punitiva sólo en el subtipo atenuado. Por ello se considera que también debería ser la misma.



Centésimo trigésimo quinto

Artículo 254

Siguiendo los modelos austriacos y alemán, el prelegislador incluye en este precepto la apropiación de cosa mueble no incluíble en el artículo 253, es decir, si título de comisión, depósito, custodia, o cualquier otro que obligue a entregar o devolver.

La influencia germana en todos estos tipos de administración desleal y apropiación indebida es muy acusada. El Código napoleónico de 1810 –primer código europeo que sistematizó esta materia- exigía la anterioridad de la detentación en la apropiación indebida. La doctrina y jurisprudencia francesas intentaron evitar laguna de punibilidad remitiendo el mayor número de casos al hurto, mientras que la doctrina alemana lo intentó con la apropiación indebida. De esta tendencia parece fruto el nuevo 254 CP, que apenas delimita la acción típica.

Estarían incluidos los casos a que se refieren los actuales 253 y 254 CP (cosas perdidas, de dueño desconocido, recibidas por error) y algunos otros, como la *Anschlussunterschlagung* del 134.2 austriaco: casos en los que el autor introduce la cosa en su custodia sin ánimo inicial de apropiación ni de enriquecimiento y luego la retiene frente al dueño, como el que se lleva un abrigo creyendo que es suyo y luego no lo devuelve, o los casos de apropiaciones de uso, en los que se desea utilizar transitoriamente una cosa y luego decide quedarse el autor con ella.

De todos modos, sería preferible una regulación con unos límites más precisos, como la que establece el citado art. 209 CP portugués, para evitar un



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

desbordamiento típico que puede llevar a considerar punibles conductas que deberían permanecer en el derecho civil.

Centésimo trigésimo sexto

Artículo 255

Centésimo trigésimo séptimo

Artículo 256

Realizamos el comentario conjuntamente por la similitud de la reforma en ambos casos. Las modificaciones respecto de los tipos actuales, consisten en suprimir el límite de 400 euros que ahora figura para distinguir estas conductas de las faltas respectivas del art. 623 e incluir en ambos un nuevo apartado, motivado por la derogación del libro III sobre las faltas penales, haciendo referencia a la escasa cuantía del perjuicio causado y, en todo caso, al límite de 1.000 euros.

Centésimo trigésimo octavo

En materia de insolvencias punibles el Anteproyecto prevé crear dos capítulos diferentes, para separar las conductas que conducen a una frustración de la ejecución, por un lado, y las que consisten en una insolvencia o bancarrota. La Exposición de Motivos del Anteproyecto lo aclara en su apartado XV: *Se lleva a cabo una revisión técnica de los delitos de insolvencia punible que parte de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota. Estos grupos de delitos pasan a estar regulados en capítulos diferenciados.*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Por lo tanto, estudiaremos separadamente ambos capítulos.

Se modifica la rúbrica del Capítulo VII del Título XIII del Libro II, que tendrá la siguiente redacción: FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN

Según la Exposición de Motivos, las novedades que se proponen son las siguientes: *Dentro de los delitos de frustración de la ejecución se incluyen, junto al alzamiento de bienes, dos nuevas figuras delictivas que están llamadas a completar la tutela penal de los procedimientos de ejecución y, con ello, del crédito, y que son habituales en el Derecho comparado: de una parte, se tipifica la ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo en ejecución; y de otra, la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la Autoridad.*

Centésimo trigésimo noveno

Artículo 257

Los preceptos equivalentes actualmente en vigor en el Código Penal son los siguientes:

Art. 257. 1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:

- 1) El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.
- 2) Quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

2. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada.

3. En el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídica pública, la pena a imponer será de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses.

4. Las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los ordinales 1º, 4º y 5º del apartado primero del artículo 250.

5. Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal.

Art. 258. El responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Las modificaciones introducidas son las siguientes:

-En el apartado primero se incluye la referencia a la “**ocultación de bienes**”, en cierto modo innecesaria porque ni en doctrina ni en jurisprudencia había duda en que este supuesto estaba incluido en el tipo. Así, STS 684/2009, 15 junio: *aunque el Código penal no define claramente lo que debe entenderse por alzamiento de bienes y, desde un punto de vista histórico, dicho término hacía referencia a los supuestos en los que el deudor huía llevándose sus bienes u*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ocultándolos para defraudar a sus acreedores, en el derecho moderno se entiende por tal (...) la ocultación física o jurídica de sus bienes, cualquiera que sea el modo empleado, eludiendo así la necesidad de mantener íntegro el patrimonio del deudor como garantía universal en beneficio de sus acreedores, a tenor del art. 1911 del Código civil. Y se amplían los casos en que se puede cometer alzamiento a las “medidas cautelares”, mención más bien aclaratoria, pues su inclusión en el radio de acción del tipo se puede deducir de la definición de alzamiento de bienes. De hecho la doctrina entiende en la redacción actual que está incluida la frustración de un embargo preventivo.

-En el apartado segundo del nuevo artículo 257 se incluye el actual artículo 258, con pequeñas correcciones: se vuelve a hacer referencia a la ocultación de bienes como forma de alzamiento y se sustituye la mención “con posterioridad a su comisión” (de cualquier hecho delictivo) por la de “de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder”. El mayor problema que ha planteado este tipo ha sido el relativo a la posibilidad de comisión del alzamiento antes del nacimiento de la deuda. La STS 9-4-2008 se pronunció en el sentido de que cubre conductas inmediatamente posteriores a la comisión del delito o previas a la declaración de la responsabilidad civil derivada del delito. La nueva redacción no parece que altere los términos del debate.

-En el apartado tercero se refunden los actuales apartados segundo y tercero y se hace una mención (innecesaria) a las obligaciones pecuniarias derivadas de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, por tratarse de una especie del género “deuda de derecho público con persona jurídico pública como acreedora”.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

-En los subtipos agravados del apartado cuarto, se suprime la mención al 250.1.1º, que la doctrina había denunciado de difícil aplicación al tipo de alzamiento de bienes.

Centésimo cuadragésimo

Artículo 258

Este delito de nuevo cuño tiene su antecedente inmediato en el párrafo 292 a) del Código Penal austriaco, donde se recoge el delito de *Falsches Vermögensverzeichnis* o de listado patrimonial falso, y que lo comete el que, ante un tribunal o un órgano ejecutivo, firma un listado patrimonial incompleto o mendaz y con ello pone en peligro la satisfacción del acreedor. Se incluye entre los delitos contra la Administración de Justicia y de peligro concreto. Esta puesta en peligro no se produce si se silencia un elemento patrimonial inembargable o excluido de la ejecución. Por otra parte, se considera que en el listado han de incluirse todos los elementos efectivos del patrimonio del deudor existentes en el momento de la firma. El listado es mendaz si los valores patrimoniales se señalan de forma incorrecta o se incluyen bienes que no le pertenecen al deudor o niega la existencia de elementos patrimoniales de modo contrario a la verdad. Y es incompleto si se silencian elementos patrimoniales o ganancias.

En Alemania también se configura como un delito contra la Administración de Justicia en el párrafo 156 del Código penal, donde se recoge el delito de *Falsche Versicherung an Eides Statt*, declaración falsa bajo juramento, que castiga al que, ante una autoridad competente para tomar juramento, lo preste en falso, o bajo tal juramento declare en falso. En el párrafo 163 se tipifica la modalidad imprudente. Como la declaración puede ser oral o escrita (RGSt 22,



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

267), este precepto cubre la obligación establecida en el 807 ZPO o ley de enjuiciamiento civil, por la que el deudor ha de presentar una lista de su patrimonio cuando el embargo no ha conducido a la completa satisfacción del acreedor, o razonablemente no va a llevar a la total satisfacción, el deudor se ha negado a un registro, o no ha sido encontrado en su domicilio, entre otros supuestos. En estos casos el deudor ha de presentar un listado patrimonial y asegurar que según su mejor conocimiento, éste es correcto y completo. La finalidad de la norma es facilitar al acreedor una ejecución sobre el existente patrimonio del deudor. Solo se convierten en falsos los datos apropiados para dificultar o frustrar el cobro del acreedor.

Sobre este precepto hay que decir lo siguiente:

Está mal ubicado sistemáticamente, puesto que tiene más relevancia la protección del mandato constitucional de “hacer ejecutar lo juzgado” que la protección del derecho de crédito del acreedor, cuya lesión aún está muy lejos de la acción típica. Su ubicación correcta debería ser entre los delitos contra la Administración de Justicia, como ocurre en el derecho comparado.

En el apartado primero es preferible una mención a que la conducta ponga en peligro la satisfacción del acreedor, o que sea apropiada para dificultar o frustrar el cobro en lugar de que “dilate, dificulte o impida”, porque la conducta está aún lejos de esos resultados. Y de este modo quedaría más claro que cuando se señalan bienes suficientes para el cobro, aunque la relación no sea completa, no se comete el delito.

El apartado segundo es en realidad un delito de desobediencia, al que ya hacen mención los 589 y ss LEC.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

El párrafo final del apartado primero muestra preocupación por los negocios simulados, pero el prelegislador debería reflexionar sobre si sería adecuado añadir algunas precisiones que ha ido haciendo la jurisprudencia alemana acerca de que también han de señalarse todas las circunstancias que puedan ser importantes para el cobro del acreedor, como el nombre de un tercer deudor, y que existe el deber de señalar no solo el patrimonio actual sino también el pasado cuando exista un derecho de devolución o de reintegro.

Centésimo cuadragésimo primero

Artículo 258 bis

Más allá de la complicada sintaxis y de la errónea concordancia de los verbos – dado que la Exposición de Motivos habla de utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad, la redacción de “que hubieran constituido en depósito” debería llevar el verbo en singular-, el precepto merece crítica por su solapamiento con la malversación impropia del 435.3 CP. En efecto, si con la redacción actual de la malversación en los artículos 432 y 435.3 CP podía tener algún sentido tipificar los casos de uso no consentido de los bienes en depósito –dado que sólo abarca las conductas de distracción o apropiación-, parece que el prelegislador no es consciente del alcance de la modificación que establece en el artículo 432 CP al alterar la concepción de la malversación. Si ahora el tipo del 432 se construye en referencia a la administración desleal del art. 252 CP, y tanto este artículo como el 432 prevén supuestos de ánimo de lucro –entendido como cualquier ventaja- parece que los usos no autorizados (usos ilícitos no dominicales) están incluidos ya en el nuevo 432 en relación con el 435.3 CP. Lo que hace superfluo (y generador de problemas de concursos de leyes) este tipo. En cualquier caso, si a pesar de lo dicho, por razones “didácticas” se quisiera



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

aclarar este aspecto -que la administración desleal-malversación cubre este tipo de conductas, lo que parece evidente- debería hacerse en el 435.3 CP, y no creando otro tipo distinto en otro título del Código penal.

Centésimo cuadragésimo segundo

Artículo 258 ter

Sobre este precepto basta decir que, habiendo decidido el legislador introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos comprendidos en este capítulo, debía introducir este precepto, dado el sistema de *numerus clausus* en la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Centésimo cuadragésimo tercero

Se añade un Capítulo VII bis al Título XIII del Libro II, con la siguiente rúbrica:
DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES

La Exposición de Motivos del Anteproyecto justifica la reforma con las siguientes palabras: *La nueva regulación de los delitos de concurso punible o insolvencia conjuga una doble necesidad: la de facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económica del sujeto o empresa y que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico, o son directamente causales de la situación de concurso; y la de ofrecer suficiente certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles, es decir, aquéllas contrarias al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos que constituyen un riesgo no permitido.*



Centésimo cuadragésimo cuarto

Artículo 259

El precepto equivalente en el actual Código penal es el 260, cuyo texto es el que sigue:

Art. 260. 1. El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúa en su nombre.

2. Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica.

3. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

4. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto justifica en los siguientes términos la reforma: “El nuevo delito de concurso punible o bancarrota se configura como un delito de peligro, si bien vinculado a la situación de crisis (a la insolvencia actual o inminente del deudor) y perseguible únicamente cuando se declara efectivamente el concurso o se produce un sobreseimiento de pagos; y se mantiene la tipificación expresa de la causación de la insolvencia por el deudor.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Es inevitable señalar los vaivenes del legislador, lo que llama más aún la atención cuando esto afecta al Código Penal, que ha sido definido como “el mínimo común ético de una sociedad”. Decimos esto porque el proyecto de LO 8/2003, de 9 de julio, de reforma concursal, preveía la despenalización del concurso de acreedores del art. 260 CP, pero desapareció en las primeras fases de tramitación parlamentaria. A favor de la supresión se pronunció un sector de la doctrina, que consideraba suficiente el delito de alzamiento. En contra se pronunciaron otros, tanto por las lagunas de punición intrínsecas que podría provocar como por la falta de armonía con el derecho comparado en el marco de la Unión Europea. Ahora se va aún más allá y se incluyen incluso conductas imprudentes sin una clara delimitación.

A lo anterior debe también añadirse que la mayoría de conductas previstas en el precepto son precisamente las que, con una mayor o menor literalidad, se recogen en los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal como determinantes de una eventual calificación del concurso como culpable, lo cual conlleva graves consecuencias para el deudor u otras personas afectadas por la misma, tales como la inhabilitación para administrar bienes ajenos o representar a terceros por tiempo de dos a 15 años, pudiendo incluso dar lugar a su responsabilidad patrimonial personal, motivo por el cual este Consejo Fiscal debe alertar sobre el evidente riesgo de “bis in idem”, en cuanto que tales responsabilidades se exijan paralelamente a través de los procesos penal y concursal, así como de una eventual penalización de determinadas conductas cuyo ámbito de exigencia quedaba hasta la fecha reservada al procedimiento concursal.

La norma delimita, con la finalidad de garantizar un grado de seguridad y certeza ajustado a las exigencias derivadas del principio de legalidad, las conductas prohibidas por medio de las cuales puede ser cometido el delito. Para ello, tipifica un conjunto de acciones contrarias al deber de diligencia en la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

gestión de asuntos económicos mediante las cuales se reduce indebidamente el patrimonio que es garantía del cumplimiento de las obligaciones, o se dificulta o imposibilita el conocimiento por el acreedor de la verdadera situación económica del deudor”.

Estos preceptos son semejantes a los de otros códigos de nuestro ámbito cultural.

Portugal: Art. 227 (insolvencia dolosa). 1. El deudor que con intención de perjudicar a sus acreedores:

- a) destruya, dañe, inutilice o haga desaparecer parte de su patrimonio
- b) disminuya ficticiamente su activo, disimulando cosas, invocando deudas supuestas, reconociendo créditos ficticios, incitando a terceros a presentarlos, o disimulando, de cualquier otro modo, una situación patrimonial inferior a la realidad, especialmente por medio de contabilidad inexacta, balance falso, destrucción u ocultación de documentos contables o no llevanza de contabilidad a pesar de ser obligatorio
- c) creando o agravando artificialmente deudas o reduciendo lucros, o
- d) para retardar la quiebra, compre mercancías a crédito, con la finalidad de venderlas o utilizarlas en pago por un precio sensiblemente inferior al corriente, será castigado, si tiene lugar la situación de insolvencia y esta fuera declarada judicialmente,
 1. si la quiebra se declarara como consecuencia de la práctica de cualquiera de los actos descritos en el número anterior...

Art. 228. insolvencia negligente. 1. el deudor que

- a) por grave incuria o negligencia, prodigalidad o gastos manifiestamente exagerados, especulaciones ruinosas, o grave negligencia en el ejercicio de su actividad, cree un estado de insolvencia; o



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- b) teniendo conocimiento de las dificultades económicas y financieras de su empresa, no adopte en tiempo ninguna providencia de recuperación, será castigado, si tiene lugar la situación de insolvencia y esta fuera declarada judicialmente,
- c) si la quiebra fuera declarada como consecuencia de la práctica de cualquiera de los hechos descritos en el número anterior...

Alemania: 283. Bancarrota. (1) Será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa, quien en una situación de insolvencia o amenaza de incapacidad de pago:

1. Haga desaparecer, oculte o destruya, dañe o inutilice de modo contrario a las exigencias de una gestión económica ordenada partes de su patrimonio que en caso de apertura del procedimiento concursal pertenezcan a la masa del concurso,
2. De forma contraria a las exigencias de un gestión económica ordenada realice negocios a pérdida o especulativos o negocios a término con mercancías o títulos valores o a través de gastos antieconómicos, juegos o apuestas gaste o contraiga deudas en cantidades excesivas,
3. Adquiera a crédito mercancías o títulos valores y enajene o transmita estos bienes o las cosas producidas mediante dichas mercancías por debajo de su valor, contradiciendo las exigencias de una gestión económica ordenada,
4. Simule obligaciones con terceros o reconozca derechos inexistentes.
5. No lleve los libros a que esté obligado a llevar legalmente, o los lleve o modifique de tal modo que dificulte la visión de conjunto sobre su estado patrimonial.
6. Haga desaparecer, oculte, destruya o dañe impidiendo con ello la visión de conjunto sobre su estado patrimonial los libros de comercio o la documentación que un comerciante está obligado a conservar de acuerdo con el derecho



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

mercantil, antes del plazo en que deben conservarse de acuerdo con las obligaciones contables.

7. En contra del derecho mercantil:

a) confeccione el balance de tal modo que dificulte la visión de conjunto sobre su estado patrimonial, o

b) no presente el balance patrimonial o su inventario dentro del tiempo previsto, o

8. De cualquier otra forma que infrinja gravemente las exigencias de una gestión económica ordenada disminuya su patrimonio u oculte o encubra sus relaciones comerciales reales.

(2) Igualmente será castigado quien mediante alguno de los comportamientos del apartado anterior genere su insolvencia o su incapacidad de pago.

(3) La tentativa es punible.

(4) Será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa, quien en los casos

1. del apartado primero desconozca por imprudencia la situación de insolvencia o la amenaza o la existencia de una incapacidad de pago o

2. en los casos del apartado segundo ocasione por imprudencia grave la insolvencia o la incapacidad de pago.

(5) Será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa, quien en los casos:

1. del apartado 1. nº 2, 5 ó 7, actúe imprudentemente y no conozca la insolvencia o la amenaza o existencia de la incapacidad de pagos o

2. del apartado 2 en conexión con el apartado 1 nº 2, 5 ó 7, actúe imprudentemente y no conozca la insolvencia o la amenaza o existencia de la incapacidad de pago.

(6) El hecho solo resulta punible cuando el autor haya suspendido sus pagos o se haya abierto un procedimiento concursal sobre su patrimonio o la solicitud de apertura se haya rechazado por falta de masa.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

283 a. Casos especialmente graves de bancarrota. En los casos especialmente graves de los apartados 1 y 3 del párrafo 283 la quiebra será castigada con pena privativa de libertad de seis meses hasta diez años. Por regla general, existe un caso especialmente grave cuando el autor

1. actúa con ánimo de lucro o
2. pone a un gran número de personas en peligro de perder los valores patrimoniales que le han sido confiados o las sitúa en una situación de necesidad económica.

283 b. Violación de la obligación de llevar contabilidad. (1) Será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o multa quien

1. No lleve los libros de comercio a que está legalmente obligado, o los lleve o modifique de forma tal que dificulte la visión de conjunto sobre su estado patrimonial,

2. Los haga desaparecer, oculte, destruya o dañe impidiendo con ello la visión de conjunto sobre su estado patrimonial los libros de comercio o la documentación que un comerciante está obligado a conservar de acuerdo con el derecho mercantil, antes del plazo en que deben conservarse de acuerdo con las obligaciones contables,

3. En contra del derecho mercantil

- a) confeccione el balance de modo tal que dificulte la visión de conjunto sobre su estado patrimonial, o

- b) no presente el balance patrimonial o el inventario dentro del tiempo previsto, o

(2) Quien en los casos del apartado 1 n.º 1 ó 3 actúe imprudentemente, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa.

El párrafo 283 inciso 6 resulta de aplicación.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Esta regulación se completa con los tipos penales contenidos en la correspondiente legislación penal especial, en la que se incrimina a los órganos de las sociedades anónimas que omiten solicitar la apertura del proceso concursal ante el sobreendeudamiento o incapacidad de pago de la sociedad (401 ap. 1 n^o 2 de la ley de sociedades anónimas, 84 ap. 1 n^o 2 de la ley de sociedades de responsabilidad limitada, 148 ap. 1 de la ley de cooperativas, 130 b, 177 del código de comercio).

Como puede verse, la legislación alemana ha influido poderosamente en el prelegislador. La necesidad de establecer medios determinados de comisión de este delito había sido insinuada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: *aunque es lo cierto que el CP debería ser más preciso, para ser respetuoso con el principio de taxatividad en la descripción típica de la conducta del concurso fraudulento, es lo cierto que la ley penal únicamente exige que la situación de crisis económica o insolvencia haya sido causada o agravada dolosamente por el sujeto activo del delito* (STS de 25 de enero de 2008), por lo que, en principio, que el legislador haya abordado la reforma ha de valorarse positivamente.

El delito surge cuando el deudor, violando el deber de mantener un volumen patrimonial suficiente para la íntegra satisfacción de los acreedores (delito especial) se coloca en o agrava una situación de déficit patrimonial real o ficticio por alguno de los medios previstos en el tipo. El patrimonio de los acreedores se ve entonces en peligro por la disminución patrimonial causada por la virtual imposibilidad de resarcimiento integral de los créditos (peligro abstracto).

El presupuesto objetivo es la insolvencia, la incapacidad de deudor para cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.2 Ley Concursal).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Cuando la solicitud proviene del deudor, se admite la insolvencia inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (art. 2.3 Ley Concursal). El tipo básico parece encontrarse en el 259.2, en la provocación culpable de la crisis, mientras que en el 259.1 se configuran conductas que, realizadas en el seno de la crisis, se consideran económicamente peligrosas, es decir, proclives a la insolvencia. Este apartado primero, en formulación negativa, parece contener los deberes de conducta de los empresarios, lo que se considera muy positivo.

Al configurarse como delitos de peligro abstracto no será precisa la verificación de una relación de causalidad entre las conductas de insolvencia y la situación de quiebra empresarial, pues bastará una conexión de hecho o externa entre ambas.

Siguiendo el criterio de la STS nº 40/2008, de 25 de enero, se suprime en el apartado segundo la referencia a la situación de crisis económica, por ser redundante respecto de la insolvencia.

Vista a grandes rasgos la estructura del precepto, las **observaciones** que se pueden realizar son las siguientes:

La más obvia es que los numerales 7 y 8 del apartado primero están repetidos pues tienen el mismo contenido. Se trata de un error de transcripción.

La mención a la comisión imprudente (novedad respecto del texto actualmente vigente que sólo prevé la comisión dolosa) en bloque debería ser sustituida, como hacen los códigos portugués y alemán, por las conductas que realmente



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

se pueden cometer por imprudencia, que no son todas las del apartado primero, dado que algunas de ellas solo se pueden cometer dolosamente, dados los términos en que están redactadas. El *numerus clausus* que rige en nuestro código respecto de la incriminación de la imprudencia obliga a especificar los apartados que se pueden cometer imprudentemente, sin que se pueda hacer una incriminación genérica referida a todos los apartados del número 1 del precepto.

La regulación que propone el Anteproyecto no tiene suficientemente en cuenta un aspecto sobre el que ha llamado la atención la doctrina que ha comentado las legislaciones en que se inspira, esto es, las doctrinas portuguesa y alemana. Y es que si el bien jurídico protegido son los derechos de crédito de los acreedores, existe otro supraindividual latente que no es otro que la capacidad de funcionamiento de la economía crediticia. El simple déficit patrimonial del comerciante no ofende en algunos casos el bien jurídico protegido, pues la posibilidad del recurso sistemático al crédito que permite el cumplimiento puntual de las obligaciones no constituye un peligro relevante para el patrimonio de los acreedores. Por otro lado, la superioridad del activo en relación con el pasivo no es siempre suficiente para evitar ese peligro cuando el deudor imposibilitado de pagar puntualmente tiene como principales acreedores a agentes económicos cuya actividad depende estructuralmente del crédito. Entonces sí se crea un peligro de perjuicios difusos que trasciende los montantes pecuniarios de los créditos insatisfechos y que justifica la intervención penal. Quiere esto decir que la causación de la propia crisis económica por parte de un deudor comerciante es penalmente relevante cuando haya violado el deber de mantener la capacidad de pagar puntualmente (insuficiencia del activo disponible para satisfacer el pasivo exigible). Sin embargo, los deudores no comerciantes que están excluidos del recurso sistemático al crédito, solo pueden cumplir sus compromisos recurriendo a sus



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

propias fuerzas. Cuando su activo no es suficiente para proveer el pasivo surge un peligro para el patrimonio de sus acreedores. Sin embargo, el montante de sus deudas no suele ser un peligro de perjuicios difusos en el sistema de economía crediticia. Por ello su conducta sólo debería ser penalmente relevante cuando haya violado el deber de mantener un patrimonio solvente, con un déficit patrimonial ostensible. Esta diferencia de situaciones no se tenía suficientemente en cuenta en el texto de reforma que se propone.

Centésimo cuadragésimo quinto

Artículo 259 bis

Este artículo contiene una figura agravada del artículo 259. El que en los dos primeros numerales se tenga en cuenta el peligro de un perjuicio económico elevado parece razonable, y cuenta con antecedentes en el derecho comparado. Ahora bien, siendo uno de los fundamentos de la regulación – como muestra el 260 CP- la *par conditio creditorum*, la agravación prevista en el número 3 por la existencia de elevados créditos públicos tiene menos justificación.

Centésimo cuadragésimo sexto

Artículo 260

El precepto también cuenta con antecedentes en el derecho comparado:

Portugal: Art. 229. favorecimiento de acreedores. 1. el deudor que, conociendo su situación de insolvencia o previendo su inminencia y con intención de favorecer a ciertos acreedores en perjuicio de otros, pague deudas aún no



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

vencidas o las pague de modo diferente al pago en dinero o en valores usuales, o dé garantías para sus deudas a las que no esté obligado.

El párrafo segundo prevé una agravación si se llega a declarar la insolvencia o la quiebra.

Alemania: 283 c. Favorecimiento de acreedores. (1) Quien conociendo la incapacidad de pago otorgue a un acreedor una garantía o satisfaga una pretensión a la cual no tiene derecho o no de ese modo o en ese momento, favoreciéndole así intencional o conscientemente frente al resto de acreedores será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

(2) La tentativa resulta punible.

(3) El parágrafo 283 inciso 6 resulta de aplicación.

En el nuevo precepto se recoge, en el apartado segundo, la conducta del actualmente vigente artículo 259, mientras que en el primero se añade una conducta similar, pero situada en un momento temporal anterior: *encontrándose el deudor en una situación de insolvencia actual o inminente*.

De la nueva regulación merece crítica que la pena prevista para ambos apartados sea la misma, pues una vez admitido a trámite el concurso, el deudor puede ver limitadas sus facultades de administración, y si favorece a algunos acreedores vulnerará entonces deberes de abstención (arts. 21, 26, 40.2 y 43.2 de la Ley Concursal), por lo que parece que el supuesto del número dos es más grave que el previsto en el número uno, siempre que en el caso concreto existan esos deberes de abstención. Y ello evidentemente ha de tener un reflejo en la pena imponible.



Centésimo cuadragésimo séptimo

Artículo 263.1

Se modifica el apartado 1 del artículo 263 como consecuencia de la supresión de las infracciones constitutivas de falta, tipificando como delito leve la falta de daños con la siguiente redacción:

1. El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño. Si el hecho, en atención a tales circunstancias, fuera de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los daños fuera superior a 1.000 euros.

Se sanciona con mayor pena el delito leve que la anterior falta de daños al incrementarse la pena de multa, que tenía una extensión de 10 a 20 días y pasa a ser de uno a tres meses. Sin embargo, atendiendo a la escasa gravedad del hecho, conductas que se sancionan actualmente en el CP conforme al tipo básico, en el Anteproyecto se prevén como constitutivas de un delito leve de daños, al elevarse la cuantía a partir de la cual se sanciona el hecho por el tipo básico, al pasar de los 400 a los 1000€, por lo que la penalidad en estos supuestos es inferior a la prevista en el CP para los daños constitutivos de delito cuya cuantía excede de los 400€ y no superan los 1000€, que estaban sancionados con pena de multa de seis a veinticuatro meses, mientras que en el Anteproyecto se prevé una pena de uno a tres meses.



Centésimo cuadragésimo octavo

Artículo 266.2

El artículo 266.2 se modifica exclusivamente para sustituir la remisión al artículo 264 que ahora deberá entenderse referida al artículo 263.2, quedando redactado como sigue:

2. Será castigado con la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses el que cometiere los daños previstos en el artículo 263.2, en cualquiera de las circunstancias mencionadas en el apartado anterior.

En consecuencia, la agravación que el artículo 266.2 prevé actualmente para los daños informáticos regulados en el artículo 264 CP, en el Anteproyecto viene referida a la figura agravada del artículo 263.2 CP

En relación a esta nueva redacción cabe hacer una objeción por resultar insuficiente, ya que implica la necesidad, no prevista, de modificar el párrafo primero del artículo 266.1 CP. Así, el artículo 263.1 CP regula el tipo básico de daños y el artículo 263.2 la figura agravada, cuando concorra alguno de los supuestos previstos. El artículo 266 en su párrafo primero agrava los delitos de daños previstos en el artículo 263 cuando sean causados mediante incendio, o provocando explosiones u otro medio de similar potencia, o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas. Por tanto, si el artículo 266.2 del Anteproyecto prevé una figura agravada de los daños sancionados en el artículo 263.2 cuando son causados por incendio, explosión o con riesgo para las personas, en el párrafo primero del artículo 266 la referencia al artículo 263 debería hacerse, en consecuencia , al artículo 263.1 exclusivamente.



Centésimo cuadragésimo noveno

Artículo 270.1

El artículo 270.1 se modifica como consecuencia de la supresión de la falta prevista en el artículo 623.5 CP.

Con la desaparición de la falta se suprime en el precepto la referencia a los 400€, sancionándose la conducta como delito leve, si bien, respecto del subtipo privilegiado del párrafo segundo del artículo 270.1 CP, en el Anteproyecto se reduce el límite mínimo de la pena de multa que pasa de tres meses a uno.

La modificación que incorpora el Anteproyecto de reforma del Código penal se limita a adaptar la redacción del segundo párrafo del precepto a las consecuencias de la supresión de la falta prevista en la legislación vigente en el artículo 623.5 del Código Penal, aplicable cuando el beneficio económico no exceda de 400 euros. Esta modificación es acorde con las propuestas de reforma relativas a otros capítulos del Código penal en aplicación de una de las líneas maestras que inspiran el Anteproyecto y que explica la propia Exposición de Motivos en los siguientes términos: se suprimen las faltas que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal, si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves. La reducción del número de faltas –delitos leves en la nueva regulación que se introduce- viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

No obstante, al hilo del análisis de la proyectada modificación de este tipo penal, con la finalidad indicada, se estima oportuno sugerir una reforma más profunda de este precepto en la que se amplíen las conductas típicas que enumera el párrafo 1º del citado precepto.

Recordemos que, en la legislación en vigor, la figura básica de los delitos contra la propiedad intelectual se define en el citado artículo 270 en los siguientes términos:

- a) Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses quien con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte una obra literaria, artística o científica o su transformación, interpretación artística o ejecución fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.
- b) Como puede comprobarse del análisis del precepto, la conducta típica se integra por los verbos nucleares reproducir, plagiar, distribuir y comunicar públicamente. Las conductas consistentes en reproducir, distribuir y comunicar públicamente, son elementos normativos que hacen referencia al contenido de los derechos de explotación atribuidos al autor de una obra en el 17 de la LPI, a cuyo tenor, corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación que no podrán ser realizados sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente ley. El alcance y contenido de estos derechos se detalla respectivamente en los artículos 18, 19 y 20 del mismo texto en legal, por lo que, en consecuencia, es la propia LPI la que nos ofrece una interpretación



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

auténtica de las referidas conductas en los términos expuestos al inicio de esta Circular.

A su vez, el plagio según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española supone copia en lo sustancial de obras ajenas, dándolas como propias. El plagio consiste en la exteriorización como propia de una obra que posea similares características a la original y exige para su apreciación una manifiesta similitud con la forma de presentación de ideas y contenidos respecto de la obra original. Se trata, en definitiva, como han significado algunos autores, de la usurpación de una obra mediante la presentación de otra con identidad sustancial.

Es por todos conocido que el desarrollo de las nuevas tecnologías y la generalización en su utilización por parte de los ciudadanos ha determinado la aparición de nuevas formas de vulneración de los derechos de propiedad intelectual y precisamente las últimas modificaciones operadas en la LPI y concretamente la redefinición de los conceptos legales de los derechos de distribución, reproducción y comunicación pública tiene como finalidad, según se explica en la Exposición de Motivos de la Ley 23/2006 de 7 de julio, la adaptación de dichos conceptos a los matices derivados del nuevo entorno en el que se crean y explotan las obras y las prestaciones.

Sin embargo, es un hecho cierto que la evolución tecnológica ha determinado la generalización de otros comportamientos cuya incardinación en alguna de las conductas típicas relacionadas en el citado artículo 270 está generando un importante debate doctrinal y jurisprudencial con el argumento de que dicha posibilidad implicaría una rechazable interpretación extensiva del tipo penal. La referencia es a aquellos supuestos en los que el acceso irregular a las obras protegidas se lleva a efecto a través de un redireccionamiento desde una



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

página de internet a otro sitio web en el que se encuentra la obra audiovisual sin contar a los efectos de dicho acceso con los permisos y autorizaciones de los titulares de los derechos de autor. Se trata, en definitiva, de la actividad que realizan los responsables de lo que en términos vulgares se conoce como páginas de enlace, cuya tipicidad se encuentra cuestionada precisamente por la dificultad de encajar este comportamiento en algunas conductas que sanciona el artículo 270 C.P. Esta situación está determinando serias dificultades en la persecución en vía penal de dichas actividades aún cuando las mismas reúnen el resto de los elementos típicos, es decir, ánimo de lucro comercial -tal y como lo contempla la Circular 1/2006 de la Fiscalía del Estado-; ausencia de autorización del titular de derechos y el perjuicio económico derivado de ello.

La actividad que se realiza por los responsables de estas páginas de enlace, cuando lo hacen a sabiendas de que el acceso que facilitan lo es a sitios que carecen de autorización para difundir las obras audiovisuales protegidas, facilita sin duda la ejecución de las conductas expresamente previstas en el Código Penal, potencia además la posibilidad de llevarlas a efecto y genera a unos y a otros importantes beneficios económicos.

A su vez, la frecuencia con la que los usuarios de internet utilizan este sistema como medio para la descarga o visionado de obras audiovisuales está determinando que a través de estos procedimientos se estén causando graves perjuicios tanto a los titulares directos de derechos de propiedad intelectual como a la industria cultural y creativa relacionada con ello y considerada como sector clave por el Ministerio de Cultura que ha estimado que las actividades relacionadas con estos derechos generan en España cerca del 4% del producto interior bruto.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Por todo ello, parece oportuno sugerir, que al igual que el legislador hizo en su momento en relación con otros tipos penales -como es el caso de los delitos relacionados con la pornografía infantil-, con el propósito de hacer factible la persecución de este tipo de comportamientos, se incorpore a la relación de conductas típicas sancionadas en el artículo 270 del C. Penal, la de facilitar la realización de las restantes a cuyo fin se propone una nueva redacción del tipo penal en los siguientes términos:

Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses quien con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, facilite el acceso, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte una obra literaria, artística o científica o su transformación, interpretación artística o ejecución fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Centésimo quincuagésimo

Artículo 274

El Anteproyecto prevé la modificación del artículo 274 en los siguientes términos:

1. Será castigado con las penas de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro,

a) fabrique, produzca o importe productos que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, u



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

b) ofrezca, distribuya, o comercialice al por mayor productos que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, o los almacene con esa finalidad,

cuando se trate de los mismos o similares productos, servicios o actividades para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado.

2. Será castigado con las penas de seis meses a tres años de prisión el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, distribuya o comercialice al por menor, o preste servicios o desarrolle actividades, que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, cuando se trate de los mismos o similares productos, servicios o actividades para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado.

La misma pena se impondrá a quien reproduzca o imite un signo distintivo idéntico o confundible con aquel para su utilización para la comisión de las conductas sancionadas en este artículo.

3. La venta ambulante u ocasional de los productos a que se refieren los apartados anteriores será castigada con la pena de prisión de seis meses a dos años.

No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias del artículo 276, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

4. Será castigado con las penas de uno a tres años de prisión el que, con fines agrarios o comerciales, sin consentimiento del titular de un título de obtención vegetal y con conocimiento de su registro, produzca o reproduzca, acondicione con vistas a la producción o reproducción, ofrezca en venta, venda o comercialice de otra forma, exporte o importe, o posea para cualquiera de los fines mencionados, material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida conforme a la legislación nacional o de la Unión Europea sobre protección de obtenciones vegetales.

Será castigado con la misma pena quien realice cualesquiera de los actos descritos en el apartado anterior utilizando, bajo la denominación de una variedad vegetal protegida, material vegetal de reproducción o multiplicación que no pertenezca a tal variedad.

Según se desprende de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal, la razón de la modificación es la insuficiente regulación actual para la adecuada protección del derecho de propiedad industrial. Ello se debe a que el texto actual prevé la misma penalidad para conductas que en ningún caso pueden ser enjuiciadas de la misma forma. Así, la penalidad es la misma para el simple poseedor que para el que importa productos falsos o para quien los comercializa a gran escala. Además la escasa penalidad prevista no es suficiente para los supuestos más graves de delincuencia.

Con la nueva regulación se diferencia la responsabilidad de los fabricantes, importadores y distribuidores mayoristas, de la prevista para los distribuidores minoristas y vendedores al público. De acuerdo con ello mientras que para los primeros se agrava la pena, para los segundos se atenúa en proporción a su responsabilidad, llegándose a establecer la posibilidad de imponer una pena de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

multa o de trabajos en beneficio de la comunidad en los casos de venta ambulante, cuando los hechos sean de escasa gravedad, en atención a las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico.

El artículo 274 CP establece una penalidad de seis meses a dos años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses para la totalidad de las conductas previstas en el mismo, a excepción de los supuestos de distribución al por menor, en los que, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 276 puede imponerse la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días.

En el Anteproyecto se prevé la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses para los fabricantes, productores, importadores y distribuidores o comerciantes al por mayor y la pena de seis meses a tres años de prisión al distribuidor o comerciante al por menor. Asimismo también prevé la imposición de la misma pena a quien reproduzca o imite un signo distintivo para su utilización para la comisión de las anteriores conductas. Finalmente se sanciona con la pena de seis meses a dos años de prisión la venta ambulante u ocasional, que es la misma pena que actualmente está vigente, con la diferencia de que se suprime la pena de multa. No obstante, esta conducta puede llegar a ser sancionada con una pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico. Esta última penalidad que se establece en el párrafo segundo del artículo 274.3 es consecuencia de la desaparición de la falta del artículo 623.5 del CP, sancionándose tal conducta como delito leve, por lo que se suprime en el precepto la referencia a los 400€.



Centésimo quincuagésimo primero

Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 298

Supone la introducción de una agravación dentro del tipo básico del delito de receptación, remitiéndose a los previstos para el delito de hurto, también modificados en esta Reforma: cosas de valor artístico, cultural, histórico o científico; cosas de primera necesidad y se cause una situación de desabastecimiento; cuando se trate de conducciones de suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones, o de otras cosas destinadas al servicio público, y se cause un quebranto grave a los mismos; y, cuando el valor de los efectos sustraídos o produzca perjuicios de especial consideración.

Parece razonable la exclusión de los otros tres supuestos previstos en el artículo 235, en tanto que en éstos se exige un especial conocimiento por parte del sujeto activo del delito de receptación de las circunstancias en las que fue cometido el delito precedente, referidas a su autor y la víctima del mismo, pudiendo alcanzar a las enunciadas en los apartados 1 a 4 de ese precepto, en tanto que se refieren a hechos objetivamente valiables y, por lo tanto, abarcables por el dolo del autor del delito de receptación.

Por otra parte, sería conveniente, de acuerdo con el esquema seguido para otros delitos, que estas agravaciones figuraran en un apartado distinto y no en un párrafo aparte del propio apartado primero, regulador del delito básico de receptación. Además, teniendo en cuenta que el artículo 299 quedará derogado, en tanto que castiga la receptación de las faltas contra la propiedad, estas agravaciones podrían ser recogidas en este precepto que queda vacío de contenido.



Centésimo quincuagésimo segundo

Se introduce un nuevo artículo 304 bis

Se extiende la aplicación de la medida de libertad vigilada a los delitos de receptación y blanqueo de capitales, de la misma manera que se hace para la mayor parte de los delitos recogidos en el Título XIII (Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico). Ello entra dentro de uno de los principales objetivos de esta reforma, tal y como se señala en la Exposición de Motivos, “de profunda revisión del sistema de consecuencias penales”.

En principio, dada la redacción del precepto, esta medida de seguridad podría ser impuesta a los condenados por los delitos de receptación o blanqueo de capitales, con independencia de la entidad de la pena. Este criterio no casa con lo manifestado en la Exposición de Motivos sobre “la posible imposición de medidas de seguridad para el caso de delincuentes patrimoniales peligrosos”. Por ello sería conveniente, si ese es el objetivo de la Reforma, de prever esta medida de seguridad para los supuestos cualificados, tanto del delito de receptación como del delito de blanqueo.

Centésimo quincuagésimo tercero

Se introduce un nuevo artículo 308 bis

Afecta a la suspensión de pena en los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social. Supone la teórica inclusión de un régimen especial para la suspensión de las penas impuestas en los delitos contra la Hacienda y la Seguridad Social. La primera diferencia más relevante respecto del régimen general previsto en el artículo 80.2 3º y 86.1 4º es la comunicación de la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

suspensión al perjudicado por el delito: la Administración Tributaria, la Seguridad social o aquella que hubiera concedido la subvención.

Esta comunicación no tiene ninguna trascendencia a efectos penales, en tanto que sólo supone la puesta en conocimiento sin que pueda manifestar oposición alguna. Por otra parte, hay otro dato que redundaría en su irrelevancia en tanto que las Administraciones, la General del Estado (Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas), Seguridad Social (Ley 52/1997 y Reglamento del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, aprobado por el R.D. 947/2001, de 3 de agosto) y resto de Administraciones pueden personarse en estos procedimientos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 551 LOPJ, tomando conocimiento e interviniendo en su tramitación hasta su completa ejecución.

Es característica común con la regulación general de la suspensión de condena que la suspensión de condena puede acordarse cuando el condenado “asuma el compromiso de satisfacer la deuda tributaria, la deuda frente a la Seguridad Social o de proceder al reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas y las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica...”. Es decir, no es necesario el pago efectivo, sino el compromiso de pagar, siempre que “sea razonable esperar que el mismo sea cumplido” (a criterio del Juez). No se concederá la suspensión de condena cuando conste que el penado ha facilitado información inexacta o insuficiente. Este requisito añade una exigencia más que en relación a otros casos contemplados en el art. 80 del Código Penal. No se exige al penado en otro tipo de delitos que haya sido leal en la información proporcionada relativa al patrimonio del reo. Con ello se incrementa la tendencia a endurecer las condiciones de acceso a la suspensión de condena o a la libertad condicional, en los casos en que no se pague la deuda. La amenaza de la ejecución de la pena se convierte así en un



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

elemento más de la recaudación de las cantidades defraudadas. Y se acentúa la impresión de que a la administración le importa mucho más el cobro de lo defraudado (ahora incluyendo cantidades que conforman la deuda tributaria) que el castigo efectivo del penado.

Debe hacerse constar que la suspensión de condena solo procede cuando la pena no sea superior a dos años de prisión, siendo así que tanto en la regulación vigente cuando concurren las agravaciones de los últimos incisos del art. 305.1 del Código Penal, la pena será la genérica (de 1 a 5 años) en su mitad superior de manera que en esos casos sería imposible la aplicación del beneficio. Sin embargo, la nueva normativa tramitada en las Cortes establece unos subtipos agravados, en parte correspondientes a los que ahora agravan la pena, castigados con pena de 2 a 6 años. Es decir, lo que aparentemente puede suponer un endurecimiento de la penalidad, en la práctica puede suponer que se permita la suspensión de condena ya que el límite inferior de la pena no sobrepasaría los 2 años (nuevo art. 305 bis del Código Penal, según el Proyecto de Código Penal remitido a las Cortes y publicado en el Boletín en septiembre pasado).

En segundo lugar, el art. 308 bis establece que el Juez o Tribunal revocará la suspensión y ordenarán la ejecución de la pena (obsérvese el carácter imperativo del verbo: en la redacción vigente del art. 84 del Código Penal se establece una potestad para el Juez en el caso de incumplimiento de prohibiciones y deberes; en el nuevo Código, la revocación de la suspensión (art. 86) es imperativa salvo que el incumplimiento no sea grave y reiterado) cuando el penado no de cumplimiento al compromiso de pago de la deuda tributaria o con la Seguridad social o de reintegro de las subvenciones y ayudas indebidamente recibidas o utilizadas, o al pago de las responsabilidades civiles: en relación con el pago de las responsabilidades civiles, el nuevo Código no



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

relewa del pago a los insolventes (vigente art. 81.3), sino que se establece una fórmula algo más compulsiva para el reo que se considera acertada: el penado deberá asumir el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el comiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo sea cumplido (nuevo art. 80.2 del Código Penal).

En el apartado 2 al referirse a la ejecución de las responsabilidades civiles, se establece la audiencia previa de las Administraciones perjudicadas al objeto de que “aporten informe patrimonial de los responsables del delito en el que se analizará la capacidad económica y patrimonial de los responsables”, y ello a los efectos del posible fraccionamiento del pago. No en estos términos, pero si con la misma finalidad, existe tal previsión para los delitos contra la Hacienda Pública en el aptdo 3º de la D. A. 10ª de la Ley General Tributaria. En cualquier caso, esta audiencia va más allá de lo previsto en el artículo 125 CP en tanto que, en estos delitos y dada las circunstancias de los perjudicados, se puede disponer de una completa información patrimonial del condenado. Por otra parte, se ha de recordar que en los Decanatos de los Juzgados de capitales de provincia y de los Centrales de Instrucción existe un servicio de averiguación patrimonial con acceso a las bases de datos de la AEAT, Seguridad Social y Tráfico.

Condiciona la suspensión a que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles derivadas de estos delitos, si bien estableciendo un sistema en el que se equipara su satisfacción con el compromiso de cumplir con su pago y en el que, a diferencia del régimen general previsto en la Reforma, se refiera a la totalidad de la deuda con la Hacienda o con la Seguridad Social y al completo de reintegro de las subvenciones, lo cual suponen el caso de los delitos contra la Hacienda Pública, no sólo las cuotas defraudadas sino también los



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

correspondientes intereses legales que hubiera generado la deuda (artículo 305.5 CP).

El compromiso de pago, al igual que en el régimen general, no tiene porque ir asociado con algún tipo de garantía que asegure su cumplimiento, simplemente basta con la declaración de voluntad del penado comprometiéndose a su pago, permitiendo la revocación de la suspensión para el caso de que no cumpla. Esto puede provocar, sobre todo en este tipo de delitos, que se den situaciones de abuso en la que los penados utilizan esta fórmula para tratar de retrasar el efectivo cumplimiento de la pena.

Centésimo quincuagésimo cuarto

Artículo 318 bis (inmigración ilegal)

En el apartado 1 modifica la descripción típica de los actos de inmigración ilegal, desvinculando las conductas del territorio español, pues castiga la ayuda intencionada a la entrada o al tránsito ilegal de un ciudadano extracomunitario en el territorio de cualquier Estado de la Unión Europea. Sería recomendable no obstante, que la norma mencionase de forma expresa los casos en que el país de destino fuera España, tal y como hace la regulación vigente, pues constituye un vínculo de conexión relevante.

Se rebaja considerablemente la penalidad del tipo básico, que pasa a tener una configuración alternativa de prisión 6 meses a 2 años o multa; aunque ciertamente la pena actual es excesivamente severa, pues abarca de 4 a 8 años de prisión, cuenta con el lenitivo de su rebaja facultativa en un grado conforme al vigente apartado 5 que dispone que *Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.

Entendemos que resultaría más equilibrado optar por una pena no alternativa y sí única de 1 a 4 años de prisión, que con arreglo al apartado 6 resultaría posible rebajar hasta 6 meses a 1 año. Ese arco punitivo (6 meses a 4 años) permitiría valorar adecuadamente la gravedad de la conducta y diversificar las respuestas en el tipo base –v. gr. mediante la suspensión condicional de las penas de hasta los 2 años de duración- y facilitaría una correlación más natural con la figura cualificada del apartado 3 –cuando el delito se comete por una organización, o se pone en peligro a las personas transportadas- cuyo punitivo va de 4 a 8 años

El párrafo 2 del apartado 1 introduce un principio de oportunidad reglada en la persecución del delito al facultar al Ministerio Fiscal para *abstenerse de acusar por este delito cuando el objetivo perseguido fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trata*. No parece necesario recurrir a tan insólito expediente, extravagante del principio de oficialidad en el ejercicio de la acción penal en delitos públicos imperante en nuestro sistema procesal (art. 105 LECrim), para facilitar la adecuación de la respuesta penal a la culpabilidad del autor, pues bastaría con recurrir a la aplicación del subtipo privilegiado del apartado 6, que permite la rebaja de la pena en un grado atendiendo a *las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste*, o al uso de las circunstancias genéricas atenuantes, semieximentes o incluso eximentes contempladas en los arts. 20 y ss si resultaren de aplicación al caso.

Se trata de una inadecuada transposición de la Directiva 2009/52/CE del Parlamento y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

países en situación irregular, cuyo art.1.2 dispone que *Los Estados miembros podrán decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado 1 en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.*

De acuerdo con esta Directiva son los Estados miembros quienes deciden si perseguirán o no penalmente las conductas cuando hay un móvil humanitario y no, como pretende el Anteproyecto, que sean los actores del *ius puniendi* del Estado, en este caso el Fiscal, quienes adopten tal decisión en cada caso concreto.

Una decisión que corresponde al Legislador se transforma en una potestad discrecional de la acusación pública sin elementos reglados que la acoten eficazmente. Se consagra una suerte de principio de oportunidad en cada caso que no se corresponde fielmente con la Directiva. Ciertamente es que el principio de unidad de actuación que informa constitucionalmente (art.124 CE) al Ministerio Fiscal conjura el riesgo de una atomización de actuaciones por los representantes del Ministerio Público y que las pautas de actuación uniforme que emanen, tanto de los instrumentos normativos de la FGE, como de la actuación unificadora de criterio en la materia de la Unidad de Extranjería de la FGE descarta la arbitrariedad y la actuación divergente y no armónica de los Fiscales en la materia, pero, como he señalado, una transposición fiel de la Directiva exige una decisión del legislador de perseguir o no penalmente estas conductas y no la posibilidad de perseguirla o no según decida el Fiscal.

Piénsese que las razones humanitarias pueden ser de la más variada naturaleza y contenidos muy variadas desde su configuración histórica (motivos



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

altruistas de notoria importancia) hasta situaciones de hecho como buscar la reagrupación familiar o la mejora del estatus del extranjero en España.

El apartado 2 introduce un tipo penal nuevo, el de favorecimiento lucrativo de la permanencia de un ciudadano no comunitario en un Estado de la Unión Europea, con el propósito de poner fin a la impunidad que actualmente ampara a quienes, no habiendo intervenido en la entrada ilegal del extranjero, le facilitan la elusión de la legislación administrativa que regula la estancia y residencia del país en el que se halla.

Se suprime la agravación por empleo de *violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima*, inciso actualmente recogido en el apartado 2 del precepto, lo que es razonable, pues la inmigración ilegal, a diferencia de la trata, se caracteriza por contar con el consentimiento de las personas transportadas. De darse alguna de las conductas reseñadas su castigo habría de articularse mediante la aplicación de los tipos generales de coacciones, detención ilegal o lesiones.

El apartado 3, letra b) agrava la penalidad cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción “o se hubiera creado el peligro de causación de las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150 de este Código”; el Consejo Fiscal estima preferible la fórmula que recoge el actual precepto de que se haya puesto en peligro “la vida, la salud o la integridad de las personas” sin remitir el riesgo a los tipos cualificados de lesión que menciona el Anteproyecto, por tratarse de un riesgo de muy difícil concreción.

Se añade un apartado 7 que permite al juez o tribunal imponer la medida de libertad vigilada; nada hay que objetar a tal previsión.



Centésimo quincuagésimo quinto

Artículo 323

En los daños al Patrimonio Histórico-artístico se aprecia una concepción excesivamente economicista, que lleva en el apartado 2 a privilegiar, mediante la imposición de una mera pena de multa, el hecho que revista escasa cuantía, fijando como límite superior el de mil euros. El Consejo Fiscal no comparte esta concepción, pues el bien jurídico protegido no es el patrimonio considerado en su dimensión mercantilista sino los valores artísticos e históricos inherentes a estos bienes. Se recomienda por ello la supresión de este subtipo privilegiado.

Por otra parte la respuesta penal no debe ser la misma para los distintos bienes que enumera el precepto, ya que algunos de ellos, como pueden ser determinados yacimientos arqueológicos o bienes con un elevado valor cultural o monumental deberían estar dotados de una mayor protección penal de acuerdo con la más elemental proporcionalidad.

Se echa en falta, igualmente, que el Anteproyecto no se decida a tipificar los actos de expolio de yacimientos arqueológicos, así como las conductas de falsificación y alteración de obras de arte, que actualmente encuentran difícil acomodo en otros preceptos. También debiera contemplarse una agravación de la penalidad cuando los bienes afectados por el delito posean un valor artístico o histórico muy relevante, con el fin de facilitar una graduación de la pena más acorde con la antijuricidad material del hecho.



Centésimo quincuagésimo sexto

Artículo 332

En relación con la protección de la flora se introduce un subtipo atenuado como consecuencia de la despenalización de la falta que castiga esta conducta en el artículo 632.1 cuando la conducta descrita en el apartado 1º del artículo 332 no suponga un “grave perjuicio para el medio ambiente”, para la cual se señala una pena de de “multa de 10 a 30 días o trabajos en beneficio de la comunidad de diez a veinte días”. El Consejo Fiscal propugna la completa despenalización de estas conductas leves, que hallan un marco más eficaz de persecución en el orden administrativo sancionador.

Centésimo quincuagésimo séptimo

Artículo 337

En cuanto al maltrato de animales domésticos, la redacción actual sanciona de igual manera el maltrato de animal doméstico o amansado sin diferencias si se ha causado la muerte o lesiones graves. Con la regulación proyectada se diferencian ambas conductas a efectos penológicos, señalándose pena superior para el supuesto de causar la muerte.

Además, en el apartado segundo, se enumeran unas agravantes específicas para el caso de que como consecuencia del maltrato se hubieran producido lesiones en el animal. En estos subtipos agravados se hace una diferenciación en atención a los medios empleados que puedan suponer un riesgo para la vida del animal, que medie ensañamiento o se cause la pérdida o inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Para el caso de que se cause la muerte, la pena privativa de libertad se incrementa notablemente. Cabe hacer un reparo en este aspecto, ya que los supuestos agravados de lesiones pueden suponer una pena superior a la prevista para el caso de muerte, aún cuando esta se haya podido causar, precisamente, con el empleo de medios peligrosos, ensañamiento o como consecuencia de la pérdida de un miembro principal.

Finalmente, en el último apartado se castiga la conducta prevista como falta en el artículo 632.2 con una pena notablemente superior, se pasa de la multa de 20 a 60 días a la multa de uno a seis meses. El Consejo Fiscal también propugna en este caso su completa despenalización y su remisión al orden administrativo sancionador.

Centésimo quincuagésimo octavo

Se añade un artículo 337 bis

En relación con el delito de abandono de animal doméstico debe decirse que se castiga como delito lo que hasta ahora es constitutivo de falta (artículo 631.2), también, al igual que otros supuestos, con una pena de multa notablemente superior, de los 15 días a dos meses se pasa a multa de uno a seis meses. No obstante, como se ha señalado anteriormente, este supuesto también merece ser plenamente despenalizado y remitido al orden administrativo sancionador.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Centésimo quincuagésimo noveno

Se modifica el apartado 2 del artículo 346

En el delito de estragos no se modifica sólo la pena a imponer para el caso de que los estragos no supongan un peligro para la vida o integridad de las personas, sino también la consideración en estos casos como delito de estragos a todos los efectos frente a la redacción actual que establece que, en estos casos, serán castigados como daños en los términos previstos en el artículo 266.

También se unifica la pena a imponer en estos casos, dado que la remisión al artículo 266 supone a una variedad de supuestos con distintas penas, algunos de los cuales nada tienen que ver con la naturaleza del delito de estragos, ni con los lugares y bienes sobre los que la acción típica se ejecuta.

Se ha optado por imponer la más grave de las penas que prevé el artículo 266, concretamente en su apartado 3, cuando los daños se causan sobre bienes o instalaciones afectadas al servicio de las Fuerzas Armadas o de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, sobre alguno de los bienes previstos en el artículo 323 (archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos) o sobre líneas, instalaciones de telecomunicaciones, postales, vías férreas, conducciones o transmisiones de aguas, gas o electricidad para las poblaciones. Lo cual, por otra parte, parece lógico ya que si hay unas conductas dentro del delito de daños, que más se asemejan a las previstas para el delito de estragos, son éstas.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Centésimo sexagésimo

Artículo 353

En relación con el delito de incendios se pretende, tal y como se expresa en la Exposición de Motivos del anteproyecto, “ofrecer una respuesta penal más adecuada a los incendios de mayor gravedad”.

Con esta finalidad, se mantiene el tipo básico (art. 352), y para los supuestos agravados del artículo 353 se procede a imponer una sanción respecto del tipo básico y a incrementar el número de supuestos agravados, vinculados a “casos especialmente lesivos para el medio ambiente o generadores de un peligro elevado”.

Respecto a los “casos especialmente lesivos para el medio ambiente”, además de los ya recogidos en los apartados 1º, 2º, 3º (en el Anteproyecto es el último inciso del apartado 4º) y 4º del actual artículo 353 (en el anteproyecto es el apartado 6º), se vienen a agregar los casos en los que el incendio afecte a zonas forestales que constituyan el hábitat de especies animales en peligro de extinción o de flora amenazada.

En cuanto a los casos generadores de un peligro elevado es donde se produce la principal novedad, en tanto que se incluyen dos nuevos supuestos: cuando el incendio afecte a zonas próximas a núcleos de población o a lugares habitados y cuando sea provocado en un momento en el que las condiciones climatológicas o del terreno incrementen de forma relevante el riesgo de propagación del mismo. Respecto de la primera el Consejo Fiscal considera que la agravación debería extenderse a los incendios ocasionados en las



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

proximidades de vías de alta capacidad como autopistas, autovías y vías rápidas, por existir un riesgo semejante; respecto de la segunda, conviene señalar que este supuesto generará no pocos problemas probatorios en la práctica, y que la inclusión de conceptos indeterminados (incremento “relevante” de un “riesgo”) pudiera generar algún problema de seguridad jurídica. En todo caso, le redacción omite los casos en los que exista igualmente una previsión meteorológica de que se van a producir esas condiciones favorecedoras de la propagación del fuego, aunque en el momento exacto de su inicio todavía no se hayan desencadenado.

El supuesto 4 se refiere al incendio que “afecte a zonas forestales que constituyan el hábitat de especies animales en peligro de extinción o de flora amenazada, o altere significativamente las condiciones de la vida animal o vegetal”; el Consejo Fiscal estima que esta redacción en modo alguno mejora el texto del vigente apartado 3, que perfila la agravación de forma más general y eficaz: “que altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal o afecte a algún espacio natural protegido”; se recomienda por ello el mantenimiento de esta redacción.

Respecto a la nueva pena prevista para estos supuestos agravados, en la Exposición de Motivos se dice que “cuando los incendios afecten a espacios naturales protegidos se castigarán del mismo modo que los delitos contra el medioambiente, lo que significa que sus autores podrán ser castigados con la pena superior en grado”. Lo cierto es que ésta será una de las consecuencias de la inclusión de un nuevo precepto, el 358 bis, en tanto que nada se dice sobre este extremos en la propuesta de reforma del artículo 353, en el que se establecen unas pena máxima superior a la actual, se pasa de penas de tres a cinco años a pena de tres a seis años, pero en ningún caso se hace remisión



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

expresa a alguno de los tipos penales que regulan los delitos contra el medioambiente (arts. 325 a 331).

Centésimo sexagésimo primero

Se modifica la rúbrica de la Sección 5 del Capítulo II del Título XVII del Libro II del Código Penal y se introduce en ella un nuevo artículo 358 bis.

Disposición común delito de incendios.

Respecto de este nuevo precepto se dice en la Exposición de Motivos que su introducción tiene como finalidad “solucionar los problemas de reparación del daño causado por el incendio, y permitir la imposición de medidas encaminadas a restaurar el ecosistema forestal dañado y la protección de los espacios naturales”. Además de esto, como ya se ha indicado respecto del artículo 353, supone que, cuando el incendio afecte a un espacio natural protegido, se podrá imponer la pena superior en grado.

Por otra parte, resulta un tanto pretencioso que en este tipo delitos cuando, como consecuencia del incendio pueden verse afectadas importantes superficies forestales o espacios protegidos, adoptar medidas con cargo al autor del hecho pueda conducir a reparar el daños causado, “restaurando el ecosistema forestal”.

Centésimo sexagésimo segundo

Artículo 374

La modificación de este artículo tiene por objeto la sistematización de la vigente regulación dual del comiso en los artículos 127 y 274 del Código Penal, para



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

desarrollar la misma con carácter general. Ya se ha expresado en el presente informe que este punto es valorado positivamente por el Consejo Fiscal.

La regulación del art. 374 queda constreñida exclusivamente al decomiso de la drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, que se modifica con la finalidad de superar la actual discordancia entre lo dispuesto en este artículo y en el art. 367 ter.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la Ley 18/2006, de 5 de junio, *para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en los procedimientos penales*, y así racionalizar la conservación de las muestras de las sustancias intervenidas, limitando con carácter general las muestras conservadas a tan sólo la cantidad de droga que garantice la práctica de un análisis inicial, un análisis contradictorio y un análisis dirimente, lo que permitirá la destrucción del sobrante para evitar que se acumule droga innecesariamente en los organismos encargados de la analítica.

Centésimo sexagésimo tercero

Se introduce un nuevo capítulo V en el título XVII del Libro II del Código Penal, integrado por un nuevo artículo 385 quáter “CAPÍTULO V. TENENCIA DE ANIMALES PELIGROSOS.”

El precepto sanciona a los dueños o encargados de animales potencialmente peligrosos que los dejen sueltos o en condiciones de causar mal si crean peligro para la vida o la integridad de las personas. Se trata de una conducta que encuentra mejor tratamiento en el ámbito administrativo sancionador, por lo que se recomienda su supresión.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Centésimo sexagésimo cuarto

Se introduce un nuevo capítulo VI en el título XVII del Libro II del Código Penal, integrado por un nuevo artículo 385 quinquies “CAPÍTULO VI. DISPOSICIÓN COMÚN.”

“Artículo 385 quinquies. A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada.”

Centésimo sexagésimo quinto

Artículo 386

El Anteproyecto introduce este subtipo atenuado al destipificar la falta del art. 629. No obstante, se emplea el término “escasa gravedad” como parámetro para la aplicación de este subtipo, lo cual resulta de difícil concreción. Parece más oportuno introducir una cuantía –entendemos que la de mil euros sería la correcta- como límite fronterizo entre el tipo normal y el tipo atenuado.

Centésimo sexagésimo sexto

Artículo 389

Los comentarios que se han vertido respecto al establecimiento de un límite cuantitativo delimitador del tipo normal y del tipo atenuado en el artículo anterior son igualmente aplicables a este precepto.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Centésimo sexagésimo séptimo

Artículo 402 bis

Las conductas recogidas en este precepto –uso indebido de uniforme, traje o insignia- no revisten la gravedad necesaria para ser perseguidas en el orden penal, por lo que se recomienda la supresión de este precepto.

Centésimo sexagésimo octavo

Artículo 403

Con independencia del aumento de las penas, se establece como tipo agravado, además de la atribución pública de la cualidad de profesional, el ejercicio de los actos propios de la profesión sin el correspondiente título académico en un establecimiento abierto al público en el que se anuncie dicho ejercicio. Resulta acertada dicha agravación, que guarda relación con la anterior, pues con ambas se induce a error al público de una manera generalizada sobre la cualidad profesional de la cual se carece, pues además del ejercicio de los actos propios de la profesión de que se trate, se publicita el ejercicio de actos reservados exclusivamente para determinados profesionales y además se refuerza esa creencia mediante el ejercicio de los mismos en un establecimiento abierto al público en el que se anuncia su ejercicio, incrementándose así también el número potencial de personas que confían sus asuntos a no profesionales de la materia de que se trate.



Centésimo sexagésimo noveno

Artículo 423

La redacción actualmente vigente, de 2010, es la que se recoge a continuación:
Art. 423. Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.

Este precepto asimila a ciertas clases de sujetos a las autoridades y funcionarios públicos para que puedan ser considerados autores del delito de cohecho pasivo.

Dos son las novedades respecto del texto actualmente vigente. Por una parte se sustituye “administradores o interventores designados judicialmente” por la expresión “administradores, interventores designados judicialmente”, con lo que el concepto se amplía a cualquier administradores, probablemente en línea con la reforma del art. 252 CP, y por otra, se añade la referencia a los “administradores concursales”, ya incluidos por tanto en el concepto de administradores recogido en este mismo tipo, y cuya mención expresa no era necesaria, pues el Tribunal Supremo ya ha aplicado este precepto a un comisario de una quiebra, representante de la autoridad judicial, que solicitó una cantidad de dinero para emitir un informe favorable al quebrado para que, de ese modo, la quiebra se tramitara sin problemas (STS de 16 de noviembre de 2006).



Centésimo septuagésimo

Artículo 432

Dentro de los delitos contra la Administración Pública, la modificación más importante que propone el Anteproyecto es, sin duda alguna, la referida a las varias especies del delito de malversación.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto justifica así la necesidad de la reforma: *La malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos.*

La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de fondos públicos, otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público. Al tiempo, se mantiene la tipificación separada de los supuestos de aplicación a fines particulares de bienes muebles o inmuebles de titularidad pública con perjuicio para la causa o el servicio públicos, aunque no llegue a producirse un perjuicio patrimonial efectivo.

Comenzando la crítica por la Exposición de Motivos, yerra el prelegislador al considerar que la malversación es una administración desleal cometida por funcionario público. Y ello en un doble sentido. En efecto, y en primer lugar, la malversación no es un delito patrimonial cometido por un funcionario público. Es, para la doctrina ampliamente mayoritaria, un delito especial propio, autónomo, que desde una lectura constitucional, no sólo protege el patrimonio público, sino también la confianza de la sociedad en el manejo honesto de los



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

fondos del Estado (STS de 5 de febrero de 2008 y de 28 de noviembre de 2007), así como los deberes de fidelidad y de transparencia que tienen los funcionarios públicos a cuyo cargo se encuentran los bienes de la Administración Pública (STS de 4 de abril de 2007). En definitiva, se trata de proteger la capacidad *prestacional* del Estado. Por otra parte, y esto es aún más grave, en su actual configuración el delito de malversación es más que una administración desleal, pues como trataremos de mostrar, también incluye conductas de apropiación indebida que a lo que parece, van a quedar despenalizadas.

Que no es tan clara la relación de la malversación con la administración desleal lo muestra el hecho de que en Portugal, donde existe una regulación parecida a la que el texto del Anteproyecto quiere incluir respecto de la administración desleal y de la apropiación indebida, se mantiene una regulación de la malversación, en el artículo 375 (peculado) muy similar a la actualmente vigente en el artículo 432 de nuestro Código (el funcionario público que ilegítimamente se apropie, en provecho propio o de un tercero, de dinero o cualquier otra cosa mueble, pública o de un particular, que le haya sido entregada, esté en su posesión o que le sea accesible, en razón de sus funciones...). La doctrina portuguesa entiende que es un tipo cualificado de hurto o apropiación indebida por razón del sujeto activo.

Tres son los elementos esenciales del delito de malversación: a) una autoridad o funcionario público; b) unos caudales o efectos públicos, c) la relación entre los caudales y el funcionario. El primer elemento ha de ser concretado a través del art. 24 CP que suministra la definición de autoridad y funcionario público a efectos penales (y como es sabido, se trata de un concepto más amplio que el que maneja la doctrina administrativista). Entre los caudales y efectos públicos se incluye cualquier objeto u efecto, bien mueble, dinero, valores negociables,



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

que posean un valor económico, aunque no sea actual. En palabras de la STS 24-1-2001, todo bien que no siendo dinero en metálico, sea susceptible de evaluación económica dada su naturaleza pública desde el momento en que forman parte de los bienes de la Administración. Incluso los depositados o entregados por particulares cuya custodia se asume por la Administración o sus funcionarios, sin que se precise su efectiva incorporación al erario público (STS 8-11-96, 24-1-97): como veremos a continuación estos son los que más problemas plantean a la hora de considerarlos como una forma de administración desleal. En estos casos no es necesario que los caudales estén directamente incorporados a la caja del organismo público, bastando con la mera percepción por parte del funcionario encargado, servidor de la posesión, de modo que nazca un derecho expectante de la Administración (STS 10-7-95, 13-2-97).

En cuanto al tercer elemento, la relación funcionario-caudales públicos, el Tribunal Supremo ha realizado una interpretación amplia, bastando con que el funcionario apareciese como mero servidor de la posesión, con ocasión del ejercicio de sus funciones, como **expresión más amplia** que la de “administrador” o la de “tener a disposición”. Con ello se trataba de resolver otro problema, el de los caudales que no forman parte de la *competencia específica del funcionario*, pero a los que *tiene acceso o de los cuales se sirve para el ejercicio de su cargo*. Así, las STS 27-5-93 y 1-12-2000, afirman que basta con una *facultad decisoria jurídica o detención material de los caudales o efectos*, **ya sea de derecho o de hecho**, con tal, en el primer caso, de que en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario **una efectiva disponibilidad material**. Incluso las STS 28-10-2008 y 12-12-2005 van más allá al decir que la competencia del funcionario puede tanto deberse a la función que normativamente se haya atribuido al concreto ente público como a una **situación de hecho** derivada del uso o práctica administrativa dentro de la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

estructura de ese ente público. Pues bien, al comentar el nuevo tipo de administración desleal, expusimos que en la administración desleal hay administración y poder de disposición jurídico, y en la apropiación indebida, custodia desleal y el poder de disposición es fáctico. Por ello, configurar el tipo como de mera administración desleal, sin añadir la apropiación indebida, va a llevar a la despenalización, o a un tratamiento excesivamente benigno de estos supuestos, en el mejor de los casos. Esta laguna difícilmente se puede colmar con el artículo 31 CP o con la comisión por omisión del funcionario realmente titular del servicio.

En el apartado primero del art. 432 estaría incluido el actual peculado de uso del art. 433; en el segundo, el actual 432.

No es problemática la desaparición de las conductas de consentimiento con la actuación de extraneus que realizan sustracciones de fondos públicos, dado que en el funcionario se da una posición de garante que le obliga a desarrollar una actividad impeditiva del resultado que otra persona trata de producir, cuando tiene conocimiento de ello.

Las observaciones que se pueden hacer a este artículo son las siguientes:

La ya señalada de que es preciso ampliar la referencia a la apropiación indebida y no solo a la administración desleal para incluir los casos en que se tiene disponibilidad material de hecho sobre los fondos públicos.

No se entiende por qué desaparece el subtipo agravado que se corresponde con el art. 250.1.3 CP (y que aparece en el texto actualmente vigente) de que el hecho recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico. La actual mención a los “efectos destinados a aliviar alguna



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

calamidad pública” –que no se reproduce en el Anteproyecto- puede valorarse dentro de la gravedad del daño a la causa pública o al servicio.

Por otro lado, en la letra b) del apartado 3 del nuevo artículo 432 se hace una remisión al subtipo agravado del delito de estafa recogido en el ordinal 6º del apartado 1 del artículo 250. Sin embargo, este subtipo agravado engloba, a su vez, dos supuestos: que el valor de la defraudación supere los 50.000 euros o que afecte a un elevado número de personas. Parece conveniente establecer como subtipo agravado únicamente la referencia a la cuantía superior a 50.000 euros, toda vez que, por su propia naturaleza, el delito de malversación afecta a la colectividad y, por tanto, parece difícil encontrar un supuesto en el que no se afecte a un número elevado de personas.

La pena del subtipo privilegiado resulta excesivamente benigna, menor que la del hurto básico, cuando el hecho es más grave por existir una infracción de especiales deberes en el autor. Y además no se establece una cuantía fija por encima de la cual no puede hablarse ya de tipo privilegiado.

Desde el punto de vista del servicio público y del concepto personal de patrimonio, hay actos que son dañosos porque comprometen la finalidad del servicio o bien su funcionamiento futuro o porque obligan a reducciones de las prestaciones a que está vinculado el servicio. Al hablar de la administración desleal (con cuyo tipo se pretende vincular fundamentalmente la malversación) pusimos el ejemplo del administrador de una empresa municipal de gas que con los fondos públicos compra al año 600 obras de arte afectando a las finalidades que se acaban de exponer. De algún modo sería conveniente llevar este pensamiento al tipo del 432 CP.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

De todos modos, lo mejor sería dejar el tipo como está actualmente, por las razones expuestas al inicio. No parece que se haya meditado suficientemente sobre la trascendencia del cambio.

Centésimo septuagésimo primero

Artículo 433

La redacción actual de art. 434, que es el equivalente de este nuevo precepto es la siguiente: “La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años”.

Como se ve las modificaciones consisten en: a) el precepto se constituye como tipo subsidiario de recogida respecto del 432; b) se suprime la mención al ánimo de lucro propio o ajeno; c) la supresión del requisito de “gravedad” del perjuicio para la causa pública; d) la sorprendente rebaja de la pena.

De todos modos, como sucede con el ya comentado artículo 258 bis, parece que a veces el prelegislador no es consciente del alcance de sus propias reformas. Y es que si la malversación se pretende configurar como un delito relacionado con la administración desleal, resulta que en el propio tipo básico de malversación estarían incluidas estas conductas, pues uno de los campos de aplicación de la administración desleal es el de los llamados “usos ilícitos no dominicales”. Quien da una aplicación privada a bienes que debe administrar, administra deslealmente. La única duda es la referente a los bienes inmuebles,



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

aunque un sector de la jurisprudencia, tras la introducción en la apropiación indebida del art. 253 CP de la referencia a los “activos patrimoniales” (que en el Anteproyecto se traslada tácitamente para integrar el nuevo delito de administración desleal al art. 252 CP), ha considerado incluidos en tal concepto los bienes inmuebles (STS 954/2005, de 28 de junio; 1210/2005, de 28 de octubre).

Por lo tanto, o bien el precepto es superfluo o, en el mejor de los casos, debería limitarse a los bienes inmuebles, pero entonces, es inexplicable la diferencia de pena con el tipo básico del 432. Que la acción recaiga sobre bienes muebles o inmuebles no es un dato relevante para la diferencia de pena.

Centésimo septuagésimo segundo

Artículo 434

Este tipo contiene dos causas independientes –unidas por la disyunción “o”- de atenuación especial de la pena: la reparación del daño y la colaboración activa con la autoridad o sus agentes. Existiendo la atenuante genérica de reparación del daño es difícil comprender el sentido de la primera de ellas, la de reparación del daño, máxime cuando no se establece ningún requisito temporal adicional (como sí sucede en el artículo 21.5 CP), de modo que se crea una atenuación más poderosa con menos requisitos para obtenerla. Lo que sí crea es una sensación de condescendencia con los funcionarios públicos, muy pernicioso para la confianza de los ciudadanos en el Derecho.



Centésimo septuagésimo tercero

Artículo 435. Se añade un nuevo número 4

Los bienes que gestiona el administrador concursal no son bienes públicos, ni están en principio embargados, depositados o secuestrados, por lo que la conducta que recoge el nuevo 435.4 CP no tenía cabida en los apartados 1 a 3.

La segunda parte del precepto parece seguir la técnica alemana de los *Regelbeispiele*, esto es, señalar a modo de ejemplo conductas que ya están incluidas en la definición general, dado que no respetar la *par conditio creditorum* ni el orden de prelación, en su caso, es una forma de gestión desleal.

En este caso se produce la misma doble ficción que en el artículo 435.3: ni el sujeto es funcionario, ni los bienes son caudales o efectos públicos.

Centésimo septuagésimo cuarto

Artículo 440. Negociaciones prohibidas

Es este el último de los preceptos del Título XIX que sufre modificación en el Anteproyecto.

Como puede apreciarse, la única novedad del precepto es la ampliación del círculo de posibles autores a “los administradores concursales respecto de los bienes y derechos integrados en la masa del concurso”.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

En el artículo 439, al que se remite el 440 CP, se protege al patrimonio público del peligro que constituye la duplicidad de posiciones del funcionario cuando actúa como tal y también como particular interesado privadamente en la operación (TS 9-12-98). *Mutatis mutandis*, esto vale para la masa concursal respecto de las conductas de los administradores concursales.

Lo que se incrimina con la nueva redacción es el incumplimiento de los deberes de abstención del administrador concursal, con la finalidad de evitar un conflicto de intereses, configurándose esta figura delictiva como un tipo de peligro abstracto, que no requiere un perjuicio real.

Se trata de una instrumentalización o abuso del cargo para obtener ventajas particulares, ya sean económicas o de cualquier otra naturaleza (AP Madrid 12-10-2008), un prevalimiento de la condición de administrador concursal para obtener un interés particular.

Centésimo septuagésimo quinto

Se modifica el artículo 446

Este precepto se refiere a la prevaricación judicial. La reforma no tiene otro alcance que adaptar el tipo, que en su redacción vigente distingue entre sentencias injustas en causas por delitos y en causas por falta a las nuevas categorías, distinguiendo ahora, coherentemente entre sentencias injustas en causas por delito grave o menos grave y sentencias injustas en procesos por delito leve (en lugar de en procesos por falta).



Centésimo septuagésimo sexto

Se modifica el precepto dedicado a la acusación y denuncia falsa (apartado 1 del artículo 456), de nuevo en coherencia con la desaparición de la categoría de las faltas. En vez de castigar la imputación falsa de una falta, ahora se castiga la imputación falsa de un delito leve.

Centésimo septuagésimo séptimo

Se añade un apartado 3 al artículo 468

Se introduce un nuevo tipo, castigando con multa de seis a doce meses, salvo que los hechos estuvieran ya castigados con una pena más grave por alguna otra norma de este Código a *los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento.*

El citado Anteproyecto, en el apartado XIX de la Exposición de Motivos, hace referencia a los problemas que se vienen planteando en relación a determinadas conductas del imputado o condenado tendentes a hacer ineficaz el dispositivo telemático impuesto para el control de la medida cautelar o pena de alejamiento en materia de violencia de género, en la que se alude, expresamente, a la Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2011, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de violencia sobre la mujer.*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Tales conductas, según refiere la propia Exposición de Motivos, consistentes en *“la falta de colaboración para el adecuado funcionamiento de los dispositivos o en no respetar las normas de mantenimiento, bien en dañar intencionadamente los dispositivos ...no serían subsumibles en el tipo penal de quebrantamiento del vigente art.468 del C.P por cuanto no constituyen en sí el contenido de la pena o medida, sino únicamente un instrumento para controlar el cumplimiento de la misma”* Y continúa en esa reflexión apuntando que, *“en su caso, podrían ser constitutivas de un delito de desobediencia...”*

En la Circular 6/2011, a que hace referencia, ya se señalaba que, en tales casos, el imputado o condenado *“no cometería un delito de quebrantamiento de medida cautelar o pena, pues no incumple las prohibiciones impuestas en la resolución judicial, dado que el dispositivo de detección de proximidad, no es más que un mecanismo de control de ejecución de la medida cautelar o pena que no se vulnera...Podría imputarse un delito de desobediencia (artículo 556 del Código Penal),....Además, y en atención al valor pericial de los daños causados, podría haber incurrido en una falta o delito de daños (artículos 625 o 263 del Código Penal)”*.

Sin embargo y pese a todo ello, se concluye en la Exposición de Motivos, que se considera necesario *“tipificar expresamente esas conductas dentro de los delitos de quebrantamiento, a fin de evitar que queden impunes los actos tendentes a alterar el funcionamiento de dichos dispositivos”*.

La ubicación del nuevo delito como una modalidad del delito de quebrantamiento es contraria a las reflexiones previas del propio legislador y puede provocar, finalmente, problemas de interpretación e, incluso, dificultar la adecuada persecución de aquellos actos que sí supondrían un auténtico



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

incumplimiento de la medida cautelar o pena para cuyo control se acordó la imposición de aquellos mecanismos.

El bien jurídico protegido en el delito de quebrantamiento (regulado en el Capítulo VIII del Título XX del libro II del C.P. bajo la rúbrica “*Del quebrantamiento de condena*”), es la efectividad de determinadas resoluciones judiciales, solamente de aquellas que contienen la imposición de una pena o medida cautelar.

La imposición de un dispositivo electrónico, no es una pena ni una medida cautelar (por lo que no se incluyen en el catálogo de penas del art. 33 del C.P. ni entre las medidas cautelares de los arts. 502, 544 bis y 544 ter LECrim), sino, simplemente, es un mecanismo de control de la ejecución de algunas de ellas, por lo que, el propio art. 48 CP, al regular la pena de prohibición de aproximación, dispone, en el párrafo 4, que el juez o tribunal podrá acordar que su “**control** se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan” y el art. 64-3 apartado 2º de la L.O. 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, del mismo modo dispone que “Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para **verificar** de inmediato ...” el cumplimiento de las medidas de prohibición de aproximación.

Por tanto, la conducta en que pueda incurrir un imputado o condenado con el objeto hacer ineficaz el dispositivo que se le ha impuesto para controlar la adecuada ejecución de la medida cautelar o pena de prohibición de aproximación, no supone un incumplimiento de éstas, sin perjuicio de que, además, se acerque a la persona protegida. En tal caso, sólo esta última conducta constituiría un delito de quebrantamiento, mientras que la acción llevada a cabo para burlar la efectividad del dispositivo, podría ser constitutiva



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

de un delito de desobediencia, cuyo bien jurídico protegido es la eficacia de la función pública.

Por ello y como primera reflexión, consideramos inadecuada la inclusión del tipo penal en estudio dentro del Capítulo VIII relativo al delito de quebrantamiento de condena, considerando que debería ser regulado como una modalidad del delito de desobediencia del art. 556 del C.P.

Por otra parte, examinando la redacción dada al tipo penal propuesto en el Anteproyecto, se observa que el mismo incluye una amalgama de verbos (inutilizar, perturbar, no llevar consigo, omitir medidas) para acotar las acciones que se pretenden delictivas que pudieran llevar a una confusión indeseable en el ámbito penal.

Las conductas que se pretenden sancionar son, en definitiva, aquellas acciones u omisiones voluntarias del condenado o imputado que dificultan el adecuado funcionamiento de tales dispositivos, que pueden ser de gran variedad, y que, como ya se apuntaban en la Circular 6/2011, se concretan en aquellas que provocan la ineficacia del sistema sin causar daños al dispositivo (no cargar de forma contumaz la batería o alejarse reiteradamente de la unidad Track 2), o las que conllevan la fractura de alguno de sus mecanismos (rotura del brazaletes).

Por ello consideramos que debería abordarse una redacción en la que se concretaran las acciones punibles más graves, a fin de evitar que puedan ser objeto de persecución o sanción aquellas otras que por ser de menor entidad o no ser reiterativas deban quedar al margen del Derecho Penal.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Entendemos, igualmente que las modalidades de perturbación del funcionamiento y de omisión de medidas de mantenimiento debieran ir precedidas del inciso “a propósito” para evitar la tipicidad de conductas carentes del necesario contenido de antijuridicidad material y con infracción del principio de subsidiariedad y de intervención mínima.

Por otra parte, y partiendo de la propia Exposición de Motivos, se advierte que la finalidad del legislador es la de procurar dar una respuesta penal adecuada a aquellas conductas cuando afectan a los dispositivos impuestos para el control de las penas y medidas de seguridad o cautelares de alejamiento, y no otros como pudieran ser los de localización, pues es en aquellos donde se producen las peculiaridades jurídicas a que se refiere el legislador, por lo que sería necesario que se identificaran tales dispositivos como los “impuestos para el control de las penas contempladas en el art. 48-1 y 2 del C.P. o medidas de seguridad o cautelares de igual naturaleza”.

La redacción debe posibilitar la sanción expresa de la causación intencionada de daños al dispositivo que determinen su ineficacia y aquellas otras conductas, por acción u omisión, que de forma reiterada lleva a cabo el imputado o condenado para conseguir la misma finalidad.

En cuanto al concurso de normas, el precepto analizado del Anteproyecto finaliza disponiendo que tales acciones serán castigadas con la pena de 6 a 12 meses de multa *“salvo que los hechos estuvieren ya castigados con una pena más grave por alguna norma de este Código”*, resolviendo, de forma expresa, el concurso de normas penales en base al principio de alternatividad- art. 8.4 CP-, excluyendo, por tanto, el resto de criterio establecidos en tal precepto.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Partiendo de la ubicación, en nuestra opinión inadecuada, que en el Anteproyecto se hace del nuevo tipo penal, los hechos sólo podrían subsumirse en otros dos tipos penales, castigados con penas más graves:

- en el delito de desobediencia, que en la nueva redacción viene castigado con una pena de 3 meses a 1 año de prisión o multa de 6 a 18 meses;
- o un delito de daños que vendría castigado, según el anteproyecto, con pena de 6 meses a 24 meses de multa, en el caso de que fuere un delito menos grave o de multa de 1 a 3 meses si fuere sólo constitutivo de un delito leve, según la propia redacción (art. 263.1) .

Este argumento redundaría en la inadecuada inclusión de este tipo nuevo penal en el delito de quebrantamiento pues, los hechos, en la mayoría de las ocasiones, serán también subsumibles en un delito de desobediencia o en un delito de daños menos graves (en atención al alto valor de estos dispositivos), delitos, en ambos casos, sancionados con penas mayores que la prevista para el nuevo tipo penal que tratamos, lo que determinará su nula aplicación y refrenda nuestra postura en orden a la adecuada ubicación como una modalidad del delito de desobediencia.

En consecuencia, y necesariamente, se habría de prescindir de la fórmula final relativa al concurso de normas comentada, pero debería incluirse en el precepto aquella que permita que el que cometa esas conductas, sea también condenado por un delito de quebrantamiento cuando, además, se aproxima a la persona protegida. De esta manera se impediría, de forma positiva, la aplicación a estos supuestos, en los que el plus de antijuridicidad es mayor, de las normas relativas al concurso medial que primarían a aquel imputado o condenado que no sólo desobedece a la autoridad judicial haciendo ineficaz el



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

dispositivo que se le ha impuesto, sino que ha vulnerado la medida cautelar o pena de alejamiento que se impuso para proteger a la víctima.

Recapitulando, se sugiere que se regule el delito como una modalidad del delito de desobediencia del art. 556 del C.P. y no como un delito de quebrantamiento de condena.

Se propone como redacción la siguiente, añadiendo un párrafo 2º al art. 556, con el siguiente contenido:

Los que de propósito inutilicen los dispositivos impuestos para el control de las penas contempladas en el art. 48-1 y 2 del C.P. o de las medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza, o de forma contumaz o reiterada impidan su adecuado funcionamiento incumpliendo las instrucciones que le fueron facilitadas a tal fin, serán castigados con una multa de 6 meses a doce meses, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por el delito de quebrantamiento si se hubiera incumplido la medida o pena para cuyo control se impuso el dispositivo.

Centésimo septuagésimo octavo

Se modifica el artículo 485, dedicado al homicidio del Jefe del Estado. La modificación tiene por finalidad aplicar a este tipo la nueva pena de prisión permanente revisable, pero sólo cuando el sujeto pasivo es el Rey o el Príncipe heredero de la Corona

La penalidad se mantiene (prisión de veinte a veinticinco años) para el resto de los sujetos pasivos contemplados en el tipo (cualquiera de los ascendientes o



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

descendientes del Rey, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia)

También se añade acertadamente la cláusula que deja a salvo los supuestos en los que los hechos estuvieran castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código.

Parece suficientemente justificada la previsión de la nueva pena más grave para estos supuestos, en atención a los bienes jurídicos protegidos del máximo rango y parece también adecuado que, no obstante se limite a los casos de mayor lesividad por la índole de los cargos de los sujetos afectados (el Rey o el Príncipe heredero).

Centésimo septuagésimo noveno

Artículo 510

Este precepto debe ponerse en relación con la **Disposición Derogatoria Única. 2.** Se deroga el número 2 del artículo 607 del Código Penal.

La reforma sigue de cerca el apartado 1.1 del Capítulo IV de la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2012, donde se proponían una serie de planteamientos para acometer una reforma de los delitos relativos a los discursos del odio.

En dicho texto se proponía, en primer lugar, que teniendo en cuenta que el uso del verbo *provocaren* en el texto vigente del artículo 510.1 CP, ha generado disquisiciones doctrinales acerca de si la conducta debe enmarcarse o no en la provocación en sentido técnico (art. 18 CP), deberían introducirse en su lugar



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

como verbos típicos los de *incitaren, promovieren y difundieren*. El texto del Anteproyecto, en la primera de las conductas punibles, la del 510.1. a) utiliza los verbos nucleares “fomenten, promuevan o inciten” mientras que las conductas de distribución pasan al nuevo artículo 510.2. a).

En segundo lugar, la Memoria de la Fiscalía General del Estado proponía que, junto a la *discriminación, al odio o a la violencia*, se incluyera el término *hostilidad*, por estar previsto en el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Este término aparece ahora recogido en el 510.1 a) del texto del Anteproyecto.

La Memoria también sugería las siguientes modificaciones:

A fin de evitar una banalización del núcleo de prohibición, la descripción típica debe exigir que las conductas tengan un mínimo potencial de eficacia incitadora de comportamientos discriminadores. En este sentido, el nuevo 510.1 b) recoge una mención a la *lesión de la dignidad de las personas*.

La nueva redacción debería aclarar que sujeto pasivo del delito no son solo los grupos o asociaciones, sino también las personas físicas individualmente consideradas que pertenecen a ellos. Esta mención aparece ahora tanto en el 510.1 a) como en el 510.1 b), 510.2 a), b) y c). Esta referencia es muy importante, dado que no han faltado las sentencias que excluyen la tipicidad de los hechos cuando la provocación se dirige contra personas concretas, aunque pertenezcan a esos grupos que se trata de proteger (SAP Madrid, Sección 16ª, 19 marzo 2001, en la que se absuelve a los participantes en una manifestación convocada para protestar contra una agresión cometida por personas de nacionalidad rumana, al no constituir una provocación a la discriminación, al



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

odio o a la violencia xenófoba, en general o en particular, contra todos los rumanos).

El término “minusvalía” debe ser sustituido por el de “discapacidad”, lo que sucede en los mismos apartados acabados de señalar (y en el artículo 25 CP).

Añadir en el artículo 510 CP un apartado sobre el enaltecimiento o la justificación *a posteriori* de los delitos cometidos con este tipo de modificación, lo que se lleva a cabo en el artículo 510.2 c) del Anteproyecto.

Incorporación de una previsión específica sobre responsabilidad de las personas jurídicas (art. 31 bis CP) y de las organizaciones sin personalidad jurídica (art. 129 CP) por la que se declare la aplicabilidad de las penas previstas en el artículo 33.7 CP. Esta sugerencia es recogida en el nuevo artículo 510 ter CP.

Introducir la posibilidad de clausura de páginas web, blogs o cualesquiera medios técnicos empleados en la comisión del delito, tanto en su modalidad cautelar como definitiva. Esto aparece en el nuevo 510.3 CP.

Finalmente, el art. 607.2 CP, especialmente a la vista de la propia doctrina constitucional y del contenido de la Decisión Marco 2008/913/JAI, debería ser readaptado para volver a incluir el negacionismo de forma que, simultáneamente, se respete la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, que declaró inconstitucional la mención a “nieguen o” por la falta de elementos adicionales que el Tribunal no podía añadir sin convertirse en legislador. En la Memoria se proponía como modelo el artículo 240.2 b) del Código Penal portugués, que castiga al que *difame o injurie a una persona o a un grupo de personas por motivo de su raza, color, origen étnico o nacional, religión, sexo u*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

orientación sexual, especialmente a través de la negación de crímenes de guerra o contra la paz o contra la humanidad. De este modo, cabría sancionar penalmente el negacionismo no en cuanto tal, esto es, como mera negación de un acontecimiento histórico, -tipificación incompatible con la libertad de expresión-, sino en un contexto de incitación al odio o de injurias contra el colectivo protegido, es decir, en un verdadero contexto de abuso de la libertad de expresión.

En este sentido es un acierto la derogación del 607.2 CP y su traslado al 510, donde su ubicación es mucho más correcta porque la STC 235/2007 estableció una diferencia entre incitación directa (incluida en el 615 CP) e incitación indirecta (art. 607.2 CP) que no deja de plantear problemas de practicidad. Por ello lo lógico era trasladar este contenido al artículo 510, como hace el Anteproyecto al referirse a la incitación *directa o indirecta* en el art. 510. 1 a) del texto del Anteproyecto, aunque esta solución plantea un nuevo problema: el Tribunal Constitucional llegó a esta solución por las diferencias de pena entre el 615, el 510 y el 607.2. Sin embargo, ahora el prelegislador parifica las penas, en el 510.1 a), entre las conductas que directa o indirectamente fomenten este tipo de conductas de odio.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto justifica así la reforma que propone: *Se modifica la regulación de las conductas de incitación al odio y a la violencia por un doble motivo: de una parte, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías; y de otra, se trata de conductas que deben ser objeto de una nueva regulación ajustada a la Decisión Marco 2008/913/JAI, que debe ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico.*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Se regulan conjuntamente, y de un modo ajustado a la exigencia de la Decisión Marco 2008/913/JAI, más amplio que el actual, los antiguos artículos 510 y 607 del Código Penal. El cambio de ubicación del artículo 607 viene justificado por el propio texto de la Decisión Marco y por el hecho de que el Tribunal Constitucional haya impuesto que la negación del genocidio solamente puede ser delictiva como forma de incitación al odio o a la hostilidad. De igual forma, la Decisión Marco impone la tipificación de la negación del genocidio en la medida en que se trate de una forma de incitación al odio contra las minorías. La nueva regulación tipifica dos grupos de conductas: de una parte, y con una penalidad mayor, las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios, así como aquellas que puedan entrañar humillación o menosprecio contra ellos; y de otra parte, la producción o distribución de los materiales que por su contenido sean idóneos para incitar al odio o a la violencia contra minorías, el enaltecimiento o justificación de los delitos de que pudieran haber sido objeto, o la negación, apología o trivialización grave del genocidio, cuando de ese modo se favoreciera el odio o la violencia contra los grupos mencionados.

Entramos ahora al análisis de los tipos concretos:

El art. 510.1 a) plantea la equiparación punitiva entre las conductas de fomentar, promover o incitar *directa o indirectamente*. El Tribunal Constitucional realizó en la STC nº 235/2007 la distinción fundándose en las diferencias punitivas entre los vigentes 615, 510 y 607.2 CP. El tipo, apartándose de todos los modelos de derecho comparado no exige publicidad a las conductas, lo que supone una indebida extensión de la punibilidad. Este elemento va implícito en el parágrafo 130 CP alemán al exigir éste que la conducta se realice “de una manera apropiada para perturbar la paz pública”, lo exige el artículo 23 de la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ley de Prensa francesa de 1881 (en relación con el 24 in fine): “ya por medio de discursos, gritos o amenazas, proferidas en lugares o en reuniones públicos, ya por escritos, impresos, dibujos, grabados, pinturas, emblemas, imágenes o cualquier otro soporte de escritura, palabra o imagen vendidos o distribuidos, puestos en venta o expuestos en lugares o reuniones públicos, ya por carteles de anuncio o pasquines expuestos para la contemplación pública, ya por todo medio de comunicación pública por vía electrónica”; el 137 c) 1 del Código penal holandés (el que en público, oralmente o por escrito, o por grabado, dolosamente opina ofensivamente sobre un grupo de seres humanos por razón de su raza, su religión, convicciones vitales, su orientación hetero u homosexual, o su minusvalía corporal, psíquica o intelectual), el 240.2 del Código portugués (el que, en una reunión pública, por escrito destinado a la divulgación, o a través de cualquier medio de comunicación social o sistema informático destinado a la divulgación), el 283 del código austriaco (el que públicamente de un modo que sea adecuado para poner en peligro el orden público o perceptible para un amplio público), el 261 bis del código penal suizo (el que públicamente). Cuando la conducta tiene lugar en el ámbito privado, en círculos familiares o de amigos, o en un entorno teñido por una confianza especial o por relaciones personales la conducta no debe ser punible. Es preciso que la reunión sea pública, aunque el acceso esté permitido solo a un público especial o haya un control de acceso, como señala la jurisprudencia suiza.

El apartado b) del art. 510.1 sustituye a la injuria colectiva del vigente art. 510.2. Su gran acierto es la mención a la dignidad humana. El precepto muestra una fuerte influencia alemana, dado que el parágrafo 130.1.2 del código alemán castiga con pena al que, de una manera apropiada para perturbar la paz pública, *ataca la dignidad humana de otros injuriando, desacreditando maliciosamente o denigrando a un grupo predeterminado, a*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

una parte de la población o a un individuo por su pertenencia a un grupo predeterminado o a una parte de la población. Es de señalar que la doctrina alemana subraya que a cada derecho fundamental le corresponde un núcleo de dignidad humana. Esta dignidad se ataca cuando se discute el derecho a la vida de ciertas personas (BGHSt 29, 26), cuando los seres humanos son diferenciados, y se niega su derecho a la vida como personalidad de igual valor en la comunidad o son tratadas como personas de menor valor. Lo que se persigue con estas acciones es negar a determinadas personas el derecho a una personalidad de igual valor (punto en el que se unen la dignidad humana y la igualdad de las personas), y así tratarlos como seres de inferior valor. Se echa de menos, en todo caso, que en este tipo no se contemple de forma explícita como sujeto pasivo a las asociaciones.

El apartado a) del número 2 del 510 contiene conductas de distribución de escritos idóneos para fomentar las conductas de odio. Este tipo también muestra una clara influencia del apartado segundo del párrafo 130 alemán (Volksverhetzung), que castiga con penas de hasta tres años o multa al que:

1. (a) difunda
 - (b) exponga públicamente, fije, exhiba, o haga de otro modo accesibles,
 - (c) ofrezca, entregue o ponga a disposición de un menor de 18 años o
 - (d) crea, adquiere, suministra, almacena, ofrece, anuncia, recomienda, emprende la importación o exportación, para utilizarlos o utilizar trozos extraídos de ellos, en el sentido de la letras a) a c), o para facilitar a otro tal utilización, escritos (párrafo 11 sección 3) que incitan al odio contra un grupo predeterminado, partes de la población o contra un individuo por su pertenencia a un grupo predeterminado o a una parte de la población, exigen medidas violentas o arbitrarias contra ellos, o atacan su dignidad humana injuriándolos, desprestigiándolos maliciosamente o difamándolos, o



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

2. difunde una representación del contenido determinado en el número 1 por radio, televisión o medios de comunicación.

La legislación holandesa también contiene una cláusula limitativa en el art. 137 e) 1 (por razones distintas de la necesidad de informar objetivamente).

La crítica que se puede hacer a este precepto es que no contenga una cláusula de adecuación similar a la que introduce el apartado 5 del precepto alemán que, al remitirse al párrafo 86.3, establece que la acción no es punible si se actúa con finalidades artísticas, científicas o de aclaración. Se trata de una fórmula de adecuación social para garantizar la libertad de opinión –en España, especialmente reforzada, como hemos expuesto anteriormente-.

-El apartado b) del número 2 del 510 castiga, como ya se dijo, el enaltecimiento o justificación *a posteriori* de acciones que persigan las finalidades de odio. También se sigue aquí la estela del derecho alemán, que penaliza estas conductas en el 130.3 y 4 (con los verbos rectores aprobar y justificar).

El apartado c) del número 2 del 510 junto con la trivialización grave y la apología del genocidio, los delitos de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (declarados probados por los Tribunales de Nürenberg u otros Tribunales Internacionales), penaliza la llamada *mentira de Auschwitz cualificada*, en la que además de la negación del Holocausto es precisa la intención de atacar a la dignidad humana de las víctimas o de contribuir a la violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos afectados. Por lo tanto, se añaden elementos adicionales para superar el test de constitucionalidad establecido en la STC nº 235/2007, y para distinguir la conducta de la perseguida en el artículo 615 CP.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

El precepto es similar a otros de derecho comparado. Así, el art. 24 bis de la Ley de Prensa francesa (Serán castigados con las penas previstas en el sexto apartado del art. 24 los que hayan negado, por uno de los medios previstos en el art. 23, la existencia de uno o de varios crímenes contra la humanidad tal y como han sido definidos por el art. 6 del estatuto del tribunal militar internacional anexo al acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, y que hayan sido cometidos por los miembros de una organización declarada criminal en aplicación del art. 9 del citado estatuto, o por una persona reconocida culpable de tales crímenes por una jurisdicción francesa o internacional), los apartados 3 y 4 del parágrafo 130 alemán ((3) con pena de prisión de hasta cinco años o multa será castigado el que, públicamente o en una reunión, apruebe, niegue o minimice una acción del parágrafo 6 sección 1 del código penal internacional cometida bajo el dominio nacionalsocialista, de un modo que sea apropiado para perturbar la paz pública. (4) con pena de hasta tres años de prisión o multa será castigado el que, públicamente o en una reunión, perturbe la paz pública de una manera que lesione la dignidad de las víctimas, aceptando, enalteciendo o justificando la tiranía y el despotismo nacionalsocialistas), al ya citado 240.2 CP portugués, al parágrafo 3 h) de la *Verbotsgesetz* austriaca de 1947 en su redacción de 1992 (Será también castigado por el parágrafo 3 g, el que en una obra impresa, en la radio o en otro medio, o el que de otro modo accesible a muchas personas públicamente niegue, minimice groseramente, apruebe o trate de justificar el genocidio nacionalsocialista u otros delitos nacionalsocialistas contra la humanidad), y al 261 bis (párrafo 4) del código suizo (El que públicamente desacredite de una manera contraria a la dignidad humana a una persona o un grupo de personas por razón de su raza, etnia o religión, por medio de palabras, escritos, ilustraciones, gestos, actos violentos o de otro modo, o los discrimine o por uno de esos motivos niegue genocidios u otros crímenes contra la humanidad, los minimice groseramente o trate de justificarlos).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

El problema que plantea este tipo -aunque tanto la STC nº 235/2007 (FJ 9), como la STS nº 259/2011, de 12 de abril (FJ 1.7) hagan mención a la creación de un “clima” que pueda dar lugar a la comisión de actos concretos de discriminación-, es precisamente la utilización de este término, dado el debate dogmático acerca de si “el clima” requiere un contexto previo de crisis o de si se trata de proteger a los menores de edad que aún no están suficientemente formados o si no requiere tales elementos y cómo se mide entonces y su vinculación con el antes expuesto “efecto desaliento”. Se entiende por ello más adecuado utilizar el término “actitud” en lugar del “clima”. Por otra parte, en el apartado 2, c) del art. 510, convendría completar la descripción típica recogida en el mismo con la mención a que la conducta suponga asimismo “ensalzamiento de los genocidas o descrédito, menosprecio o humillación de sus víctimas” pues esta suele ser una forma muy caracterizada de negación del genocidio.

Finalmente el apartado 3 del 510 establece el borrado, destrucción o inutilización de los archivos que hayan sido objeto del delito y el cierre de páginas web. Algunas sentencias, como la de 26 de enero de 2012 del Juzgado de lo Penal nº 7 de Barcelona han acordado el cierre de páginas web, pero es un avance que tal posibilidad figure en el Código Penal.

Centésimo octogésimo

Artículo 510 bis

Agravaciones similares existen en el derecho holandés (cuando el hecho es cometido por una persona que de ello hace una profesión habitual o por dos o más personas unidas), y en Italia, en el artículo 3.2 de la Ley 654/75 de 13 de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

octubre. Convendría que el subtipo hiciese referencia no sólo a organizaciones delictivas sino también a los grupos criminales, para completar el supuesto de hecho de la agravación.

En el párrafo segundo parece existir un error cuando remite las penas a las superiores en grado “a las previstas en el *artículo* anterior”. Parece, del contexto, que debería decir “a las previstas en el *apartado* anterior”, de modo que existiera una primera agravación para los miembros de la organización y una segunda para los dirigentes.

Centésimo octogésimo primero

Artículo 510 ter

Dado el sistema de *numerus clausus* de responsabilidad penal de las personas jurídicas, este precepto permitirá la aplicación a las mismas de lo dispuesto en el art. 31 bis CP.

Centésimo octogésimo segundo

Artículo 515

Las modificaciones afectan al número uno, donde se suprime la referencia a la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada, dado que desaparecen del código penal con la derogación del libro tercero, y al número cuatro (actual número cinco).

En este último apartado se coordina la redacción con la establecida en el nuevo artículo 510: a) junto a las conductas de promoción, se añaden el fomento y la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

incitación; b) se añade la hostilidad, además de la violencia, el odio y la discriminación; c) se menciona a los miembros individuales de los grupos; d) se sustituye “minusvalía” por “discapacidad”.

El precepto tiene el defecto técnico de no suprimir el último inciso “o inciten a ello”, que resulta redundante pues el incitar ya está incluido al principio.

Centésimo octogésimo tercero

Artículo 550

En el nº 1 de este artículo se realiza una descripción más exhaustiva de las conductas integradoras del delito de atentado en relación a la redacción actualmente vigente. Así, manteniéndose el acometimiento como una de las acciones que dan lugar a dicha figura delictiva, se emplea el verbo “agredir” en lugar de “emplear fuerza”. Debe valorarse positivamente tal expresión ante las dificultades interpretativas que la misma planteaba. Por otra parte, la intimidación grave concebida en la redacción actual como conducta autónoma se orienta en la redacción del Anteproyecto, junto con la violencia, a oponer resistencia a la autoridad, sus agentes o funcionarios públicos, de manera que la resistencia, para que merezca la calificación de atentado debe venir acompañada de violencia o intimidación grave, por lo que la resistencia meramente pasiva sigue integrándose en la figura más benigna del art. 556. No obstante, la redacción proyectada introduce un indeseable margen de imprecisión, al dejar fuera del tipo penal las conductas de intimidación grave que por no suponer el ejercicio de fuerza no entrañen resistencia. Parece aconsejable que estos supuestos de intimidación grave queden comprendidos de manera explícita en la descripción típica del delito, tal y como se hace en la redacción actual del precepto.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

En cuanto a la distinción entre atentado y resistencia, la STS de 16 de octubre de 2006, señala que *a propósito de la distinción entre el atentado y la resistencia, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que responden a una misma consideración, a una misma finalidad incriminatoria, al mismo ámbito y a la misma naturaleza jurídica (entre otras, STS de 5/6/00). La distinción entre un delito y otro, siendo residual el segundo (artículo 556) respecto del primero (artículo 550), se ha basado desde siempre en el entendimiento de asignar al tipo de atentado una conducta activa, en tanto que configura el de resistencia no grave o simple un comportamiento de pasividad.*

Este criterio se refuerza desde la publicación del Código Penal de 1.995, por cuanto el artículo 550 incorpora la expresión activa aplicada a la resistencia grave, pues constituye una de las formas del delito de atentado, junto al acometimiento, el empleo de fuerza o intimidación frente a la autoridad o sus agentes o funcionarios públicos. Por su parte, el artículo 556, que no menciona a estos últimos entre los sujetos pasivos del delito, se limita a exigir la resistencia sin especial calificación a la autoridad o sus agentes, equiparándola a la desobediencia grave, todo ello siempre que aquéllos se encuentren en el ejercicio de sus funciones.

Existe una corriente jurisprudencial que, acogiendo ciertas críticas que acusaban una interpretación extensiva del tipo de atentado-resistencia conforme a la distinción anterior, ha atenuado la radicalidad de tal criterio, dando entrada en el tipo de resistencia no grave “a comportamientos activos al lado del pasivo que no comportan acometimiento propiamente dicho”. Las SSTS de 18 de marzo de 2.000 y de 22 de diciembre de 2.001 se refieren a la resistencia típica como aquella consistente en el ejercicio de una fuerza eminentemente física, que supone el resultado exteriorizado de una oposición resuelta al cumplimiento de aquello que la autoridad y sus agentes conceptúan necesario, en cada caso, para el buen desempeño de sus funciones, de forma



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

que si dicha resistencia se manifiesta de forma activa y alcanza los caracteres de grave, entra en la figura del artículo 550 del C.P. Por ello, los elementos normativos a ponderar se refieren, por una parte, a la actividad o pasividad de la conducta del sujeto activo, y, por otra, a la mayor o menor gravedad de la oposición física del mismo sujeto al mandato emanado de la autoridad o sus agentes en el ejercicio legítimo de sus funciones (STS de 15 de marzo de 2.003)”.

En cuanto a la penalidad prevista en el nº 2 de este artículo y en relación con la atribuida actualmente, se rebaja el suelo de la misma en lo que se refiere a la pena privativa de libertad, ya que actualmente la pena prevista para los atentados cometidos contra la autoridad se encuentra comprendida entre los dos y los cuatro años de prisión, mientras que en el Anteproyecto la pena tiene una duración mínima de un año y un máximo de cuatro. Del mismo modo ocurre con la pena prevista para el atentado en los demás supuestos en los que el límite inferior de la pena de prisión se sitúa en los seis meses de prisión en lugar de un año, manteniéndose el límite máximo en los tres años.

Con acierto se incluye en el nº 3 como sujetos pasivos del delito de atentado *superagravado*—manteniéndose la misma penalidad— a los Jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal.

De acuerdo con la redacción actual del artículo 551 resulta claro que los atentados contra Jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal tienen su encaje en el nº 1 de dicho precepto, el tener la consideración de autoridad conforme a lo establecido en el art. 24 del Código Penal. Las razones por las que los redactores del Anteproyecto sitúan a estas autoridades como sujetos pasivos idóneos del tipo agravado de atentado deben buscarse en la necesidad de protección de la función pública que las mismas desarrollan, posibilitando el



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

desempeño de sus funciones de garantía y protección sin interferencias ni obstáculos, cuya alteración supone un perjuicio para los ciudadanos.

Centésimo octogésimo cuarto

Artículo 551

En cuanto al nº 1 de este artículo, la redacción actual del mismo exige que la agresión se verifique con armas u otro medio peligroso. El TS interpretaba el precepto de la siguiente manera *“Agresión, según el Diccionario de la Academia de la Lengua Española, en la acepción que ahora nos interesa, significa “acto de acometer a alguno para matarlo, herirlo o hacerle daño”, lo que no ocurre cuando el arma de fuego se utiliza sólo para amenazar, aunque la amenaza se dirija contra un agente de la autoridad y apuntándole directamente, que es lo que aquí ocurrió.*

De otro modo nos encontraríamos ante una aplicación extensiva de la norma en contra del reo, que violaría el principio de legalidad.

En este mismo sentido se han pronunciado tres recientes sentencias de esta Sala, la de 5.11.98, relativa a un caso de intimidación con navaja, y las de 23.3.99 y 21.1.2000 que contemplan supuestos en que también se encañonó a un policía con una pistola, como aquí ocurrió. En la primera y tercera se eliminó por el T.S. la agravación específica del art. 552.1ª EDL que se había apreciado en la sentencia de la Audiencia Provincial, mientras que en la segunda se respetó la calificación de atentado simple, que había hecho la Audiencia Provincial sin aplicar el art. 232.1º CP anterior, equivalente al actual 552.1ª.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

No cabe confundir el uso de armas o medios peligrosos que cualifica, por ejemplo, el delito de robo en el art. 242.2 CP, y la agresión con armas u otro medio peligroso aquí contemplado. Cuando se amenaza con la exhibición de una pistola hay uso de arma, pero para que pueda hablarse de agresión tiene que existir algo más, algún acto de acometimiento que, cuando de arma de fuego se trate, puede consistir en el hecho de disparar (STS de 29 de enero de 2000).

La redacción propuesta por el Anteproyecto se refiere expresamente a hacer uso de las armas, por lo que en definitiva, se incorpora la interpretación que la jurisprudencia venía haciendo del precepto vigente.

Se equiparan a efectos de esta figura agravada de atentado, el lanzamiento de objetos contundentes, líquidos inflamables o corrosivos. En este caso, de acuerdo con la redacción del nº 2 de este precepto, no se precisa que en la agresión se empleen tales medios o que se haga uso de los mismos, bastando el lanzamiento de los mismos sin mayor precisión. La interpretación de tal precepto no puede hacerse sino entendiendo que mediante tales conductas se ponga en peligro la vida o se puedan causar lesiones graves a los sujetos pasivos del atentado Como dice la Sentencia de 20 de diciembre de 2000 del T.S., “el concepto de “medio peligroso” que emplea el tipo penal ha sido integrado por la jurisprudencia, particularmente para el delito de robo con intimidación. Por tal hemos considerado todo instrumento con un poder mortífero o vulnerante potenciando o consolidando la fuerza que naturalmente secunda la aviesa intención de su portador (STS 6.11.90 y 8.2.2000) de lo que resulta que han de integrarse a ese concepto aquellos medios que objetivamente sean potencialmente peligrosos para la vida e integridad física, aumentando o potenciando la capacidad agresiva del autor”.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Se recoge en el nº 3 de este artículo lo que venía siendo una práctica jurisprudencial consolidada de considerar el vehículo de motor como instrumento peligroso a los efectos de la figura agravada del atentado. Así, Sentencias del Tribunal Supremo de 27-4-95, 11-4-00, 29-5-01, 23-1-08, 26-2-09 y 6-10-10, entre otras. En esta última, después de reiterar la consideración del automóvil como instrumento peligroso, afirma que cuando es lanzado contra una persona se incrementa de forma muy relevante la potencialidad lesiva del acto agresivo.

Los supuestos agravados de la figura del atentado cualificado se cierran con un enunciado que comprende cualquier acción que conlleve un peligro para la vida o que pudiera causar lesiones graves, debiendo entenderse por tales las de los artículos 149 y 150 CP.

Sería conveniente, para mejorar la ordenación sistemática de estos preceptos, que el art. 550 recogiese la descripción del tipo de atentado, el 551 estableciese la pena aplicable y el 552 –que en el Anteproyecto queda vacío de contenido- se aprovechara para recoger los subtipos cualificados.

Centésimo octogésimo quinto

Artículo 554

Debe destacarse la novedad que supone la introducción del nº 3 de este artículo al incluir también como sujetos pasivos del delito de atentado a los bomberos, personal sanitario o equipos de socorro que se encuentren interviniendo en un siniestro, calamidad o emergencia con la finalidad de impedirles el ejercicio de sus funciones. No se desnaturaliza el delito de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

atentado de una manera absoluta, cuyo bien jurídico protegido radica en la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas, más que el principio de autoridad (SSTS de 22-12-2001 y 18 de febrero de 2003) al incluir como sujetos pasivos a personas que puedan no gozar de la condición de autoridad o funcionario público, pues en ningún caso el precepto exige que ostenten tal condición. En este sentido puede decirse que en el caso de que tales servicios de emergencia estén prestando auxilio en cualquier siniestro, se les asimila a efectos del delito de atentado a los funcionarios públicos en función del especial servicio público que en ese momento están prestando. Por ello el precepto exige como elemento subjetivo, que el acometimiento, empleo de violencia o intimidación grave se dirijan a impedir el desempeño de las funciones que tienen encomendadas en momentos de tanta trascendencia como son los descritos en este número. Basta por lo tanto la finalidad de obstaculizar el servicio que prestan, sin necesidad de que éste llegue realmente a impedirse.

El vaciamiento del art. 555 podría solucionarse manteniendo en el art. 554 su apartado 1 relativo a los atentados contra miembros de las fuerzas armadas y trasvasando a aquél los apartados 2 y 3 del 554, respecto a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, y bomberos y miembros del personal sanitario y equipos de socorro.

Centésimo octogésimo sexto

Artículo 556

En relación con la redacción actual de este artículo, tan sólo cabe mencionar una atenuación del rigor punitivo, al poder sancionarse ahora la resistencia no



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

grave o la desobediencia grave con la pena de tres meses a un año o con la de multa de seis a dieciocho meses.

Centésimo octogésimo séptimo

Artículo 557

La diferencia que se advierte entre el nº 1 de este artículo del Anteproyecto y el nº 1 del actual art. 557 estriba en que el primer caso las conductas que se describen deben ir encaminadas a alterar la paz pública -“con el fin de atentar contra la paz pública”, dice el precepto- mientras que en el Anteproyecto el propósito de alterar la paz pública deber conseguirse con los actos que se mencionan.

En el nº 2 se describe un supuesto de provocación para la comisión del delito previsto en el nº 1. Su referencia a la actuación sobre el grupo o sus individuos “reforzando su disposición a llevarlas a cabo” (las acciones integrantes de desórdenes públicos), resulta excesivamente laxa y genérica, por lo que se recomienda su supresión.

Centésimo octogésimo octavo

Artículo 557 bis

Contempla este artículo el tipo agravado de desórdenes públicos. Lo primero que cabe destacar es la redacción dada al párrafo primero de este artículo cuando señala que el tipo agravado se aplica cuando concurren “algunas” de las circunstancias que enumera. Ello puede dar lugar a interpretar que es necesario que se den dos o más circunstancias para que se incremente el rigor



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

punitivo. Entendemos que una más correcta redacción debería expresar la concurrencia de “alguna” de las circunstancias que se recogen.

La agravación contenida en el nº 1 sólo puede entenderse aplicable a quienes efectivamente porten el arma o instrumento peligroso o exhiban el arma de fuego simulada o bien que, teniendo conocimiento del porte o exhibición por otras personas, consientan en ello, conforme a lo dispuesto en el art. 65.2 del Código Penal.

Centésimo octogésimo noveno

Artículo 557 ter

Se introduce este nuevo artículo relativo a la ocupación o invasión contra la voluntad de su titular de un inmueble, despacho, oficina, establecimiento o local.

Este nuevo precepto plantea en primer lugar su relación con los artículos 202 y 203 que regulan respectivamente el allanamiento de morada y el allanamiento de inmuebles que no constituyen morada y con la falta del art. 635 del Código penal vigente que sanciona el mantenimiento contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica, despacho profesional, o establecimiento mercantil o local abierto al público, falta que en el Anteproyecto que se comenta se muta a delito, constituyendo el supuesto del nº 2 del art. 203.

Dejando a un lado el allanamiento de morada regulado en el art. 202, los demás preceptos mencionados tienen en común la entrada en un espacio que no tiene la consideración de morada, entendida ésta como un determinado



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

espacio físico cuyo titular reserva y excluye del conocimiento ajeno, salvo que medie su consentimiento o autorización judicial, y que resulta apto para el desarrollo de su vida privada. En efecto, el domicilio de las personas jurídicas, los despachos profesionales o los establecimientos abiertos al público no constituyen morada en el sentido del art. 18.2 de la Constitución, aunque en ellos se desarrollen actividades con incidencia en la intimidad de las personas.

De manera que la delimitación de conductas y bienes jurídicos protegidos hay que efectuarla entre el art. 557 ter y el art. 203. Lo primero que hay que resaltar es que los redactores del Anteproyecto incardinan este artículo en el capítulo III “De los desórdenes públicos” dentro del Título XXII “Delitos contra el orden público”, por lo que el bien jurídico protegido no es tanto la propiedad como el orden público.

Las notas diferenciadoras entre este nuevo tipo y el previsto en el art. 203 pueden cifrarse en las siguientes:

- El art. 557 ter exige la actuación en grupo, no siendo, pues, suficiente la actuación individual.
- El establecimiento o local deben estar abiertos al público, debiendo entenderse que debe tratarse dentro de las horas de apertura a la vista del requisito que se menciona a continuación.
- Es necesario que se cause una perturbación “relevante” de su actividad normal.
- Finalmente, la entrada en el inmueble debe ser mediante “invasión u ocupación”.

El término invadir, según el significado de la Real Academia Española significa “entrar por fuerza en un lugar”.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

La introducción del verbo “ocupar” puede inducir a confusión, al ser el mismo verbo empleado por el legislador a la hora de definir la usurpación de un bien inmueble en el art. 245, en el que la ocupación del mismo, vivienda o edificio ajeno o el mantenimiento en él se realiza con cierta vocación de permanencia. Como señalábamos anteriormente, no parece que sea la intención de los redactores del Anteproyecto el dotar de mayor protección que la ya dispensada a la posesión natural o posesión material a través de las figuras ya existentes – como hemos dicho, su ubicación sistemática en el capítulo de los desórdenes públicos así lo parece confirmar- sino sancionar las ocupaciones de inmuebles que tienen un carácter episódico, sin voluntad de una cierta permanencia en el tiempo, con el efecto además de que con ello se cause una alteración sustancial de la actividad que normalmente se desarrolla en dichos espacios.

Si los hechos descritos en este artículo fueran llevados a cabo con violencia o intimidación, resulta muy discutible si vendría en aplicación el nº 3 del art. 203, en su redacción dada por el Anteproyecto.

Finalmente, no se alcanza a comprender cómo el tipo que se comenta, tanto en esta modalidad como en la agravada del nº 2, tenga un rigor punitivo menor que el previsto en el art. 203.1.

Centésimo nonagésimo y Centésimo nonagésimo primero

Artículos 559 y 560 bis

La diferencia fundamental que se advierte entre este nuevo tipo del art. 560 bis y el previsto en el art. 560, cuya redacción actual se mantiene, es que para la alteración de los servicios de transporte público o de telecomunicación –únicos que se contemplan en este precepto- no es necesaria la causación de daños.



Centésimo nonagésimo segundo

Artículo 561

Se redacta este artículo de manera omnicomprendiva, de manera que en él se pueden incluir no sólo la conducta tipificada en el actual art. 561 consistente en la afirmación falsa de la existencia de aparatos explosivos o de otras sustancias que puedan causar daño a la salud sino de cualquier situación de peligro para la comunidad o la simulación de esa situación. Por tanto, también se puede incluir la afirmación falsa de materiales nucleares o elementos radioactivos por ejemplo. La consumación del tipo exigirá que se produzca una movilización de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado o de los servicios de emergencia, de manera que si tal movilización no llega a producirse, la calificación de los hechos sería en grado de tentativa.

Se suprime como elemento subjetivo del injusto el ánimo de atentar contra la paz pública, si bien la ubicación sistemática de este artículo en el capítulo III “De los desórdenes públicos” del Título XXII “Delitos contra el orden público” la finalidad de las conductas descritas no pueden tener otro propósito que alterar la paz pública, intención compatible según algunos autores con el *animus iocandi* si se es consciente de la alarma pública provocada.

Centésimo nonagésimo tercero

Se modifica el apartado 1 del artículo 570 bis

La modificación de este apartado se concreta en la supresión de la referencia a las faltas.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Centésimo nonagésimo cuarto

Se modifica el apartado 1 del artículo 570 ter

La modificación de este apartado se concreta en la supresión de la referencia a las faltas.

Centésimo nonagésimo quinto

Se modifica el apartado 2 del artículo 572

La modificación de este apartado referido a organizaciones y grupos terroristas, se concreta en cambiar la pena de prisión de veinte a treinta años, por la de prisión permanente revisable, cuando se causare la muerte de una persona.

Centésimo nonagésimo sexto

Artículo 574

La modificación de este apartado se concreta en la supresión de la referencia a las faltas.

Centésimo nonagésimo séptimo

Se introduce un nuevo capítulo VIII en el título XXII del Libro II del Código Penal, integrado por un nuevo artículo 580 bis

Se permite imponer además a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título una medida de libertad vigilada.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Centésimo nonagésimo octavo

Se modifica el apartado 1 del artículo 605

La modificación de este apartado referido al *que matare al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España*, se concreta en cambiar la pena de prisión de veinte a veinticinco años o la de prisión de veinticinco a treinta años si concurrieran dos o más circunstancias agravantes, por la de prisión permanente revisable aplicable en todos los casos. El Consejo Fiscal considera que dada la extraordinaria gravedad que presenta la pena de prisión permanente revisable debería reservarse a los supuestos en que concurren dos o más circunstancias agravantes, manteniendo la pena de prisión temporal en los restantes casos.

Centésimo nonagésimo noveno

Se modifica el apartado 1 del artículo 607

La modificación de este apartado referido los delitos de genocidio, se concreta en cambiar la pena de prisión de quince a veinte años por la de prisión permanente revisable. También aquí considera el Consejo Fiscal que la pena de prisión permanente revisable debería reservarse a los casos en los que concurren dos o más circunstancias agravantes, manteniendo la pena de prisión temporal en los restantes supuestos.



Ducentésimo

Se modifica el número 1 del apartado 2 del artículo 607 bis

La modificación de este apartado referido los delitos de lesa humanidad, se concreta en cambiar la pena de prisión de quince a veinte años por la de prisión permanente revisable. El Consejo Fiscal entiende que la pena de prisión permanente debiera reservarse de manera exclusiva a los supuestos cualificados, manteniendo la distinción de penas que contempla actualmente el precepto.

Disposición Adicional Primera

Dado que el artículo 25 define qué se entiende por “discapacidad” y por “persona con discapacidad necesitada de especial protección”, esta Disposición pretende llevar esos conceptos que define al Código Penal, sustituyendo por ellos los de “incapaz” y “minusvalía”.

No parece que sea una vía pulcra o rigurosa, teniendo en cuenta que algunos preceptos del CP vigente se modifican expresamente para adoptar la nueva terminología. Este mismo procedimiento debiera generalizarse para todas las menciones que han de adaptarse.

Disposición Adicional Segunda

Regula el procedimiento de concesión de autorización judicial para la esterilización de personas que no pueden prestar su consentimiento, que será el procedimiento de modificación de la capacidad o un procedimiento posterior



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

de naturaleza contradictoria, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, previo examen por el Juez de la persona afectada.

Disposiciones Transitorias

Las tres primeras Disposiciones Transitorias del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, referentes a la revisión de sentencias, son prácticamente iguales que las existentes en la Ley Orgánica 5/2010, en anteriores Leyes Orgánicas de modificación del Código Penal, e iguales a las Disposiciones Transitorias de la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal.

Son novedosas las siguientes cuatro Disposiciones Transitorias, que se refieren a las siguientes materias:

- La Disposición Transitoria Cuarta, a la instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves, con el propósito de que se les siga aplicando las normas procesales de los juicios de faltas.
- La Disposición Transitoria Quinta referida a la adaptación de los Juicios de faltas en tramitación a la entrada en vigor de la presente ley.
- La Disposición Transitoria Sexta que trata del régimen de destrucción de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas bajo custodia de las autoridades administrativas a la entrada en vigor de esta ley.
- Y la Disposición transitoria Séptima, que establece el procedimiento para acordar el comiso sin condena.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Consideramos que deberían realizarse las siguientes modificaciones:

Disposición Transitoria Primera. Legislación aplicable.

El número 2 de esta Disposición Transitoria tiene una interpretación clara en su referencia a hechos, y no a delitos. Sin embargo, siguiendo la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 3/2010, conviene precisar que la individualidad de cada hecho se mantiene en los supuestos en que una sentencia condena por varios hechos, y establecer normativamente una excepción para el caso del delito continuado y del concurso medial de delitos, para respetar la vinculación de hechos ya establecida en la sentencia.

Para ello se propone añadir al número 2 lo siguiente:

Cuando en una misma sentencia haya recaído condena por diversos hechos, se podrá dar un tratamiento autónomo a cada uno de ellos. No obstante, en los supuestos del artículo 74 o 77 se aplicarán las normas completas de una u otra regulación.

Disposición Transitoria Segunda. Revisión de sentencias.

Estimamos que falta en esta Disposición el establecimiento de una mínima regulación procesal. Se trata de un incidente en ejecución de sentencia, y debe decidirse en resolución motivada, debe darse trámite de informe al Fiscal y a las partes, y deben especificarse los recursos que caben contra la resolución.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

No consideramos acertada la exclusión de audiencia del reo: en la práctica, en todas las revisiones de sentencias se daba traslado al Fiscal, se oía al reo y se resolvía. La falta de traslado al interesado existiendo informe del Fiscal es contraria al principio de contradicción del proceso penal, afectando al derecho a un proceso con todas las garantías. No consideramos necesario que sea oído personalmente el condenado: puede pronunciarse a través de su abogado. Respecto a los recursos, resulta adecuada la doctrina aplicada por el Tribunal Supremo, que conviene establecer legalmente: el ATS de 15 de marzo de 2012, recurso 20058/2012, Fundamento de Derecho Segundo, declara lo siguiente:

“Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse (ver auto de 17.06.11 Recurso de Queja 20527/11, de 16.05.11 Queja 200149/11, entre otras muchas). Así la LO 5/2010, al igual que las anteriores leyes orgánicas que abordaron reformas del Código Penal, no prevé disposición alguna en relación a los recursos que cabe interponer frente a las resoluciones que resuelvan el incidente de revisión de la pena. La Fiscalía General del Estado abordó este tema en las Circulares 1/1996 y 1/2004 y esta Sala en diversas resoluciones (cfr. autos de 15.03.84 y de 16.05.11 Queja 20149/11 entre otros y la sentencia de 05.05.95). En esta última se dice: “que la resolución que se dicte se integra en la sentencia y admitirá los mismos recursos que hubieran cabido contra la sentencia en la que se integra”.”

Proponemos, por tanto, que se añada un número a la Disposición Transitoria Segunda con el siguiente contenido:



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

5. Las revisiones de sentencias se resolverán por auto después de dar trámite de informe al Fiscal y a las partes. Contra estos autos podrán interponerse los mismos recursos que hubieran cabido contra las sentencias que revisan.

Disposición Transitoria Tercera

Regula las reglas de invocación de la normativa aplicable en materia de recursos, diferenciando los supuestos de apelación y casación.

Disposición Transitoria Cuarta.

La instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves.

En esta Disposición Transitoria se dispone lo necesario para que los delitos leves, que se especifican, se tramiten por el procedimiento del juicio de faltas. Esta solución es manifiestamente errónea, pues no tiene sentido suprimir, al menos nominalmente, el Libro III del Código Penal, para conservar el procedimiento vigente y lo que es más grave, para acabar dejando subsistentes la mayor parte de las faltas bajo el ropaje de “delitos leves” que serán enjuiciados por los mismos órganos judiciales –los jueces de instrucción- en el mismo cauce procesal –de faltas-. Esta solución no solo es insatisfactoria sino que encierra un auténtico fraude de etiquetas.

El Consejo Fiscal propugna, por ello, una solución más radical, pero también más simple: las únicas faltas que tiene sentido conservar en la nueva regulación como delitos leves son las de lesiones (147.2), hurto (234.2), estafa (249, *in fine*) y apropiación indebida (253.2). El resto de los que aparecen en el Anteproyecto caracterizados como delitos leves debieran ser plena y



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

completamente despenalizados, remitiendo su punición al ámbito sancionador administrativo.

En cuanto al procedimiento que ha de seguirse para el enjuiciamiento de estos delitos leves, el Consejo Fiscal propugna que sea el trámite de los juicios rápidos actualmente recogido en el Título III del Libro IV de la LECrim por resultar de mayor garantía que el de juicio de faltas.

Disposición Transitoria Quinta

Juicios de faltas en tramitación.

Esta disposición es muy similar a la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, -Ley Orgánica que modificó sustancialmente, aligerándolo, el Libro III del antiguo Código Penal de 1973- y que disponía que “La tramitación de los procesos iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa continuará hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal.

Si continuare la tramitación, el Juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

El apartado IX sobre cuestiones procesales de la Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado mantuvo que era solo aplicable a procedimiento en tramitación y pendientes de fallo, pero no a los juicios de faltas ya terminados



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

por sentencia firme y ejecutiva, sin perjuicio de la revisión de las penas, cuando procediera.

Disposición Transitoria Sexta.

Drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas actualmente bajo custodia de las autoridades administrativas.

El Consejo Fiscal valora positivamente esta Disposición Transitoria por cuanto zanja la contradicción entre el art. 374.1.1 del Código Penal que establece la posibilidad de que *las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas serán destruidas por la autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentren* y el apartado 1 del artículo 367 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que exige en todo caso autorización judicial, régimen al que se remite esta Disposición Transitoria.

Disposición transitoria Séptima. Procedimiento de comiso sin condena

Se establece que hasta la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, el procedimiento para acordar el comiso cuando en el proceso penal se haya acreditado una situación patrimonial ilícita y no se haya dictado sentencia porque el sospechoso o acusado haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento o se encuentre en rebeldía y exista el peligro de que puedan prescribir los hechos imputados o por los que se le acusa.

Se trata del denominado “comiso sin sentencia”, estableciéndose en el Anteproyecto que para acordarlo será competente el Juez o Tribunal penal que



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

lo fuere para el enjuiciamiento de los hechos delictivos de los que procedan los bienes o efectos cuyo comiso se solicita, siendo aplicables las normas del juicio verbal regulado en el Título III del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como, en lo que proceda, las reglas contenidas en el Título V del Libro II de esta Ley procesal.

Consideramos que, a la vista del procedimiento civil señalado para la tramitación del incidente, es necesario determinar la legitimación activa. Proponemos la adición de un nuevo número con el siguiente contenido:

«4. Podrán ser demandantes el Fiscal o quien sea parte acusadora en el proceso penal, para lo que podrán solicitar los testimonios necesarios al órgano judicial que esté tramitando la causa.»

LA SUPRESIÓN DEL LIBRO TERCERO DEL CÓDIGO PENAL SOBRE LAS FALTAS.

Siguiendo la estela del derecho comparado –Alemania (con la segunda Ley de reforma penal de 1 de enero de 1975), Austria, Portugal- el legislador español suprime el Libro tercero del Código Penal. Como en estos países, algunas faltas se reconducen a delitos leves, otras pasan al derecho administrativo y otras dejan de formar parte del derecho administrativo sancionador y se remiten a la vía civil.

Así, la **Disposición Derogatoria Única apartado 1** del Anteproyecto dice: “Queda derogado el Libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

El catálogo de las faltas que pasan al Libro II como delitos leves es el siguiente:

Artículo 147.2: lesiones leves: tres meses a un año de prisión o multa de de uno a doce meses. Hay que señalar que un supuesto intermedio entre el delito básico de lesiones y la falta de lesiones ya existe en el derecho vigente. No obstante, se adecuan las penas para que tenga cabida la actual falta de lesiones. El tipo actual prevé una pena de tres a seis meses de prisión o multa de seis a doce meses. El nuevo prevé una punición de tres a seis meses de prisión o multa de uno a doce meses, es decir, se rebaja el mínimo de la pena de multa que de modo alternativo se puede imponer como castigo de estos hechos, lo que permitiría una ponderación suficiente del caso concreto.

Artículo 147.3: golpear o maltratar a otro de obra, sin causarle lesión: multa de uno a dos meses.

Ambos requieren denuncia del agraviado o su representante legal.

Artículo 171.7: amenazas leves: multa de uno a tres meses. Denuncia del agraviado o de su representante legal.

Artículo 172.3: coacciones leves: multa de uno a tres meses. Denuncia del agraviado o de su representante legal.

Artículo 203.2: mantenerse contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público: multa de uno a tres meses.

Artículo 234.2: hurto de escasa gravedad. Multa de uno a tres meses (en todos los delitos leves patrimoniales la escasa cuantía se fija en 1.000, salvo en



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

el hurto, donde además se precisa que no concurren las agravaciones el 235 y 235 bis).

Artículo 236.2: sustracción de escasa gravedad por el dueño de una cosa mueble o con su consentimiento, de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio de éste o de un tercero: multa de uno a tres meses.

Artículo 244.1: robo y hurto de uso de vehículo a motor: se funde la falta en el tipo, sin ninguna matización por el valor del vehículo. Las penas previstas son las de 31 a 90 días de trabajos en beneficio de la comunidad o multa de 2 a doce meses.

Artículo 246.2: alteración de escasa gravedad de términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado: multa de uno a tres meses.

Artículo 247.2: distracción de escasa gravedad de las aguas de uso público o privativo de su curso, o de su embalse natural o artificial: multa de uno a tres meses.

Artículo 249: estafa de escasa gravedad: multa de uno a tres meses.

Artículo 252.4: administración desleal de escasa cuantía: multa de uno a seis meses.

Artículo 253.2: apropiación indebida de escasa cuantía: multa de uno a tres meses.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Artículo 254.2: apropiación de cosa mueble ajena de escasa cuantía: multa de uno a dos meses.

Artículo 255.2: defraudación de energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos de escasa cuantía: multa de uno a tres meses.

Artículo 256.2: uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación sin consentimiento de su titular, cuando el perjuicio sea de escasa gravedad: multa de uno a tres meses.

Artículo 263.1: daños de escasa gravedad: multa de uno a tres meses.

Artículo 270.1 in fine: distribución al por menor contra la propiedad intelectual (sin límite de 1.000 euros): multa de uno a seis meses, o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días.

Artículo 274.3: venta ambulante u ocasional contra la propiedad industrial, con reducida cuantía de beneficio económico (sin el límite de los 1.000 euros): multa de uno a seis meses, o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días.

Artículo 323.2: daños de escasa gravedad en un archivo registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos: multa de dos a doce meses.

Artículo 332.2: sin grave perjuicio para el medio ambiente, corte, tale, queme, arranque, recolecte o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

flora amenazada o de sus propágulos, o destruya o altere su hábitat: multa de uno a cuatro meses.

Artículo 337.4: trato cruel a animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente: multa de uno a seis meses.

Artículo 337 bis: abandono a un animal doméstico o amansado en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad: multa de uno a seis meses.

Artículo 385 quáter: tenencia de animales peligrosos: multa de uno a seis meses.

Artículo 386.3: expendición o distribución de moneda falsa recibida de buena fe después de constar la falsedad, de escasa gravedad (sin límite expreso de 1.000 euros), multa de uno a tres meses.

Artículo 389.2: distribución o utilización de sellos de correos o efectos timbrados adquiridos de buena fe, conociendo la falsedad, de escasa gravedad (sin límite expreso de 1.000 euros): multa de uno a tres meses.

Artículo 402 bis: uso público e indebido de uniforme, traje e insignia: multa de uno a tres meses.

Las faltas que se derogan son las siguientes:

Artículo 618.1: abandono a un menor desamparado o a un incapaz, que la Exposición de Motivos del Anteproyecto justifica diciendo que cuando el caso sea grave puede subsumirse en el delito de omisión del deber de socorro.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Artículo 619: denegación de asistencia a personas desvalidas de edad avanzada, que la Exposición de Motivos justifica diciendo que cuando los hechos sean graves constituirán omisión del deber de socorro.

Artículo 618.2: incumplimiento de deberes familiares, castigado en su formas más graves, según la Exposición de Motivos, en 226 y 229 CP.

Artículo 622: los incumplimientos graves del régimen de custodia pueden dar lugar a desobediencia, según la Exposición de Motivos, y los casos de mera obstaculización, cumplimiento defectuoso o incumplimientos sin gravedad suficiente ser corregidos por la vía del 776 LEC.

Artículo 621: homicidio y lesiones por imprudencia leve, supuestos que se reconducen a la vía civil.

Artículo 626: deslucimiento de bienes muebles e inmuebles. Según la Exposición de Motivos, constituirán daños los supuestos graves, y los leves permitirán la vía civil.

Artículo 630: abandono de jeringuillas u objetos peligrosos.

Todas las faltas contra el orden público (que se reconducen a la vía administrativa): **Artículos 633 a 635.**

La falta de realización de actividades sin seguro obligatorio, que también se reconduce a la vía administrativa, **artículo 636.**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Nos remitimos a lo dicho *supra* en cuanto a la conveniencia de despenalizar plenamente la mayor parte de estas conductas, con las salvedades que ya han sido indicadas.

Disposición final primera apartado primero

Modifica el art. 367 ter 1 LECrim

El texto que se introduce es el siguiente

“Podrá decretarse la destrucción de los efectos judiciales, dejando muestras suficientes, cuando resultare necesaria o conveniente por la propia naturaleza de los efectos intervenidos o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia, previa audiencia al Ministerio Fiscal y al propietario, si fuere conocido, o a la persona en cuyo poder fueron hallados los efectos cuya destrucción se pretende.

Cuando se trate de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, la autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentre, una vez realizados los informes analíticos pertinentes, asegurada la conservación de las muestras mínimas e imprescindibles que, conforme a criterios científicos, resulten necesarias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones, y previa comunicación al Juez instructor, procederá a su inmediata destrucción si, transcurrido el plazo de un mes desde que se efectuó aquélla, la autoridad judicial no hubiera ordenado mediante resolución motivada la conservación íntegra de dichas sustancias. En todo caso, lo conservado se custodiará siempre a disposición del órgano judicial competente.”



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Lo más reseñable es la vuelta al sistema de destrucción administrativa de la droga, con la finalidad de hacer frente al grave problema de custodia que representa. Se vuelve parcialmente al sistema administrativo, en parte coincidente con la regulación contenida en el art. 374.1 CP y que se consideró derogada tácitamente por la reforma de la LECrim operada por Ley 18/2006, de 5 de junio.

Debe, no obstante recordarse que en fecha 3 de octubre de 2012 acaba de firmarse por entre otros el Fiscal General del Estado, el CGPJ, el Ministerio del Interior y el Ministerio de Justicia un protocolo para facilitar la destrucción de la droga basado lógicamente en la legislación vigente, en el que es el Juez quien ordena la destrucción, con la finalidad de que la decisión sea inmediata. Si se cumple el protocolo la destrucción podría tener lugar sin necesidad de que transcurriera el mes que como mínimo, según la disposición proyectada, habrá de transcurrir en el nuevo sistema. Creemos de nuevo que debe reflexionarse sosegadamente sobre cuál es el mejor sistema y, en todo caso, si de nuevo, tras sopesar pros y contras, se opta por otro cambio legislativo, que éste se explique razonadamente en la Exposición de Motivos.

Disposición final primera, apartado segundo

Se introduce un nuevo párrafo cuarto en el artículo 990 LECrim.

Se recoge en este precepto lo que ya estaba previsto para las condenas por delitos contra la Hacienda Pública en la Legislación Tributaria. En la Disposición Adicional Décima de la Ley General Tributaria al regular la exacción de la responsabilidad civil por delito estos delitos dice lo siguiente:



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

“1. En los procedimientos por delito contra la Hacienda Pública, la responsabilidad civil comprenderá la totalidad de la deuda tributaria no ingresada, incluidos sus intereses de demora, y se exigirá por el procedimiento administrativo de apremio.

2. Una vez que sea firme la sentencia, el juez o tribunal al que compete la ejecución remitirá testimonio a los órganos de la Administración tributaria, ordenando que se proceda a su exacción. En la misma forma se procederá cuando el juez o tribunal hubieran acordado la ejecución provisional de una sentencia recurrida.

3. Cuando se hubiera acordado el fraccionamiento de pago de la responsabilidad civil conforme al artículo 125 del Código Penal, el juez o tribunal lo comunicará a la Administración tributaria. En este caso, el procedimiento de apremio se iniciará si el responsable civil del delito incumpliera los términos del fraccionamiento.

4. La Administración tributaria informará al juez o tribunal sentenciador, a los efectos del artículo 117.3 de la Constitución Española, de la tramitación y, en su caso, de los incidentes relativos a la ejecución encomendada”.

A su vez, en el artículo 162 de la LGT, al regular las facultades de la recaudación tributaria, atribuye a la Administración Tributaria funciones de comprobación e investigación de los bienes y derechos de los obligados tributarios.

Por lo tanto, con la Reforma se extiende este régimen a la Administración de la Seguridad Social y se regula de forma adecuada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en vez de en la Ley General Tributaria.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Disposición Adicional Segunda

Modifica la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para excluir del ámbito de competencia objetiva del mismo el enjuiciamiento del delito de incendios forestales. Entendemos que es una medida adecuada, toda vez que este tipo delictivo presenta problemas de índole fáctica y probatoria que aconsejan su atribución a un tribunal profesional.

Madrid, 8 de enero de 2013

**EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO
PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL**

Eduardo Torres-Dulce Lifante