

1. DERECHO PENAL SUSTANTIVO

Reforma de la agravante del artículo 22.4 del CP sobre discriminación

La agravante de discriminación del artículo 22.4 CP presenta algunas lagunas y deficiencias que exigirían su reforma para garantizar una mejora en su aplicación.

A. AMPLIACIÓN DE LOS MOTIVOS DE DISCRIMINACIÓN PROTEGIDOS

El catálogo de motivos de discriminación es insuficiente y deja a algunos colectivos de víctimas fuera de su ámbito de aplicación. Así, no se contempla la situación socioeconómica de la víctima o «apofobia» (odio al pobre), motivo de discriminación que está expresamente contemplado en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, siendo el sector de la población más desprotegido y en mayor situación de exclusión social de todos ellos.

La STS n.º 1160/2006, de 9 de noviembre, declara que el catálogo de motivos de discriminación del artículo 22.4 del Código Penal es cerrado y no un *numerus apertus*.

Consideramos que éstas y otras omisiones podrían evitarse de forma sencilla, sin convertir el artículo 22.4.^a CP en un farragoso catálogo de motivos discriminatorios, utilizándose una cláusula de cierre recogiendo de esta forma la definición de delito de odio facilitada por la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) desde el año 2003.

B. INCLUSIÓN EXPRESA DE LOS SUPUESTOS DE DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN Y ASOCIACIÓN POR ERROR

Se propone la introducción, *in fine*, de una cláusula al citado precepto que permita aplicar la agravante con independencia de que las cualidades de raza, etnia, origen, orientación o identidad sexual, discapacidad, enfermedad etc. concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta.

Según la doctrina dominante, la circunstancia agravante prevista en el artículo 22.4.^a CP es de naturaleza subjetiva, ya que expresa un móvil particularmente indeseable: la negación del principio de igualdad. Para que pueda apreciarse la circunstancia, basta con que el sujeto activo del delito actúe impulsado por la motivación especial-

mente indeseable, con independencia de si la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio concurre efectivamente o no en el sujeto pasivo de la conducta. Dicha posición vendría respaldada por la redacción literal del propio artículo 22.4 CP al exigir «cometer el delito por motivos...».

Sin embargo existen sentencias contradictorias al respecto que generan inseguridad jurídica. Así la STS de 17 de julio de 2002 en la que se condena a un grupo de jóvenes que se dirigen a zona frecuentada por homosexuales en Sitges y agreden a uno brutalmente provocándole una fractura craneal, condena por delito del artículo 147.1 CP con agravante artículo 22.4. El TS tiene en cuenta tan sólo el móvil discriminatorio, señalando que basta con presuponer la condición homosexual de la víctima aunque no lo sea.

Por contra la STS n.º 145/2006, de 23 de noviembre señala que «para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad»).

Las contradictorias sentencias detectadas, no sólo en el Tribunal Supremo sino también en las Audiencias Provinciales, exigen una reforma del artículo 22.4 del CP que despeje las dudas interpretativas a nivel doctrinal y jurisprudencial. A tales efectos se propone añadir *in fine*, una cláusula «con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta».

Esta fórmula es la que propone la OSCE en su definición de delito de odio y ha sido adoptada en Estados Unidos a través de la «Ley Matthew Shepard para la Prevención de Crímenes de Odio» aprobada por el Congreso en fecha 22/10/2009 y ratificada por el presidente Barack Obama el 22/10/2009 y que describe el delito de odio como aquellos cometidos «por la, real o percibida, raza, color u origen nacional o por la, real o supuesta, religión, origen nacional, género, orientación sexual, identidad de género o discapacidad.

Con una redacción clara del artículo 22.4 del Código Penal quedaría garantizada su adecuada aplicación a los casos de discriminación por asociación o discriminación por error, en la línea recomendada por los organismos internacionales, cubriendo casos como hechos delictivos producidos a persona por estar casada con otra cuyo color de piel es diferente, o a un periodista, político o activista de una ONG, por defender a minorías raciales o étnicas, o cuando se agrede a una persona pensando que es homosexual o extranjero y luego resulta que

no lo es. En todos los casos, la motivación es discriminatoria, lo que justificaría la agravación.

Modificación del artículo 457 por el que se castiga la simulación de delito

La Ley 41/2015, de 5 de octubre ha modificado el artículo 284 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal disponiendo actualmente en el apartado segundo que, «cuando no exista autor conocido del delito la Policía Judicial conservará el atestado a disposición del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial, sin enviárselo», con las excepciones que el mismo precepto recoge.

Esta modificación procesal repercute directamente sobre la consumación del delito del artículo 457, pues, salvo que la mendaz denuncia se interponga ante autoridad judicial, va a resultar imposible que el delito pueda apreciarse en grado de consumación al cercenar la modificación de la ley procesal el resultado del delito. Incluso podría ser discutible con la nueva regulación la punibilidad de la conducta en estos supuestos si, como piensa un sector de la doctrina y la antigua jurisprudencia, la provocación de «actuaciones procesales» es una condición objetiva de punibilidad y no el resultado del delito.

Para que el delito siga teniendo el mismo contenido debería añadirse también como posible resultado el inicio de actuaciones policiales tendentes a averiguar el hecho mendazmente denunciado o la propia simulación. En ambos casos es evidente que, aunque no se inicie ninguna actuación procesal, se produce una utilización desviada de la Administración de Justicia aunque sea en un estadio preprocesal.

Modificación de los artículos 284 (manipulación informativa y operativa de mercado) y 285 (abuso de información privilegiada)

La Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre sanciones penales aplicables al abuso de mercado –*Market Abuse Directive*– (MAD) exige que los Estados Miembros adapten su legislación penal a los requerimientos de la misma antes del 3 de julio de 2016. Esto obliga a realizar modificaciones en los artículos 284 (manipulación informativa y operativa de mercado) y 285 (abuso de información privilegiada).

La Directiva obliga a los Estados Miembros a establecer sanciones penales para los casos graves de operaciones con información privilegiada, manipulación de mercado y comunicación ilícita de informa-

ción privilegiada cuando se hayan cometido intencionadamente (no exige, por tanto, la incriminación de la imprudencia), ofreciendo criterios que deben ser utilizados para diferenciar las infracciones administrativas contenidas en la Ley 24/1998, de 28 de julio, *del mercado de valores* (LMV) de los delitos de los artículos 284 y 285 CP.

Los criterios ofrecidos por la Directiva MAD que no pretenden ser un *numerus clausus* son en cuanto a la manipulación de mercado (art. 284 CP): el impacto que la conducta haya tenido en la integridad del mercado; el beneficio derivado real o potencial; o las pérdidas evitadas; la importancia del daño causado al mercado; el nivel de la alteración del valor del instrumento financiero; o el importe de los fondos utilizados inicialmente. Añade a esta lista el hecho de que la manipulación se haya cometido por una persona empleada o que trabaje en el sector financiero o en una autoridad supervisora o reguladora.

En el abuso y comunicación ilícita de información privilegiada los criterios son los siguientes: el impacto que la conducta haya tenido en la integridad del mercado; el beneficio derivado real o potencial; o las pérdidas evitadas; la importancia del daño causado al mercado o el valor general de los instrumentos financieros, entre otros. Añade a esta lista el hecho de que la infracción se haya cometido en el marco de una organización delictiva o que la persona haya cometido esa infracción previamente.

En cuanto a la redacción de los tipos penales, el tipo de manipulación informativa de mercados del artículo 284.2 debe modificarse, dado que la Directiva no exige que la difusión de información que transmita señales falsas o engañosas se haga con el fin de alterar el precio de un valor.

La manipulación operativa del artículo 284.3 requiere una revisión a la luz de la Directiva. En primer lugar porque carece de sentido que el tipo exija que para cometerla deba utilizarse información privilegiada. Es cierto que es muy frecuente que los esquemas corporativos de manipulación de mercado se diseñen precisamente haciendo uso de la información privilegiada que se posee pero no tiene que ser forzosamente así y, de hecho, muchos de los supuestos más perniciosos se quedarían fuera del tipo y habría que intentar encajarlos en el artículo 284.1, si es que se puede probar el engaño.

Por otro lado, porque tampoco tiene explicación y así lo ha manifestado la doctrina que para que la conducta conocida como *pricefixing* sea delictiva la fijación de los precios deba efectuarse mediante la adopción de una posición dominante (*pricepositioning*). El *pricepositioning* es sólo una de las formas en que puede cometerse el *pricefixing*.

xing y la Directiva no permite esta limitación de modalidades comisivas.

Respecto al delito de abuso de información privilegiada (art. 285), habría de ampliarse el círculo de posibles sujetos responsables dado que el actual tipo penal sólo considera posible sujeto activo al que haya tenido acceso reservado a la información con ocasión del ejercicio de la actividad profesional o empresarial. Por otro lado, será preciso que el artículo utilice el concepto de información privilegiada y no el de información relevante, debiendo ser interpretado el mismo a la luz del artículo 7 del Reglamento de abuso de mercado como dispone el artículo 2 de la Directiva. También debería aprovechar el Legislador para concretar el significado del verbo típico «usar» en el sentido de la Directiva: adquirir, transmitir o ceder el instrumento financiero al que la información se refiere; o cancelar o modificar una orden sobre ese mismo instrumento antes de conocer la información; o presentar, modificar o retirar una oferta sobre derechos de emisión u otros productos basados en ellos con base en esa información. Además, debería incluirse expresamente la recomendación en los términos del artículo 3 de la Directiva. En cuanto al suministro de información privilegiada al que la Directiva se refiere como comunicación ilícita, considerándolo un comportamiento más leve que el abuso de información privilegiada, también habría que ampliar el círculo de posibles sujetos activos en la forma que establece el artículo 3.3 de la Directiva.

Con respecto a las penas, se establece una penalidad mínima de 4 años de privación de libertad para los delitos de manipulación de mercados (art. 284) y abuso de información privilegiada (art. 285) y de 2 para la comunicación ilícita de información privilegiada, por lo que deben revisarse las penas de ambos tipos. También se exige el establecimiento de consecuencias para las personas jurídicas pero en este caso el Código penal español ya cumple con las exigencias comunitarias.

Modificación de los artículos 323 y 324 CP: propuestas normativas para la mejor protección del patrimonio cultural subacuático

1. REFERENCIAS NORMATIVAS

A) Convención de las Naciones Unidas *sobre el Derecho del Mar* (CNUDM), Montego Bay, 1982, artículos 56, 77, 149 y 303.

B) Convención *sobre la protección del Patrimonio Cultural Subacuático*, París, 2001, artículos 2, 7, 8, 9, 10 y 17.

C) Ley 14/2014, de 24 de julio, de *Navegación Marítima*, artículos 23, 38, 358, 369, 381, 382 y 383.

D) Ley 16/1985, de 25 de junio, del *Patrimonio Histórico Español*, artículos 2, 4, 5 y 40.1

E) Código Penal, artículos 323 y 324.

F) Real Decreto 799/1981, de 27 de febrero, *sobre normas aplicables a la realización de actividades de investigación científico-marina en zonas sometidas a la jurisdicción española*.

2. JUSTIFICACIÓN

La Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, de 2001, ratificada por España, tiene por objeto garantizar y fortalecer la protección del patrimonio cultural subacuático (art. 2.1), ante la constatación de crecientes amenazas por actividades no autorizadas dirigidas a dicho patrimonio, muchas de ellas orientadas a su explotación comercial, y la necesidad de adoptar medidas más rigurosas para su protección.

Para conseguir su objetivo, la citada Convención impone a los Estados Parte la obligación de preservar el patrimonio cultural subacuático en beneficio de la humanidad, para lo que adoptarán, individual o conjuntamente, según proceda, todas las medidas adecuadas conformes con esta Convención y con el Derecho Internacional que sean necesarias para proteger el patrimonio cultural subacuático (art. 2, apartados 3 y 4).

Entre los principios rectores de dicha Convención, se encuentran también los siguientes: a) La preservación in situ del patrimonio cultural subacuático deberá considerarse la opción prioritaria antes de autorizar o emprender actividades dirigidas a ese patrimonio (art. 2.5); b) el patrimonio cultural subacuático no será objeto de explotación comercial (art. 2.7) y c) los Estados Partes velarán por que se respeten debidamente los restos humanos situados en las aguas marítimas (art. 2.9).

Como medidas para reforzar la protección del patrimonio arqueológico subacuático, la Convención extiende la responsabilidad de protección del patrimonio cultural subacuático a la zona económica exclusiva y a la plataforma continental, disponiendo el artículo 10.2. que un Estado Parte en cuya zona económica exclusiva o en cuya plataforma continental esté situado el patrimonio cultural subacuático tiene derecho a prohibir o a autorizar cualquier actividad dirigida a este patrimonio para impedir cualquier intromisión en sus derechos

soberanos o su jurisdicción reconocidos por el derecho internacional, incluida la Convención de las Naciones Unidas *sobre el Derecho del Mar*, recordando el artículo 10.4 la obligación de todos los Estados Parte de proteger el patrimonio cultural subacuático, también en dichos espacios marítimos, mediante la adopción de todas las medidas viables conformes al derecho internacional, con el fin de impedir todo peligro inmediato para el patrimonio cultural subacuático, incluido el saqueo.

La implementación de la referida Convención exige que España adopte distintas medidas para garantizar y fortalecer la protección de su patrimonio cultural subacuático que van desde las precisas reformas normativas hasta el incremento de la vigilancia y el control sobre dicho patrimonio.

Algunas han sido ya puestas en marcha, como: el *Plan Nacional de Protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático*, aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de noviembre de 2007; la inclusión de los actos ilícitos contra el patrimonio cultural subacuático dentro de los riesgos y amenazas para la seguridad marítima nacional, contemplados en la *Estrategia de Seguridad Marítima Nacional*, aprobada por el Consejo de Ministros en 2014; o el reconocimiento –por primera vez en nuestra legislación– por el artículo 382 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de *Navegación Marítima*, de la inmunidad de jurisdicción de los buques de guerra y de Estado españoles naufragados o hundidos, sus restos, equipos y carga, cualquiera que sea el momento en que se produjo su pérdida y el lugar en que se encuentren.

También en el ámbito penal resultan indicadas algunas reformas normativas para la consecución de los objetivos de la Convención de 2001 en orden a hacer frente a los riesgos a los que se ve sometido el patrimonio cultural subacuático, que han aumentado considerablemente como consecuencia de los avances tecnológicos de los medios de exploración, rastreo, localización y extracción de restos de pecios, hasta el punto de convertir dichas actividades en un negocio viable y lucrativo.

Medios como los sónares de barrido lateral, sofisticados robots submarinos o mecanismos con gran capacidad de succión, capaces de operar a grandes profundidades, han facilitado extraordinariamente la localización de pecios y la extracción de sus restos, aunque sea a costa de destrozar el yacimiento y arruinar su principal valor desde el punto de vista arqueológico.

En los últimos años España ha sufrido diversos ataques o intentos de ataque a su rico patrimonio cultural subacuático, poniéndose de manifiesto que la única posibilidad de evitar la destrucción del pecio

es la intervención en el momento en el que se está realizando la exploración y/o el rastreo del fondo marino, pues, una vez localizado el pecio, la extracción se realiza en pocas horas, aprovechando normalmente la noche, con desconexión del AIS (Sistema de Identificación Automática de buques), para evitar ser localizado.

Frente a tal modo de operar de los buques «cazatesoros», y conforme a las obligaciones asumidas por España con la ratificación de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, resulta aconsejado promover una respuesta normativa en el ámbito penal que, por un lado, anticipe (al momento de la exploración, rastreo y localización) y, por otro, extienda (a la zona económica exclusiva y la plataforma continental españolas) la protección de los bienes que formen parte del patrimonio cultural subacuático, frente a las actividades no autorizadas sobre el mismo.

Podría aprovecharse la ocasión para extender la jurisdicción española a la zona económica exclusiva y la plataforma continental españolas respecto de los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales, toda vez que la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar atribuye, en sus artículos 56 y 77, respectivamente, derechos de soberanía al Estado ribereño para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, incluida la investigación científica marina y la protección y preservación del medio ambiente.

3. CONCRECIÓN DE LAS PROPUESTAS NORMATIVAS

Básicamente son dos las modificaciones normativas que en este momento se proponen, una de carácter sustantivo y otra de carácter jurisdiccional.

3.1 *De carácter sustantivo*

Se propone la inclusión de un nuevo tipo en el Código Penal, dentro del Título XVI De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, en el que se castigue la realización no autorizada de actividades preparatorias (como pudieran ser las operaciones de exploración y rastreo del fondo marino) encaminadas a la localización y extracción de bienes integrantes del patrimonio cultural subacuático.

En la redacción del tipo penal habrá de tenerse en cuenta la dificultad de acreditar la finalidad real de tales operaciones, pues las

empresas que se dedican a la expoliación de pecios, además de negarla, la encubren bajo fines distintos como pueden ser la investigación científica marina, el levantamiento de cartas náuticas o el rescate de buques que no constituyen patrimonio arqueológico.

También deberá tenerse en cuenta que la legislación española somete a otorgamiento de la correspondiente concesión o autorización administrativa todas las actividades que tanto la Convención sobre la protección del Patrimonio Cultural Subacuático, como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (investigación científica, exploración y explotación de recursos naturales, construcción de islas artificiales...) reservan al Estado ribereño en su zona económica exclusiva y en su plataforma continental.

3.2 *De carácter jurisdiccional*

Inclusión de un nuevo apartado en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con el siguiente contenido (la ubicación más correcta sería como un nuevo párrafo del apartado d) o como un nuevo apartado a continuación de éste):

(...) Delitos sobre el patrimonio histórico y delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales, cometidos en la zona económica exclusiva y la plataforma continental españolas.