



Consejo de Estado: Dictámenes

Número de expediente: 1404/2009 (JUSTICIA)

Referencia: 1404/2009

Procedencia: JUSTICIA

Asunto: Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Fecha de aprobación: 29/10/2009

TEXTO DEL DICTAMEN

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 29 de octubre de 2009, emitió, por mayoría, el siguiente dictamen, con el voto particular del Consejero Sr. Manzanares que se copia a continuación:

"En cumplimiento de una Orden comunicada de V. E. de 29 de julio de 2009, con entrada en registro al día siguiente, el Consejo de Estado en Pleno ha examinado el expediente relativo a un anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

ANTECEDENTES

Primero. Contenido del Anteproyecto

El anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante el Anteproyecto) tiene fecha de 23 de julio de 2009 y consta de una exposición de motivos, de un artículo único con 135 apartados (ya que, aunque se incluyen, aparentemente, 134 apartados, la numeración de dos de ellos está repetida), de una disposición adicional única, de tres disposiciones transitorias y de tres disposiciones finales.

La exposición de motivos afirma que España tiene contraídas obligaciones internacionales, y más específicamente en el ámbito de la armonización jurídica europea, que exigen adaptaciones de nuestras normas penales, que la experiencia aplicativa del Código y sus modificaciones ha puesto en evidencia carencias o desviaciones que se han de corregir y que numerosos y acelerados cambios sociales han producido en el Código de 1995 efectos de distorsión o incongruencia que conviene reparar.

A todo ello se da respuesta, en primer lugar, mediante medidas para asegurar el cumplimiento efectivo de las penas aplicadas por delitos sexuales, remodelando el llamado período de seguridad. En segundo lugar, revisando la medida de expulsión de extranjeros, con un carácter preventivo y disuasorio, evitando la interferencia de expedientes administrativos ajenos al suceso penal. En tercer lugar, frente a determinados perfiles criminológicos resistentes al efecto rehabilitador de la pena y la peligrosidad subsistente del sujeto, se introduce una nueva medida denominada libertad vigilada, que el Tribunal puede imponer y que implica una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, interviniendo en su aplicación tanto el órgano sentenciador como el juez de vigilancia penitenciaria. La carencia de penas alternativas a las penas cortas de prisión ha llevado a otorgar mayor protagonismo a la pena de localización permanente. También se tratan de solucionar los problemas interpretativos surgidos sobre el procedimiento penal donde deba abonarse el tiempo de prisión provisional sufrido al mismo tiempo del cumplimiento de una pena de privación de libertad impuesta en otra causa.

Asimismo, se regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En el caso de organizaciones sin personalidad jurídica, se prevén consecuencias similares. Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas, junto a la imputación de delitos cometidos en su nombre o por su cuenta y en su provecho por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la imputación de aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre los que ostentan dicho poder de representación. Se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de que exista o no responsabilidad penal de la persona física, y se concreta todo un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose respecto a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos...), la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social. Para evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas. Por último, en el ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito cometido por una persona jurídica, se siguen las reglas generales sobre responsabilidad civil, aunque se prevé expresamente el cumplimiento de forma solidaria con las personas físicas que fueron condenadas por los mismos hechos.

En ejecución de la Decisión Marco 2005/212/JAI, se ha completado la regulación del comiso permitiendo a los jueces y tribunales

acordarlo respecto de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal. Para facilitar la medida, se establece una presunción de procedencia de actividades delictivas cuando el valor del patrimonio sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización criminal. Asimismo, se faculta a los jueces y tribunales a acordar el comiso cuando se trate de un delito imprudente que lleve aparejado en la ley la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año.

En el ámbito de la prescripción del delito, con el objetivo de aumentar la seguridad jurídica, se ha optado por una regulación detallada del momento de inicio de la interrupción de la prescripción, estableciéndose que ésta se produce, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable y se requiera una actuación material sustancial del Juez Instructor, también se abordan los efectos que puede tener la presentación de denuncias o querellas para la interrupción de la prescripción. Las modificaciones en materia de prescripción del delito se completan con la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona.

Se ha incorporado como infracción penal la obtención o el tráfico ilícito de órganos humanos así como el trasplante de los mismos, castigando a los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos, y también, de forma más moderada, al receptor del órgano que conociendo el origen ilícito del mismo consienta en la realización del trasplante.

Se incrimina el acoso laboral en el marco de cualquier actividad laboral o funcionarial, como situaciones de grave ofensa a la dignidad. Igualmente, se sanciona el denominado acoso inmobiliario.

Se supera el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina, dadas las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. Para ello se crea el Título VII bis denominado "De la trata de seres humanos", y se tipifica un delito complejo, que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionados o no con la delincuencia organizada. Al contrario, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando la defensa de los intereses del Estado a controlar los flujos migratorios.

En el ámbito de los delitos sexuales se da un tratamiento específico a los supuestos en los que las víctimas son menores de edad, y la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Se lleva a cabo la tipificación de las conductas sexuales que afecten a los menores de forma separada de la regulación propia para los adultos, reflejando así el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Para ello, se incorpora en el Título VIII del Libro segundo del Código Penal el Capítulo II bis denominado "De los abusos y agresiones sexuales a menores", teniendo en cuenta la Decisión Marco 2004/68/JAI, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, cuya transposición requiere tipificar nuevas conductas o aumentar las penas de los delitos de agresión sexual. Para otorgar mayor protección a los menores, se crea la pena denominada privación de la patria potestad, que tendrá el carácter de pena principal en los supuestos previstos en el art. 192 y de pena accesoria de acuerdo a lo establecido en los arts. 55 y 56, cuando los derechos derivados de la patria potestad hubieren tenido una relación directa con el delito cometido.

Con el fin de cumplimentar la Decisión Marco 2005/222/JAI relativa a los ataques contra los sistemas de información, se incardinan las conductas punibles en dos apartados diferentes, el dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos o programas informáticos ajenos, así como obstaculizar o interrumpir el funcionamiento de un sistema informático ajeno; y el descubrimiento y revelación de secretos, incluyendo el acceso sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema o en parte del mismo. También se incluye entre las estafas la defraudación utilizando tarjetas ajenas o los datos obrantes en ellas.

En el delito de alzamiento de bienes se han agravado las penas en los supuestos en los que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y que la acreedora sea una persona jurídico pública, así como cuando concurren determinadas circunstancias entre las que destaca la especial gravedad, en función de la entidad del perjuicio y la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

El excesivo agravamiento penológico en el ámbito de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial ha aconsejado señalar penas de multa o trabajos en beneficio de la comunidad para aquellos casos de distribución al por menor de escasa trascendencia, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido por éste.

Teniendo como referente la Directiva 2003/6, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado, se han llevado a cabo reformas en el campo de los delitos relativos al mercado y los consumidores. La transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, lleva a la introducción de un nuevo delito dedicado a la corrupción en el sector privado.

Se ha considerado conveniente tipificar penalmente las conductas más graves de corrupción en el deporte, en línea con distintas legislaciones de nuestro entorno.

En relación con los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, se explicita el urbanismo como objeto de tutela, se amplía el ámbito de las conductas típicas a las obras ilegales o clandestinas de urbanización, se prevé la imposición de multas proporcionales y el comiso de las ganancias, y se incluye en el tipo de prevaricación especial la ocultación de actos ilícitos por la actividad inspectora.

En los delitos contra el medio ambiente se agravan penas, se tipifica el traslado ilegal de residuos y se mejora la tipificación del establecimiento de depósitos o vertederos tóxicos o peligrosos, aparte de perfeccionar el delito de caza o pesca de especies amenazadas.

En el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social se ha producido un endurecimiento de las penas al objeto de hacerlas más adecuadas y proporcionales a la gravedad de las conductas. Se establece que la Administración Tributaria favorecerá la exacción efectiva del importe de la multa que penalmente se haya impuesto en sentencia, y, en cuanto al fraude de subvenciones, se unifica la cuantía para considerar delictivos los hechos respecto al delito fiscal.

Los reajustes en materia de penas por tráfico de drogas, reforzando la proporcionalidad, responden a la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas. Se precisa además la agravante de buque.

Se introducen reformas en los delitos de falsificación de certificados y documentos de identidad. Se podrá considerar falsedad el uso de documento, despacho, certificación o documento de identidad falsos o por quien no esté legitimado para ello, con independencia del modo en que haya conseguido el documento. También se establece una especial tutela respecto a la falsificación de tarjetas de crédito o débito o de cheques de viaje. La tutela penal se extiende al tráfico con esos instrumentos falsos y a su uso y tenencia en condiciones que permitan inferir su destino al tráfico, aunque no se haya intervenido en la falsificación.

En relación con agrupaciones u organizaciones criminales carentes de forma o apariencia jurídica, se ha optado por extraer del ámbito de

las asociaciones ilícitas las agrupaciones criminales y terroristas, situándolas, además, en el marco de los delitos contra el orden público. En relación con las organizaciones criminales y los grupos criminales sin las características de la organización, se tipifican diversas conductas y algunas especificidades en el terreno penológico, pudiendo ser perseguidas por el solo hecho de actuar en España.

Otra novedad es una profunda reordenación y clarificación del tratamiento penal de las conductas terroristas, incluyendo entre ellas la propia formación, integración o participación en organizaciones o grupos terroristas, dando cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Decisión Marco 2008/919/JAI. Se unifica en un mismo capítulo del Código Penal la reacción penal contra todas las manifestaciones de terrorismo, y se opta por equiparar plenamente el tratamiento punitivo de los grupos terroristas al de las organizaciones. De conformidad con dicha Decisión Marco, se amplía el concepto de colaboración con organización o grupo terrorista, incluyendo la actuación que tenga por objeto la captación, el adoctrinamiento, el adiestramiento o la formación de terroristas, y las conductas de distribución o difusión pública que generen el caldo de cultivo en el que, en un instante concreto, llegue a madurar la decisión ejecutiva de delinquir. Además, se tipifica el delito de financiación del terrorismo, incluyendo conductas imprudentes. Se ha previsto también la aplicación a los terroristas de la nueva medida postpenitenciaria de libertad vigilada por un tiempo de cinco a diez años.

En los delitos de cohecho se han producido importantes cambios para adecuar nuestra legislación a los compromisos internacionales asumidos relativos a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. Se lleva a cabo una adaptación de las penas, y se extiende el concepto de funcionario también al funcionario comunitario y al funcionario extranjero al servicio de otro país miembro de la UE.

Las normas de desarrollo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, así como la ratificación por España de otros instrumentos de Derecho Internacional Humanitario, han puesto de relieve la necesidad de adecuar la regulación de los delitos contra la comunidad internacional, en especial la protección penal dispensada a mujeres y niños en conflictos armados.

Por último, se procede a la creación de un nuevo delito de piratería dentro del Título dedicado a los delitos contra la Comunidad Internacional.

Los diversos apartados del artículo único (Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), tienen el siguiente contenido:

El primero da nueva redacción a la circunstancia 4ª del art. 22.

El segundo, suprime el apartado 2 del art. 31.

El tercero, añade un nuevo art. 31 bis, en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El cuarto, añade la letra k) al apartado 2, modifica la letra j) y añade la letra l) al apartado 3, modifica la letra g) del apartado 4 y añade un apartado 7 al art. 33, sobre la clasificación de las penas.

El quinto da una nueva redacción al apartado 2 del art. 36, sobre la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario.

El sexto añade el apartado 4 al art. 37, previendo la utilización de medios mecánicos o electrónicos para la localización del reo.

El séptimo añade la letra j) al art. 39, para incluir la pena de privación de la patria potestad. El octavo modifica el art. 46, en relación con la pena de privación de la patria potestad.

El noveno añade los apartados 4 y 5 al art. 52, en relación con la determinación y proporcionalidad de las multas.

El décimo añade el apartado 5 al art. 53, referente al fraccionamiento del pago de una multa impuesta a una persona jurídica.

El undécimo modifica el art. 55 para incluir a la privación de la patria potestad.

El duodécimo modifica la circunstancia 3ª del apartado 1 del art. 56, para referirse a la privación de la patria potestad.

El decimotercero modifica el apartado 1 del art. 58, en relación con la coincidencia del cumplimiento de la pena y el tiempo de prisión provisional.

El decimocuarto añade el apartado 3 al art. 66, para referirse a la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas.

El decimoquinto modifica los párrafos primero y tercero del apartado 1 del art. 88, en relación con la sustitución de la pena de prisión.

El decimosexto modifica el art. 89, con respecto a la expulsión del extranjero del territorio nacional, en sustitución de la pena.

El decimoséptimo modifica el apartado 3 del art. 96, para referirse a la libertad vigilada.

El decimoctavo modifica el art. 97 para suprimir la exigencia de previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria y su obligación de elevación anual de una propuesta.

El decimonoveno modifica el art. 98 para prever una propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria cuando se trate de medidas privativas de libertad o de libertad vigilada, determinando que en los demás casos el juez del tribunal sentenciador recabe directamente de la Administración la información, previendo una resolución motivada y un informe del Ministerio Fiscal.

El vigésimo modifica el apartado 3 del art. 100, no considerando quebrantamiento de la medida la negativa a someterse a tratamiento médico.

El vigésimo primero modifica el art. 105 para incluir la referencia a la libertad vigilada y para suprimir algunas de las medidas anteriores.

El vigésimo segundo modifica el art. 106 para regular de forma detenida la libertad vigilada.

El vigésimo tercero añade el apartado 3 al art. 116 para prever la responsabilidad civil de la persona jurídica de forma solidaria con las personas físicas.

El vigésimo cuarto da nueva redacción al art. 127, en relación con el comiso.

El vigésimo quinto modifica el art. 129 en relación con la consecuencia accesoria por delitos realizados a través de personas jurídicas u organizaciones.

El vigésimo sexto prevé que el actual art. 130 pasa a ser el apartado 1 de dicho artículo y añade un apartado 2 para determinar la no extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica transformada o disuelta de forma encubierta.

El vigésimo séptimo modifica el párrafo cuarto y suprime el párrafo quinto del apartado 1, modifica el apartado 4 sobre prescripción de los delitos y añade un apartado 5 al art. 131, estableciendo la imprescriptibilidad de ciertos delitos.

El vigésimo octavo da nueva redacción al apartado 2 del art. 132, en relación con la interrupción de la prescripción. El vigésimo noveno modifica el apartado 2 del art. 133 para prever la imprescriptibilidad de las penas por ciertos delitos.

El trigésimo añade un nuevo art. 156 bis sobre el tráfico ilegal de órganos.

El trigésimo primero añade un tercer párrafo al apartado 1 del art. 172, para referirse a la coacción ejercida para impedir el disfrute efectivo de la vivienda.

El trigésimo segundo añade un segundo y un tercer párrafo al apartado 1 del art. 173, en relación con el acoso laboral y el acoso inmobiliario.

El trigésimo tercero crea un nuevo título VII bis dentro del Libro Segundo con la rúbrica "De la trata de seres humanos".

El trigésimo cuarto añade un nuevo art. 177 bis, tipificando el delito de trata de seres humanos.

El trigésimo quinto modifica el art. 178, considerando agresión sexual el atentado contra la libertad sexual.

El trigésimo sexto modifica el párrafo primero y la circunstancia 3ª del apartado 1 del art. 180, en cuanto a circunstancias agravantes en las agresiones sexuales.

El trigésimo séptimo establece que el apartado 4 pasa a ser el 5, y modifica los apartados 2 y el 4 del art. 181, en relación con abusos sexuales sobre personas privadas de sentido o con trastorno mental.

El trigésimo octavo modifica el art. 182, en relación con el abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis.

El trigésimo noveno modifica el art. 183, sobre actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de 13 años.

El cuadragésimo modifica el art. 187 sobre inducción, promoción, o facilitación de la prostitución de una persona menor de edad o incapaz.

El cuadragésimo primero modifica el art. 188, en relación con la prostitución sobre persona menor de edad o incapaz.

El cuadragésimo segundo modifica el art. 189, castigando la utilización de menores o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico.

El cuadragésimo tercero modifica el art. 192 para incluir la medida de libertad vigilada y la pena de privación de la patria potestad.

El cuadragésimo cuarto modifica el art. 197 para penalizar el acceso no autorizado a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático.

El cuadragésimo quinto modifica el apartado 3 del art. 201, para referirse ahora a lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1 del art. 130.

El cuadragésimo sexto modifica con igual alcance el apartado 3 del art. 215.

El cuadragésimo séptimo modifica el art. 248, para incluir en el delito de estafa a los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.

El cuadragésimo octavo modifica el art. 249, incrementando la pena de prisión para los delitos de estafa.

El cuadragésimo noveno modifica el art. 250, incrementando las penas de la estafa cualificada.

El quincuagésimo añade un art. 251 bis, sobre los delitos de estafa de una persona jurídica.

El quincuagésimo primero modifica el art. 257 sobre el agravamiento de la insolvencia punible 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.

El quincuagésimo segundo añade el art. 261 bis, sobre insolvencias punibles imputables a personas jurídicas.

El quincuagésimo tercero modifica el art. 263 que pasa a ser el apartado 1 de dicho artículo y se añade un apartado 2 que reproduce el anterior apartado 1 del art. 264.

El quincuagésimo cuarto da nueva redacción al art. 264, para tipificar los delitos informáticos.

El quincuagésimo quinto modifica el párrafo tercero del art. 267 sobre el perdón del ofendido modificando la remisión al art. 130.

El quincuagésimo sexto añade un párrafo segundo al apartado 1 del art. 270 para reducir la pena en los casos de distribución al por menor de escasa entidad.

El quincuagésimo séptimo modifica el apartado 2 del art. 274, en igual sentido.

El quincuagésimo octavo añade el art. 282 bis sobre falseamiento engañoso de cuentas de sociedades cotizadas

El quincuagésimo noveno modifica el art. 284, sobre alteración fraudulenta de precios incluyendo la difusión de datos falsos o la utilización de información privilegiada.

El sexagésimo determina que la Sección Cuarta del Capítulo XI del Título XIII del Libro II pasa a ser la Sección Quinta del mismo Capítulo, Título y Libro e introduce una Sección Cuarta con la rúbrica "de la corrupción entre particulares".

El sexagésimo primero integra el art. 286 bis, sobre corrupción entre particulares, como artículo único de la Sección Cuarta del Capítulo XI del Título XIII del Libro II.

El sexagésimo segundo modifica el art. 288 sobre la posible publicación de la sentencia y la posible pena si de los delitos fuere

responsable una persona jurídica.

El sexagésimo tercero modifica la rúbrica del Capítulo XIV, del Título XIII, del Libro II, para referirse a la receptación y el blanqueo de capitales.

El sexagésimo cuarto modifica el párrafo primero del apartado 1 del art. 301, sobre receptación.

El sexagésimo quinto modifica el apartado 2 del art. 302, sobre penas y consecuencias accesorias a imponer en los delitos de receptación, incluyendo las que correspondan a personas jurídicas y entidades desprovistas de personalidad jurídica.

El sexagésimo sexto modifica el párrafo primero del apartado 1 y añade un apartado 5 al art. 305, en relación con defraudaciones a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, disponiendo que la pena de multa y la responsabilidad civil, incluido el importe de la deuda tributaria que no se haya podido liquidar, se exigirán por el procedimiento administrativo de apremio.

El sexagésimo séptimo modifica el art. 306, en relación con la defraudación de fondos europeos.

El sexagésimo octavo modifica el párrafo primero del apartado 1 del art. 307 en relación con la defraudación a la Seguridad Social.

El sexagésimo noveno modifica los apartados 1 y 2 del art. 308, sobre defraudación en subvención, desgravación o ayuda de las Administraciones Públicas.

El septuagésimo modifica el art. 309, sobre obtención fraudulenta de fondos de la Comunidad Europea.

El septuagésimo primero añade el art. 310 bis, respecto a cuando de los delitos comprendidos en el título fuere responsable una persona jurídica.

El septuagésimo segundo modifica el art. 313 sobre el favorecimiento de la emigración usando engaño.

El septuagésimo tercero reordena y modifica el art. 318 bis, sobre tráfico ilegal e inmigración clandestina previendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El septuagésimo cuarto modifica la rúbrica del Título XVI del Libro II, denominándola de los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente.

El septuagésimo quinto modifica la rúbrica del Capítulo I del Título XVI del Libro II, denominándola de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

El septuagésimo sexto modifica el art. 319, incrementando las penas por obras de urbanización, construcción o edificación no autorizadas en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares de especial protección disponiendo el comiso de las ganancias provenientes del delito y previendo la responsabilidad de la persona jurídica.

El septuagésimo séptimo modifica el apartado 1 del art. 320, añadiendo el supuesto de inspecciones en que se silencie la infracción de dichas normas o se omita la realización de inspecciones de carácter obligatorio.

El septuagésimo octavo modifica el art. 325, agravando las penas en los delitos contra el medio ambiente incluyendo el transporte ilegal de residuos.

El septuagésimo noveno modifica el art. 327 en materia de responsabilidad de la persona jurídica.

El octogésimo modifica el art. 328, agravando las penas para quienes estableciesen depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos, incluyendo la explotación de una actividad peligrosa, el almacenamiento o utilización de sustancias o preparados peligrosos nocivos para los sistemas naturales o la salud de las personas, y la recogida, el transporte, el reciclado o la eliminación de residuos peligrosos.

El octogésimo primero modifica el apartado 1 del art. 329 para tipificar penalmente las omisiones en las actividades de inspección medioambientales.

El octogésimo segundo modifica el apartado 1 del art. 334, en relación con la caza y pesca de especies amenazadas, incluyendo la destrucción o grave alteración de su hábitat, y el comercio con ellas o sus restos.

El octogésimo tercero modifica el art. 343, sobre vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de materiales o de radiaciones ionizantes, incluyendo la exposición por cualquier otro medio a dichas radiaciones.

El octogésimo cuarto modifica los apartados 1 y 3 del art. 348, sobre delitos de riesgo en la fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes, o cualesquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos.

El octogésimo quinto modifica el art. 368, sobre cultivo, elaboración, tráfico, facilitación del consumo y posesión de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas previendo que los tribunales puedan excepcionalmente imponer la pena inferior en grado en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

El octogésimo sexto suprime las circunstancias 2ª y 10ª del apartado 1 y modifica el apartado 2 del art. 369, en relación con la sanción a imponer a la organización o persona titular del establecimiento en relación con el tráfico de drogas.

El octogésimo séptimo añade el art. 369 bis para cuando los hechos descritos en el art. 368 se hayan realizado por quienes pertenecieran a una organización delictiva, previendo pena a la organización como persona jurídica penalmente responsable.

El octogésimo octavo modifica el ordinal 2º y el párrafo segundo del ordinal 3º del art. 370, en relación con la agravante de buque.

El octogésimo noveno modifica el art. 387 en lo que se refiere a qué se entiende por moneda.

El nonagésimo modifica el art. 392 tipificando el uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso así como traficar con él de cualquier modo.

El nonagésimo primero modifica el art. 399, para incluir el certificado falso perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o que haya sido falsificado o adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado en España.

El noagésimo segundo añade la Sección 4ª del Capítulo II del Título XVIII del Libro II con la rúbrica "de la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje".

El noagésimo tercero añade el art. 399 bis, sobre alteración o falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previendo la posible responsabilidad penal de la organización.

El noagésimo cuarto añade el art. 400 bis, para considerar que incurre en el delito de uso de documento, despacho, certificación o documento de identidad falsos quien utilice los correspondientes documentos auténticos si quien haga tal uso no está legitimado para ello.

El noagésimo quinto modifica el art. 419, agravando la pena de cohecho e incluyendo la dádiva para no realizar o retrasar injustificadamente el acto que debiera practicar.

El noagésimo sexto modifica el art. 420 incluyendo el aceptar ofrecimiento o promesa para realizar acto propio del cargo y agravando la pena.

El noagésimo séptimo modifica el art. 421, para incluir la dádiva, favor o retribución recibida, como recompensa a posteriori.

El noagésimo octavo modifica el art. 422, tipificando la aceptación de dádiva o regalo ofrecidos en consideración al cargo o función.

El noagésimo noveno modifica el art. 423 y extiende el cohecho a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.

El centésimo modifica el art. 424 sancionando al particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo, o un acto propio de su cargo o para que no realice o retrase el que debiera practicar.

El centésimo primero da nueva redacción al art. 425 que se corresponde con el actual art. 424 agravando las penas.

El centésimo segundo modifica el art. 426 en una redacción que se corresponde con el actual art. 427.

El centésimo tercero modifica el 427 sobre el cohecho de funcionarios comunitarios o funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión.

El centésimo cuarto modifica el párrafo segundo del art. 430 sobre cuando de los delitos comprendidos en el capítulo fuere responsable una persona jurídica.

El centésimo quinto modifica el art. 445 sobre cohecho en las transacciones económicas internacionales.

El centésimo sexto modifica la letra a) del ordinal 3º del art. 451, para referirse a la piratería, trata de seres humanos o tráfico ilegal de órganos.

El centésimo séptimo modifica el apartado 2 del art. 468 para referirse al quebrantamiento de la medida de libertad vigilada.

El centésimo octavo suprime el ordinal 2º del art. 515 referente a organizaciones terroristas.

El centésimo noveno suprime el art. 516.

El centésimo décimo da como nueva rúbrica al Capítulo V del Título XXII del Libro II, "de la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos".

El centésimo undécimo suprime las rúbricas de las Secciones Primera y Segunda, de dicho Capítulo V.

El centésimo décimo primero (que, como ya se avanzó, repite, erróneamente, el número del anterior) modifica los ordinales 1º y 3º del apartado 1 y el apartado 2 del art. 566, para hacer referencia a las minas antipersonas.

El centésimo décimo segundo modifica los apartados 1 y 2 del art. 567, haciendo referencia a las minas antipersonas.

El centésimo décimo tercero añade el Capítulo VI al Título XXII del Libro II, con la rúbrica "de las organizaciones y grupos criminales".

El centésimo décimo cuarto añade el art. 570 bis, sobre quienes promovieren, constituyeren, coordinaren o dirigieren una organización criminal.

El centésimo décimo quinto añade el art. 570 bis a), sobre quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal.

El centésimo décimo sexto añade el art. 570 bis b), sobre medidas de disolución de la organización o grupo criminal, y otras responsabilidades penales.

El centésimo décimo séptimo añade el Capítulo VII al Título XXII del Libro II, con la rúbrica "de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo".

El centésimo décimo octavo crea la Sección Primera del Capítulo VII al Título XXII del Libro II, con la rúbrica "de las organizaciones y grupos terroristas".

El centésimo décimo noveno modifica el art. 571, tipificando el delito de promoción, constitución, organización, dirección o participación en una organización o grupo terrorista.

El centésimo vigésimo crea la Sección Segunda del Capítulo VII al Título XXII del Libro II, con la rúbrica "de los delitos de terrorismo".

El centésimo vigésimo primero modifica el art. 572, refundiendo los anteriores arts. 571 y 572.

El centésimo vigésimo segundo modifica el art. 574 para referirse al apartado 3 del art. 571.

El centésimo vigésimo tercero modifica el art. 576 incluyendo un apartado 3 para tipificar la actividad de captación, adoctrinamiento, adiestramiento o formación, dirigida a la incorporación de otros a una organización o grupo terrorista o a la perpetración de cualquiera de los delitos de terrorismo.

El centésimo vigésimo cuarto añade el art. 576 bis respecto a la recolección de fondos para el terrorismo, contemplando el supuesto de financiación concreta de un acto terrorista, la comisión imprudente y la responsabilidad penal de la persona jurídica.

El centésimo vigésimo quinto modifica el art. 579 para incluir la distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer la perpetración de cualquiera de los delitos de terrorismo previendo la posibilidad de imponer la medida de libertad vigilada a los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos de terrorismo.

El centésimo vigésimo sexto añade los ordinales 8º y 9º al art. 611 para incluir la abolición o suspensión de derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa y el atentado contra la libertad sexual durante un conflicto armado. El centésimo vigésimo séptimo modifica los ordinales 3º y 4º y añade los ordinales 8º, 9º y 10º al art. 612 para referirse, en particular, a quien reclute o aliste a menores de 18 años o los utilice para participar directamente en las hostilidades o use indebidamente los signos distintivos de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y para tipificar la utilización del hambre en la población civil como método de guerra, el obstaculizar arbitrariamente los suministros de socorro, la violación de la suspensión de armas, armisticio o capitulación y el ataque contra cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas, personal asociado o participante en una misión de paz o de asistencia humanitaria.

El centésimo vigésimo octavo modifica el art. 613 sobre protección de bienes culturales y otros bienes en caso de conflicto armado.

El centésimo vigésimo noveno modifica el art. 614 para tipificar también actos relativos a la regulación de los medios y métodos de combate.

El centésimo trigésimo modifica el art. 615, para referirse a los capítulos anteriores de este Título.

El centésimo trigésimo primero modifica el art. 616, para cambiar la referencia a los capítulos del Título y establecer determinadas excepciones.

El centésimo trigésimo segundo añade el Capítulo V al título XXIV del Libro Segundo, con la rúbrica "delito de piratería".

El centésimo trigésimo tercero añade el art. 616 quáter, sobre delito de piratería.

El centésimo trigésimo cuarto añade el art. 616 quinquies, que regula los delitos de resistencia y desobediencia contra buque de guerra, o aeronave militar u otro buque o aeronave al servicio del Estado español.

La disposición adicional única establece que las referencias que se hacen a los delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderán hechas a delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código o cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales.

La disposición transitoria primera, sobre legislación aplicable, establece que los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión salvo que las disposiciones de la ley sean más favorables para el reo teniendo en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado.

La disposición transitoria segunda, sobre revisión de sentencias, prevé la revisión de las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable.

La disposición transitoria tercera establece las reglas de invocación de la normativa aplicable en materia de recursos sobre las sentencias no firmes dictadas conforme a la legislación que se deroga.

La disposición final primera modifica el apartado b) del art. 65 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para referirse a la falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales.

La disposición final segunda detalla las normas de la Unión Europea que la ley incorpora al Derecho español.

La disposición final tercera determina que la Ley Orgánica entrará en vigor a los seis meses de su completa publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Segundo. Contenido del expediente

Constan en el expediente:

- 1) Una primera versión del Anteproyecto con fecha 14 de noviembre de 2008, en la que el artículo 1 contiene 91 apartados.
- 2) Una memoria justificativa, una memoria económica y un informe sobre el impacto de género en relación con esa primera versión.
- 3) Diligencia de la Ministra Secretaria del Consejo de Ministros acreditativa del cumplimiento del trámite previsto en el art. 22.3 de la Ley 50/1997, del Gobierno, de fecha 14 de noviembre de 2008.
- 4) Oficio del Secretario de Estado de Justicia de 19 de noviembre de 2008, solicitando informes al Consejo General del Poder Judicial y al Fiscal General del Estado.
- 5) Informe del Consejo General del Poder Judicial de 26 de febrero de 2009, que se estructura, en sus consideraciones jurídicas, en 17 apartados.

El primer apartado examina la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las medidas del art. 129. Considera que el art. 31 bis no establece ningún criterio específico de imputación del hecho a la persona jurídica como hecho propio, sino que sigue un (peculiar) sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas por los hechos de otro, sin excluir la responsabilidad criminal individual de las personas físicas que hayan delinquido en su seno. Considera imprescindible identificar el concreto criterio que permite la imputación objetiva y subjetiva del hecho a la persona jurídica, y establecer consecuencias de diferente gravedad, cambiar el criterio de control para darle un sentido estructural, e incluir una cláusula sobre la noción de persona jurídica. Sobre la pena de intervención judicial que introduce el número 7 del art. 33, estima que su configuración como pena o medida de duración determinada impide la flexibilidad que permitiría su naturaleza de medida de seguridad. Critica que el art. 129 establezca un doble sistema de consecuencias jurídicas para las sociedades y asociaciones, aconsejando una restricción expresa de su ámbito objetivo de aplicación, en el doble sentido de excluir expresamente a los entes públicos territoriales e institucionales, que deben seguir sometidos exclusivamente a la legislación no penal al respecto, y de establecer un numerus clausus de delitos cometidos por las personas físicas que pueden provocar la aplicación del art. 129, mediante la referencia a que solo serán aplicables las medidas en los casos expresamente previstos en el Código Penal, además de regular un sistema específico de medidas de seguridad para las personas jurídicas.

El segundo apartado se refiere a la libertad vigilada. Tras reconocer la necesidad de introducir la libertad vigilada en nuestro ordenamiento jurídico, se pone en relación la pena de libertad vigilada con otras penas accesorias de posible cómputo sucesivo a la de

prisión, se destaca que, dado el sistema progresivo del cumplimiento de las penas de prisión, son necesarias normas que aseguren su compatibilidad con el cumplimiento posterior de la pena de libertad vigilada, lo que obliga a prestar especial atención a las obligaciones que pueden integrar la libertad vigilada y a los sistemas para garantizar su cumplimiento. Además, es imprescindible la previsión reglamentaria simultánea, o bien en el propio art. 49 bis 4, de los agentes administrativos de control de la ejecución de esta pena, con funciones de control del penado y de información al Juez de Vigilancia Penitenciaria, llamados a orientar al juez sobre el cambiante contenido de la concreta ejecución de la pena de libertad vigilada, de acuerdo con sus finalidades de aseguramiento del colectivo social y de reinserción social. La regulación del quebrantamiento de la pena de libertad vigilada es contradictoria con la contenida en el art. 49 bis) 6, siendo necesario regular más detalladamente los efectos del incumplimiento de la pena de libertad vigilada. Dada la presunción iuris tantum de peligrosidad futura que supone la regulación de la libertad vigilada, debe permitirse modificar el pronóstico de peligrosidad para reducir la pena o dejarla sin efecto. En cuanto a la obligación de someterse a tratamiento médico, considera que, como medida de seguridad, no puede aplicarse en el ámbito de las penas, porque el sujeto en el momento de la comisión del delito fue imputable, y porque en el momento de la aplicación de la medida es plenamente capaz. Convertir el tratamiento médico en una de las obligaciones de la pena de libertad vigilada puede implicar un atentado contra la dignidad humana, contrario al art. 10.1 de la Constitución.

El tercer apartado se refiere a la nueva regulación del comiso, destacando que es problemático el mantenimiento de una regulación unitaria de todas las formas de comiso, dada la diferencia entre el comiso de ganancias y el de instrumentos. La aplicación de ambas modalidades en los delitos imprudentes no es obligada por la Decisión Marco 2005/212/JAI, y puede vulnerar el principio de proporcionalidad. En cuanto al comiso ampliado, aun sin discutir su conveniencia político-criminal, se indica que la inversión de la carga de la prueba para el comiso en relación con la delincuencia organizada, que es una de las tres posibles opciones que ofrece la Decisión Marco 2005/212, plantea problemas en cuanto se trata de aplicar una pena, debiendo ponerse el acento en la relación del patrimonio desproporcionado con la actividad delictiva de la organización por la que el sujeto es condenado, lo que debería especificar el texto propuesto.

El apartado cuarto se refiere a la prescripción. La ampliación del plazo de prescripción de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social protege las arcas públicas, pero plantea dudas de congruencia político criminal, ya que existen otros muchos delitos que afectan a intereses colectivos, no exceptuados de la aplicación del régimen general de la prescripción. El nuevo régimen de interrupción de la prescripción de las infracciones penales es conservador al no introducir un sistema de lista cerrada, manteniendo una cláusula general que no avanza en el plano de la seguridad jurídica, dadas las diferencias de interpretación jurisprudencial de la regulación penal cuya deficiencia se ha puesto de relieve. Los criterios de judicialidad y determinación del culpable, suponen una reducción drástica de los actos procesales con capacidad interruptora de la prescripción. El condicionamiento de que la denuncia o querrela sea o no admitida a trámite en la suspensión del cómputo de prescripción, puede crear una situación de interrupción en la medida en que se retrotraiga o no el momento de imputación a la denuncia o querrela. La nueva exigencia de que la persona que aparezca indiciariamente como penalmente responsable esté "determinada" limita más allá de lo razonable la validez a efectos prescriptivos de múltiples actos procesales que implican un impulso efectivo de la acción penal. Exigir que el proceso se dirija contra persona "determinada" redundará en beneficio de las estructuras criminales complejas y de quienes integran los mandos superiores de las mismas, cuya identificación plena es dificultosa y se produce en las fases más tardías de la investigación. Desde la perspectiva político-criminal es recomendable que la norma prevea un régimen jurídico específico para delitos cometidos en el seno de colectivos u organizaciones. Sobre la ampliación a los delitos de terrorismo de los supuestos de imprescriptibilidad de delitos y penas, se trata de una legítima opción de política criminal, aunque sugiere incluir también otras modalidades de terrorismo. Sobre esta medida, ha formulado voto particular contrario, por razones de legalidad y de oportunidad, la Vocal doña Margarita Uría.

El apartado quinto se refiere al acoso laboral. Estima necesario el tipo penal dadas las dificultades de insertarlo en el vigente art. 171.1, aunque plantea la dificultad de su coordinación con el, excesivamente indeterminado, art. 173.1. Se critica que el acoso sexual sea una modalidad privilegiada de acoso en el trabajo, ya que en ambos casos la instrumentalización y utilización del trabajador es igualmente significativa. En cuanto al tipo de atentado en las relaciones contractuales, sería conveniente tipificar específicamente el llamado mobbing inmobiliario.

El apartado sexto se dedica al delito de trata de seres humanos en el art. 177 bis. Se sugiere una cláusula de atenuación facultativa de la pena y en cuanto a las conductas típicas y la delimitación con otros delitos, se indica que conviene reforzar la necesaria vinculación de las conductas típicas con el tráfico de personas, pues, de otro modo, sería muy difícil distinguir el delito de otro tipo delictivo.

El apartado séptimo se refiere a los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales, prostitución y corrupción de menores. Se considera imprescindible la reforma del art. 178 sobre la agravación de la pena de delito de agresión sexual sin acceso carnal, por ser una exigencia de la Decisión Marco 2004/68/JAI. En cuanto al nuevo art. 183, relativo a tipos penales con víctimas menores de 13 años, se sugiere una precisión en relación con la edad, la referencia al bien jurídico libertad y no sólo a la indemnidad, y determinadas mejoras de redacción en la regulación de las circunstancias agravantes específicas, en especial en relación con la pertenencia a una organización. Sobre los marcos penales previstos para las agresiones y abusos sexuales, se plantea un problema de proporcionalidad con el homicidio, y que no se incorpora el efecto penológico de dos o más circunstancias agravantes. La nueva redacción del art. 187.1 debe entenderse como una extensión del tipo a las conductas de ejercicio de la prostitución, sin necesidad de mayores distinciones cualitativas. Sobre la referencia a la intervención de personas jurídicas, se utilizan expresiones que por su indeterminación generan problemas interpretativos e inseguridad jurídica. En el art. 192.3 debería suprimirse la referencia a la naturaleza definitiva de la pérdida de la patria potestad.

El apartado octavo se dedica a los delitos informáticos, señalando que los nuevos tipos penales del art. 197.3 y 8 obedecen al mandato armonizador contenido en el art. 2 de la Decisión Marco 2005/222/JAI, relativa a los ataques contra los sistemas de información, tratando de proteger también los sistemas de información con barreras de seguridad, tipificando el mero intrusismo informático, sin necesidad de vulnerar la intimidad, que no es el bien jurídico protegido, sino la integridad y la indemnidad del propio sistema, la seguridad colectiva del tráfico informatizado.

El apartado noveno examina la captación fraudulenta de inversores y obtención fraudulenta de crédito en el nuevo art. 282 bis, un tipo especial agravado con respecto a los del art. 290 por tratarse de sociedades cotizadas y por haber conseguido el autor captar inversores u obtener crédito. Sin embargo, el delito no se regula como forma de estafa, ni tampoco como delito societario, sino como delito contra el mercado y los consumidores. No es comprensible por qué la tipificación de las estafas de inversores y de crédito se reduce al mercado de valores, se mezclan las inversiones con la financiación, se segregan estos delitos de la estafa, y no se atiende a su relación con el delito de falsedad societaria del art. 290. Es inobjetable introducir tipos penales autónomos de estafa de inversores y de crédito pero la mezcla de ambos, la ausencia de sistema, y la exclusiva atención al mercado de valores y a determinados productos hacen muy objetable la propuesta. Es conveniente que la estafa de inversores sea regulada como un supuesto específico y agravado del art. 290, separar la regulación de la estafa de inversiones y la estafa de crédito, y regular ésta como modalidad de estafa no limitada al ámbito objetivo del mercado de valores, y aquélla como estafa de inversores agravada junto al delito del art. 290.

El apartado décimo se refiere al nuevo delito de corrupción privada que plantea problemas en cuanto a su ámbito objetivo de aplicación en relación con el sector público. La referencia a los directivos y a los empleados como sujetos pasivos plantea el que nuestro sistema jurídico no incluye en el concepto de directivo a los administradores y que la expresión colaboradores es excesivamente indeterminada. Considera, además, conveniente especificar qué tipo de obligaciones son las que se incumplen.

El apartado undécimo se dedica al blanqueo de capitales, indicando que la redacción dada al art. 301.1 incluye como nuevas formas de acción la posesión de los bienes por quien sabe que tienen su origen en un delito, incluso si el delito se hubiese cometido por el propio sujeto que los posee. No se incriminan así conductas propiamente de blanqueo, en cuanto no suponen un cambio de titularidad real aparente. Esta tipificación de las conductas de posesión y de utilización que la Convención de Viena refiere a los delitos de tráfico de drogas, supone una extralimitación del contenido de los instrumentos jurídicos internacionales, con diversos inconvenientes, porque la posesión de bienes procedentes de un delito ya está tipificada como delito de receptación y encubrimiento, pero para quienes no hayan intervenido como autores o cómplices, planteándose una posible infracción del "non bis in idem", al no excluirse a quienes han intervenido como autores o cómplices del delito. Es más aconsejable la supresión de las dos formas de la acción típica, o establecer una cláusula que impida una pena que exceda de la señalada al delito encubierto.

El duodécimo se dedica a la defraudación tributaria, criticándose el contenido del art. 305 por la posible duplicidad o compatibilidad de los procedimientos administrativo y penal, lo que plantea problemas prácticos de difícil solución, también en relación con el procedimiento administrativo de apremio.

El apartado décimo tercero se refiere a los delitos contra la ordenación del territorio, sugiriendo que en el art. 319 se indicase que la especificidad estuviera condicionada a que las obras tengan suficiente volumen y durabilidad. Se considera positivo que en el ámbito de las personas jurídicas se prevea una multa proporcional, pero incomprensible que, para las personas físicas, se siga fijando un sistema de cuota diaria con un máximo insignificante respecto a los beneficios producidos por ese tipo de delito. Siendo los delitos urbanísticos más graves que las infracciones administrativas urbanísticas, no es comprensible que la demolición sea imperativa en el ámbito administrativo y solo facultativa en el penal, por lo que debería coordinarse la regulación penal con la administrativa, además de preverse que, cuando no acuerde la demolición, el juez deberá ordenar el comiso de la construcción. En cuanto a la omisión del deber de informar, se tipifica la conducta de silenciar las infracciones de las normas urbanísticas, modalidad omisiva que requiere una especial atención, siendo problemática la referencia genérica a "con motivo de inspecciones".

El apartado décimo cuarto, se refiere a las agrupaciones criminales. Se critica la ubicación sistemática del nuevo art. 385 bis, tras los delitos contra la seguridad del tráfico y antes de los de falsificación de moneda y efectos timbrados, con ninguno de los cuales tiene la menor proximidad sistemática, aunque la propia peculiaridad del nuevo delito haga difícil su ubicación sistemática. La indefinición del bien jurídico sería incompatible con el principio de determinación de los tipos penales, porque no estaría delimitado el concreto ámbito afectado de la seguridad colectiva. La técnica jurídica adecuada sería la incriminación concreta de las agrupaciones criminales en los correspondientes capítulos o títulos, como delitos de mera actividad o peligro abstracto para los respectivos bienes jurídicos. En el Anteproyecto se trata de un delito de peligro abstracto indeterminado, incompatible con el principio de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y con el principio de legalidad. No es aceptable la equiparación de la gravedad de las asociaciones estables con las transitorias, y si se mantiene el delito la pena debe ser inferior a la que corresponde a los integrantes de una asociación ilícita no terrorista, previéndose un tipo agravado para las agrupaciones transitorias para cometer delitos de terrorismo. Se considera conveniente introducir la atenuante de colaboración activa en la investigación de los delitos de asociación ilícita.

El apartado décimo quinto se dedica al cohecho. El nuevo sistema no se construye sobre la naturaleza delictiva, ilícita pero no delictiva, sino sobre la naturaleza contraria o no a los deberes del cargo. La naturaleza delictiva o no del acto influye en la pena correspondiente solo a través del concurso de delitos. Para corregir la incongruencia valorativa referida a las omisiones delictivas, sería necesario trasladar al art. 419 las conductas consistentes en no realizar o retrasar injustificadamente un acto que deba realizar el funcionario, para que las conductas omisivas fueran consideradas en todo caso contrarias a los deberes del cargo y, a la vez, para que la naturaleza delictiva o no de tales omisiones permitiera la imposición de una mayor o menor pena por la vía del concurso de delitos. En cuanto al art. 426, se critica la brevedad del plazo de diez días desde la fecha de los hechos para el efecto político-criminal de la exención de la pena y el que se haga referencia sólo a la denuncia, pero no a la colaboración activa, facilitando la eficaz persecución del delito y de sus responsables.

El apartado décimo sexto se refiere a la provisión o recolección de fondos para financiación del terrorismo, concreción del tipo de colaboración con banda armada en el ámbito típico del concepto de ayuda económica. Se sugiere una cláusula de interpretación auténtica en un segundo párrafo del art. 676.2, y se considera excesiva la detallada relación de elementos subjetivos de la decisión deliberada y necesario referirse sólo a actos terroristas, teniendo en cuenta que el terrorismo no es un concepto jurídico penal.

El apartado décimo séptimo se refiere a la disposición transitoria segunda sobre revisión de sentencias en caso de problemas de retroactividad favorable, lo que podría requerir medidas concretas de apoyo o refuerzo, que deberá reflejarse en la Memoria Económica.

6) Informe del Consejo Fiscal en el que se analiza el contenido del borrador del Anteproyecto siguiendo la enumeración de sus disposiciones.

Entre sus numerosas y variadas consideraciones cabe destacar, en primer lugar, las diversas referencias contenidas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en especial la aplicación del principio de culpabilidad. Entiende que el texto se inclina por un modelo prioritariamente vicarial, con algunos elementos de culpabilidad de la empresa, en especial sobre la responsabilidad por hechos propios, por la falta o el debido control sobre los autores del hecho. Considera adecuado el sistema de incriminación específica y el que la nueva responsabilidad de la persona jurídica no excluya la de las personas físicas. Sin embargo, sugiere el establecimiento de esa responsabilidad penal, aun cuando la persona física sujeto activo del delito hubiera fallecido. También considera conveniente incluir un catálogo de circunstancias agravantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En cuanto a los tipos delictivos, debería haberse incluido una modificación del art. 318 en el ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores y los relativos a la seguridad y salud laboral. En la clasificación de las penas, se subraya la existencia de un sistema punitivo específicamente aplicable a las personas jurídicas, criticándose el que las penas tengan siempre la naturaleza de graves, la eficacia de multa por cuotas o proporcional y la falta de referencia al destino del patrimonio de la persona jurídica cuya disolución se acuerde. En cuanto a las consecuencias accesorias vinculadas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la nueva redacción del art. 129 permite ampliarlas a cualquier entidad, no ya como penas sino como consecuencia derivada del delito cuando la entidad carezca de personalidad jurídica y se sugiere que esto sea también posible a entidades con personalidad jurídica. También se proponen introducir precisiones en las circunstancias que permiten aplicar estas medidas y en relación con su aplicación como medida cautelar. Sobre la extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica se proponen cambios en el nuevo apartado del art. 130, debiendo incluirse la disolución como uno de los supuestos que no extingue la responsabilidad penal, considerando innecesaria la referencia a la disolución encubierta. En materia de libertad vigilada, se suscitan dudas de constitucionalidad en cuanto a la desproporción o innecesariedad de la pena en relación con su duración, criticando su calificación como pena y se considera

necesario revisar la competencia judicial, precisar la extinción de la pena, corregir el contenido material de las medidas y revisar el procedimiento de ejecución, introduciendo algún filtro procedimental. Además, se cuestiona que la libertad vigilada, propia de los delitos contra la indemnidad y la libertad sexual, sea extendida a los delitos de terrorismo.

En cuanto al comiso, se destaca la aplicación de la Decisión Marco 2005/212/JAI, permitiendo la aplicación del comiso ampliado, aunque estima que la dicción del texto proyectado resulta confusa, plantea problemas importantes de interpretación y no se adecua plenamente al sentido de la Decisión Marco. Se valora positivamente la inclusión de la presunción legal, porque no incide ni en el núcleo de la acción delictiva ni en la imputación de dicha acción, se sugiere una nueva redacción del párrafo para evitar futuros problemas interpretativos. Otra importante novedad es la posibilidad de acordar el comiso, dentro de ciertos límites, en el caso de delitos imprudentes, lo que se considera acertado.

En materia de prescripción, afirma que una regulación que determine la imprescriptibilidad de delitos o de penas puede resultar contradictoria con principios básicos esenciales de la Justicia Penal, y que debe ponderarse si está justificado ampliar los supuestos de imprescriptibilidad, que deben admitirse sólo de modo muy excepcional y con extrema prudencia. La imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo tendrá escasa eficacia práctica y la solución resulta discutible, pues no van a hacerse efectivos hasta dentro de un gran período de tiempo, existiendo el riesgo de que se amplíen en el futuro nuevas excepciones. Sobre la ampliación de los plazos de prescripción para los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, se reconoce que un plazo más largo de prescripción facilitará la represión de esos delitos, aunque se podría haber optado por aumentar las penas en su modalidad agravada, lo que hubiera llevado a la ampliación del plazo de prescripción, y se destaca la ausencia de una regulación de la prescripción aplicable a los delitos conexos que plantea problemas en la práctica. El Anteproyecto, al vincular la interrupción a la existencia de un procedimiento dirigido contra persona determinada, plantea problemas, sobre todo en los fenómenos de delincuencia organizada, sugiriendo que se haga referencia también a la persona susceptible de identificación, y que se establezca qué debe considerarse como actuación material sustancial. Se distingue entre interrupción y suspensión para un caso específico, aunque la fórmula negativa empleada deja subsistente la posibilidad de diversas interpretaciones jurisprudenciales. Una descripción más detallada de los actos y una enumeración más exhaustiva de la causa de suspensión aumentaría notablemente la seguridad jurídica. En relación con la prescripción de las penas, se cuestiona la imprescriptibilidad de las relativas a los delitos de terrorismo.

Sobre acoso laboral, se propone incluir más claramente al ámbito funcional, y, en cuanto a la referencia a otra relación contractual, concretar más el acoso inmobiliario.

El Consejo Fiscal considera necesaria la reforma relativa a la trata de seres humanos que supera las gravísimas deficiencias de la regulación vigente, frente a los instrumentos internacionales que configuran el delito de trata de seres humanos, como un atentado intolerable contra la dignidad de la persona, y una de las manifestaciones más graves de la criminalidad moderna. Se considera acertada la ubicación del nuevo Título VII bis), así como adecuada la transposición de los instrumentos internacionales en lo que concierne a la acción típica, aunque se propone hacer referencia a la trata de seres humanos para la extracción de órganos. Examina la conexión del delito con la conducta de explotación laboral, de explotación sexual y de prostitución coactiva, señalando que el problema más importante es la valoración del consentimiento de la víctima, que hay que referirlo a la propia explotación. También es proporcionada la previsión penológica, teniendo en cuenta la gravedad del delito y es acertada la mención de que el delito pueda producirse en territorio español o en tránsito o con destino a España y que la víctima del delito puede ser nacional o extranjera. Como aspectos dudosos, indica la norma concursal específica del número 9 del art. 177 bis), y la omisión de la tipificación expresa de utilizar los servicios de la persona explotada. Añade que la redacción del art. 177 bis) se ajusta con rigor a los instrumentos internacionales, pero no basta la tipificación para cumplir esos instrumentos, debiendo incorporarse un conjunto de otras medidas dirigidas a la protección y rehabilitación de las víctimas de estos delitos. Sobre el alcance de la reforma en los abusos sexuales cometidos sobre menores, y prostitución y pornografía infantil, valora positivamente la reforma introducida en los arts. 178 a 183 y 187 a 192, a la luz de la Decisión Marco 2004/68/JAI, pero critica y sugiere cambios en algunos de los preceptos. No se considera coherente, a la vista del nuevo art. 183.4, que no se retoquen algunas de las circunstancias calificativas del apartado 1 del art. 180, así como que se omita la referencia a la introducción de miembros corporales en el apartado 4 del art. 181. Además, el carácter abierto del nuevo art. 183 puede provocar una cierta inhibición judicial, siendo conveniente añadir una cláusula de discrecionalidad judicial, más o menos reglada, a los supuestos de menor gravedad y ganaría en precisión el precepto si se hiciera referencia a sufrir o practicar un acto sexual significativo, y se mencionara expresamente la grave puesta en peligro de la integridad física del menor o de su salud, y se introdujera una referencia a prevalerse de la condición de autoridad, agente o funcionario público, para la mejor redacción de la especial vulnerabilidad por edad. Echa de menos que no se regulen las conductas que afectan contra la indemnidad de los discapaces intelectuales. También sugiere la inclusión de la posible inhabilitación para el ejercicio de actividades profesionales que supongan el cuidado de un niño y que se tenga en cuenta la diferencia de edad entre el sujeto activo y el pasivo. Considera razonable la equiparación de penas en relación con los delitos de prostitución y pornografía infantil. En la reforma del art. 168, resalta que no se retoca su apartado primero, que ha sido objeto de gran debate. Estima que la previsión típica del art. 385 bis) del Anteproyecto hace innecesaria la agravación prevista en el art. 188.4 b). En la nueva redacción del art. 189 sigue notándose la ausencia de definición de lo que sea material pornográfico y también podría incluirse como conducta delictiva la asistencia a espectáculos pornográficos en los que participen menores. Como punto susceptible de mejora deberían incorporarse algunos extremos de la Decisión Marco 2004/68/JAI que considera punible el ofrecimiento o facilitación de pornografía infantil y la pornografía virtual. Considera positivo haber previsto la posibilidad de imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, que no afecta a los derechos del menor.

En cuanto a los llamados delitos informáticos, hace referencia, en primer lugar, a los descubrimientos y revelación de secretos en relación con la Decisión Marco 2005/222/JAI, habiendo optado la reforma por imponer sólo sanción penal a quien para obtener los datos deba superar alguna medida de seguridad, lo que debería haberse justificado, y, en segundo lugar a que la sanción prevista no es suficiente para cumplir con las obligaciones derivadas de la Decisión Marco, debiendo preverse una pena más grave para la conducta básica. Sobre los daños informáticos, el desarrollo de la citada Decisión Marco, al modificar el art. 264 se da por sobrentendido que no se determina el contenido a efectos penales de las expresiones, datos o programas informáticos o sistemas de información, generando una indeseable indeterminación del tipo delictivo. También es equívoca la expresión de manera grave, siendo más respetuosa con la seguridad jurídica la redacción de la Decisión Marco, y no se recoge el requisito de que la acción sea intencionada. Para subsanar esas imprecisiones, propone una nueva redacción del precepto.

En relación con reformas de diversos preceptos sobre el perdón del ofendido, observa la existencia de notables diferencias entre las consecuencias previstas en cada uno de los artículos sugiriendo la equiparación de las consecuencias del perdón del ofendido y utilizar una terminología similar.

En cuanto al delito de daños, considera que regular en un solo precepto el tipo básico y sus modalidades agravadas desconoce que se protegen distintos bienes jurídicos que justificaron su regulación por separado, por lo que sería más adecuado mantener el tipo básico y regular por separado los supuestos agravados, además de corregir la vigente redacción del tipo básico dándole un nuevo concepto positivo.

Sobre los delitos contra el orden socioeconómico, considera justificada la represión de la conducta que supone una manipulación del mercado para garantizar libre y justa concurrencia, completando la transposición de la Directiva 2003/6/CE. Destaca la tipificación de la estafa de inversiones, aunque plantea problemas de posible concurso con la estafa básica y el delito de falsedad. El reforzamiento de la protección de los inversores no resulta conseguido del todo, al no exigirse una cuantía de defraudación, debiendo sopesarse la posibilidad de caracterizar el delito de estafa de inversiones como delito de resultado, incorporando al mismo el elemento cuantitativo del perjuicio sufrido, y estableciendo una modalidad agravada para los supuestos de notoria gravedad, aunque también podría estructurarse ese nuevo tipo como delito de riesgo. No debe constreñirse la conducta típica de falseamiento de la realidad económica a la información requerida por la legislación del mercado de valores, por lo que se propone una nueva redacción del art. 189 bis. En la modificación del art. 284 para ampliar el ámbito de las conductas que suponen una manipulación del mercado en orden a fijar los precios, critica la conversión de la modalidad de difusión de noticias o rumores falsos en delito de resultado, y su limitación a instrumentos financieros, y no considera consecuente la atenuación de la sanción de conductas que afectan a la transparencia de los mercados financieros, ni la exigencia de que esas noticias se refieran a personas o empresas. Está confusa la redacción de la modalidad de alteración de precios mediante la utilización de información privilegiada. El delito de corrupción entre particulares da cumplimiento a la Decisión Marco, pero se diferencia de esa Decisión en la exigencia de afectar a las reglas de competencia o la referencia a beneficio o ventaja no justificado en vez de ventaja indebida. Considera apropiado excluir de la sanción penal las conductas ajenas a la competencia desleal. La modificación del art. 288 responde en parte a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero se critica que se sancione más gravemente esa responsabilidad en el caso de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial que en los demás delitos del Capítulo, lo que no responde a un criterio proporcional a la antijuridicidad de las conductas, ya que en esos otros delitos se puede lesionar un bien jurídico de igual o mayor entidad. Se considera positiva la incorporación del nomen iuris "blanqueo de capitales", que se tipifica en el art. 301. Se valora positivamente la modificación del art. 302 en relación con las organizaciones que sean responsables del delito de blanqueo, aunque se propone incorporar una referencia expresa al comiso.

En materia de tráfico ilegal e inmigración ilegal de personas, la supresión del art. 313.1 solventa las dificultades exegéticas a la hora de delimitar las conductas castigadas por el art. 318 bis), no justificándose un distinto régimen penal según la condición legal o no del migrante. Considera correcta la opción del Anteproyecto, aunque debería sustituirse su rúbrica.

Sobre los delitos urbanísticos y medioambientales, elogia la alusión concreta al urbanismo, el agravamiento de las penas, evitando, además, posibles impunidades, y la inclusión como punible de la comisión por omisión de la autoridad o funcionario inspector y considera adecuado a la Directiva el agravamiento de las penas para el delito de contaminación, aunque propone incorporar la previsión del traslado de residuos en varios viajes, e introducir una modificación gramatical en la frase "las captaciones de agua". También considera acertada para las personas jurídicas la prohibición de realizar en el futuro las actividades y la publicación de la sentencia condenatoria. La modificación del art. 328 ofrecería menos dudas si recogiera exactamente la definición contenida en la Directiva. En el art. 243 considera conveniente mantener como una actividad típica la conducta de exposición a radiaciones ionizantes que se encuentra en el texto actual, ya que es una conducta igualmente peligrosa y más amplia que el vertido o la emisión.

Sobre los delitos de riesgo provocados por los explosivos y otros agentes, advierte que la citada Directiva comunitaria se refiere específicamente a la necesidad de tipificar la producción, transporte, importación, exportación y eliminación de materiales nucleares, por lo que debería incluirse una expresa mención a los materiales nucleares.

En cuanto a las modificaciones introducidas en los artículos relativos a los delitos contra la salud pública, destaca positivamente la supresión de la circunstancia 10 en el apartado 1 del art. 369 por ser una agravación poco efectiva que planteaba importantes problemas penológicos, y sobre el nuevo art. 369 bis, referente al agravante de pertenencia a una organización delictiva, subraya la incorporación de la definición de organización delictiva, pero valora negativamente la posibilidad de agravación por pertenencia a una organización con carácter transitorio en materia de tráfico de drogas. La nueva regulación no prevé consecuencias cuando concurren varias circunstancias, y el ordinal 2 del art. 370 incorpora el agravante de los gestores de la organización, pero no se resuelve el problema planteado sobre la interpretación de dicha circunstancia agravante, debiendo superarse la imprecisión existente y vincularse a la agravación a la participación del culpable en otras actividades organizadas de carácter delictivo, cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

Sobre el nuevo Título de las agrupaciones criminales se celebra la tipificación expresa de las agrupaciones criminales temporales con la finalidad de cometer delitos, aunque, respecto a los supuestos más gravemente sancionados, deberían mencionarse los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. También valora favorablemente atemperar la sanción prevista para el reo colaborador activo. Sin embargo, suscita dudas sobre la ubicación sistemática en el Código Penal y sobre la necesidad de incorporar en el tipo la finalidad perseguida, las diferentes responsabilidades, el número de integrantes, su estructura o instrumentos, en un nuevo art. 516 bis).

Respecto a las modificaciones introducidas en los arts. 419 a 427, sobre el cohecho, la ratificación del Convenio de Bruselas de 1997 lleva a establecer una concepción más amplia y comprensiva de cualquier ventaja de contenido patrimonial o personal, refundiendo los actuales delitos de los arts. 419 y 420, bastando que el funcionario realice un acto en el ejercicio del cargo contrario a los deberes inherentes al mismo. Valora positivamente el incremento de la penalidad y el sistema de día multa, pero, respecto a la conducta omisiva, destaca que resulta más grave la infracción del deber por acción que por omisión, aunque la omisión sea constitutiva de delito. Sobre la recepción de dádivas como recompensa, estima conveniente la regulación del concurso real entre el cohecho y el acto realizado del delito que se recompensa. Se considera que el denominado cohecho activo se hace con mejor técnica que la vigente, valorando positivamente la modificación del art. 424. La nueva redacción del art. 445 completa y mejora la del delito en la descripción de las transacciones comerciales internacionales, acercándolo a la redacción del cohecho relativo a los funcionarios nacionales, lo que facilita el entendimiento y la aplicación del precepto, también por la inclusión de la definición del funcionario público extranjero y la determinación de una pena única, con un límite superior lo suficientemente amplio.

En relación con el encubrimiento, merece una valoración positiva, añade la piratería y la trata de seres humanos al catálogo de delitos en los que la prestación de ayuda a los posibles responsables de los delitos genera responsabilidad criminal.

Sobre la reforma del delito de quebrantamiento de condena en relación con la pena de libertad vigilada no se objeta su punición agravada, pero se considera deseable introducir criterios para guiar la actuación del juez al decidir cuando deducir testimonio por posible quebrantamiento de la condena.

En relación con los delitos de terrorismo, se considera muy positiva la tipificación de la recolección de fondos y la financiación del terrorismo, de acuerdo con el Convenio de Naciones Unidas para la represión de la financiación del terrorismo, clarificando el marco legal y garantizando una respuesta penal más adecuada, pero el art. 576 bis) podría ser mejorado para contemplar los casos de financiación efectiva de un acto terrorista y para contemplar también la comisión imprudente.

Sobre los delitos en caso de conflicto armado, se destaca que la reforma de los arts. 611 a 616 ter responde a una mejor adaptación a

las obligaciones internacionales contraídas por España, incluyendo ahora la supresión de los derechos o acciones de los nacionales de la parte adversaria, atentados contra la libertad sexual de una persona protegida, la recluta o alistamiento de menores, las acciones contra la población civil, la protección de los bienes culturales, y la regulación de los medios y métodos de combate, así como una nueva regulación de las condiciones bajo las que sería posible una exención de responsabilidad, no formulando objeciones al contenido de estos artículos.

Sobre el delito de piratería, su tipificación da cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por España, considerándose positiva su ubicación sistemática, con algunas reservas sobre si las disposiciones comunes del título son aplicables al Capítulo de piratería, por lo que se propone alterar el orden, dedicando el Capítulo IV al delito de piratería y el Quinto a las disposiciones comunes. Sobre el art. 616.4, se ha optado por un tipo básico, pero resulta perturbadora la referencia a las penas adicionales por los delitos cometidos. En relación con el art. 616.5 considera positiva la inserción del delito de resistencia y obediencia contra los buques y aeronaves, aunque debería regularse el concurso de delitos y exigir, en el caso de naves o aeronaves no militares se lleven signos claros para la identificación, y que se haga constar expresamente "al servicio del Estado español".

Sobre las disposiciones transitorias y finales, no hacen observaciones. Se incluye un anexo sobre la situación en el Derecho comparado de los delitos contra la libertad sexual.

7) La memoria justificativa. La memoria afirma que la reforma se debe, en primer lugar, a obligaciones internacionales y en el ámbito de la armonización jurídica europea que exigen adaptaciones de nuestras normas penales en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, la trata de seres humanos, la corrupción entre particulares, los delitos informáticos, los delitos relativos al mercado y los consumidores, el decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, los delitos de terrorismo, el cohecho, la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, los delitos contra la comunidad internacional, los delitos contra el medio ambiente y los delitos de tráfico de drogas. Otro objetivo es la modernización de la respuesta penal ante nuevas formas de criminalidad derivadas de las nuevas tecnologías, o el acoso laboral, dar un tratamiento individualizado para los delincuentes responsables de delitos sexuales y terrorismo, que revelan una especial peligrosidad por parte de los autores y una gran dificultad para lograr su reinserción social, y otorgar mayor protección a los menores de edad frente a delitos sexuales, a través del aumento de las penas y de la tipificación de nuevas conductas delictivas. Por último, se han tratado de resolver problemas interpretativos en cuestiones que afectan, entre otros supuestos, a la prescripción de los delitos.

A continuación describe el contenido del articulado del Libro I en lo relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a la creación de la pena de privación de la patria potestad, a la modificación del llamado "periodo de seguridad", a la pena de localización permanente, a la medida de expulsión de extranjeros, al comiso ampliado, a la prescripción del delito para aumentar la seguridad jurídica y a la nueva medida de seguridad denominada libertad vigilada.

La memoria examina seguidamente las reformas del Libro II describiendo sucintamente los cambios que se introducen en relación con el delito de tráfico ilegal de órganos, el acoso laboral e inmobiliario, los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina, los delitos sexuales, los delitos informáticos, la defraudación utilizando las tarjetas ajenas o los datos obrantes en ellas, el delito de alzamiento de bienes, los delitos relativos al mercado y los consumidores incorporando la denominada estafa de inversores, el nuevo delito de corrupción entre particulares, la corrupción en el deporte, los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, los delitos contra el medio ambiente, los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, los delitos en materia de tráfico de drogas, la falsificación y uso indebido de documentos de identidad, la falsificación y uso indebido de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje, las organizaciones y grupos criminales, la reordenación y clarificación del tratamiento penal de las conductas terroristas. Además, en los delitos de cohecho se han producido importantes cambios dirigidos a adecuar nuestra legislación a compromisos internacionales asumidos, se adecuan los delitos contra la Comunidad Internacional y se procede a la creación de un nuevo delito de piratería.

8) La memoria económica afirma que la reforma proyectada del Código Penal no da lugar a un incremento sustantivo de figuras delictivas que pueda tener repercusión en la población reclusa. Se trata de modificaciones dirigidas a mejorar técnicamente la regulación de las penas y la tipificación de los delitos y su actualización, para dar una respuesta penal más eficaz a las conductas criminales actuales, incorporándose determinadas infracciones en cumplimiento de compromisos internacionales asumidos sin que la incorporación de nuevas infracciones suponga repercusión económica alguna. La creación de la medida de "libertad vigilada" persigue, desde el punto de vista económico, aprovechar los avances tecnológicos, así como otros medios de los que ya dispone la Administración evitando que la lucha contra determinados tipos de delincuencia de especial gravedad se resuelva a través del incremento de las penas privativas de libertad evitando los efectos perjudiciales de las reclusiones prolongadas en establecimientos penitenciarios. Asimismo, la reforma persigue permitir que se imponga la pena más adecuada a la conducta criminal cometida especialmente en el caso de los delitos contra la libertad sexual. Por otro lado, la posibilidad de sustituir penas de prisión por localización permanente permitirá que disminuyan los ingresos en centros penitenciarios. La reforma es absolutamente neutra en relación con los medios materiales y personales de la Administración de Justicia ya que no prevé un incremento de la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales y oficinas judiciales que justifique la adopción de medidas correctoras de carácter coyuntural ni estructural pues no prevé ninguna innovación ni procedimental ni de exigencia de medios nuevos. En relación con la Administración Penitenciaria tampoco va a suponer un incremento de gasto. En conclusión, la aplicación del Anteproyecto resulta, desde el punto de vista económico, neutro para los recursos públicos.

9) El informe sobre el impacto por razón de género pone de manifiesto que el Anteproyecto de reforma del Código Penal, actualmente en trámite, procede a reforzar la protección penal de mujeres y niños, y aunque sujeto pasivo de delitos contra la libertad e indemnidad sexual puede serlo tanto el hombre como la mujer, será la mujer la afectada en mayor medida por este tipo de conductas en las que el aumento de penas y la tipificación de nuevas conductas supondrán una mayor protección de la mujer a través del Código Penal al igual que sucede con la tipificación expresa del delito de trata de seres humanos y con la especial protección penal dispensada a mujeres y niñas en las modificaciones en los delitos que se cometan durante conflictos armados. Es destacable también la incriminación de la conducta de quien utilice para prostitución a los menores de edad, que redundará en una mayor protección de las jóvenes y las mujeres menores de edad, dado que es mayor la población femenina víctima de las redes de explotación sexual. Por otro lado, no se prevé que la norma proyectada pueda tener consecuencias discriminatorias para las mujeres y para los hombres ni que altere el principio de igualdad de oportunidades entre ambos sexos.

10) El informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. En el informe se indica que la primera versión del Anteproyecto fue aprobada por el Consejo de Ministros el pasado 14 de noviembre, a los efectos prevenidos por el art. 22.3 de la Ley del Gobierno y fue sometido a informes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial, que fueron emitidos los días 4 y 26 de febrero de 2009, respectivamente. Considerados estos informes, se elaboró una nueva versión del Anteproyecto, fechada a 23 de julio de 2009. El informe expone el objeto del Anteproyecto, en línea paralela a la memoria justificativa, y describe las reformas introducidas en los Libros I y II del Código Penal, y se indica que el Anteproyecto incorpora cambios sugeridos por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal, que afectan a los arts. 31 bis, 53, 127, 129, 131, 132, 133, 177 bis, 181, 183, 189, 197, 201, 263, 264, 267, 282, 286 bis, 319, 320, 325, 328, 343, 348, 369, 419, 420, 576 bis, 616 quáter y 616 quinquies del Código Penal. La Secretaría General Técnica no formula observaciones al

contenido del Anteproyecto. En tal estado el expediente, tuvo entrada en este Consejo de Estado.

Tercero. Audiencia al Consejo General de la Abogacía

Después de que el expediente hubiera tenido entrada en este Consejo con el contenido anteriormente reseñado, solicitó audiencia el Consejo General de la Abogacía, al que le fue concedida.

Durante ese trámite, el citado Consejo General presentó un amplio informe que se inicia, como cuestiones previas, indicando que el abogado, aparte de ser parte defensora o acusadora, tiene responsabilidad penal, por lo que la perspectiva de la abogacía ante la reforma debe incluir el bien común de toda la sociedad, tanto como conjunto de posibles justiciables como en su condición de ente colectivo merecedor de la protección penal de sus bienes jurídicos más preciados. Tras referirse a la historia de la Codificación penal, a las diversas reformas del Código Penal de 1995 y al anterior proyecto de Ley de reforma del mismo, se afirma que se trata de una reforma muy ambiciosa, tanto en extensión, alcanzando a más de la quinta parte del Código, como en profundidad, porque alguna de las reformas, en cuanto a la responsabilidad penal de la persona jurídica, la libertad vigilada, la prescripción, la introducción de nuevas figuras delictivas y la modificación de otras, supone un impacto notable en el sistema jurídico. Sin embargo, la modificación no ha tenido una gestación adecuada para poder calibrar la necesidad, oportunidad y armonía de las normas, habiendo dado lugar a tres versiones sucesivas, no sometiendo a los preceptivos informes la misma versión. Las leyes penales tienen una especial exigencia de calidad político-criminal y jurídica, exigiendo un estudio criminológico previo para verificar si las leyes extrapenales y penales son suficientes para regular la realidad, y para diseñar nuevas reformas de las leyes penales, teniendo en cuenta que las obligaciones internacionales dejan márgenes al respecto, se pone como ejemplo la modificación del Código Penal en Alemania, criticando que, pese a la importancia y extensión de la pretensión reformadora, no han intervenido en el proyecto ni teóricos ni prácticos del Derecho Penal.

En cuanto a las personas jurídicas como sujetos activos de delitos, se considera que la realidad social aconseja imputar también el delito a la propia entidad representada por los delincuentes que actúan en su seno y provecho, aplicando a toda la organización la finalidad de protección general y especial de la pena, siendo congruente que si la persona jurídica es hoy capaz de sufrir pena, lo deberá ser también para cometer esos delitos. La reforma propuesta otorgaría al Código Penal una mayor coherencia, aun cuando el modo de hacerlo es insatisfactorio al surgir graves y profundos problemas en la interpretación del texto proyectado que debería ser objeto de una profunda y extensa consideración dada la insuficiente delimitación del concepto de persona jurídica, la naturaleza vicarial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin establecer criterios de fijación de la responsabilidad penal derivada, las omisiones en la delimitación y definición de las personas físicas que pueden generar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y en qué supuestos, la ausencia de puntos de referencia a la hora de seleccionar a los sujetos capaces de protagonizar las conductas postdelictum merecedoras de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la necesidad de una paralela reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ante los problemas procesales que plantea la imputación penal directa de las personas jurídicas. En suma, la introducción de la persona jurídica en el Código Penal, como sujeto activo capaz de cometer algunos delitos, puede ser bienvenida como propósito y tentativa de implementación del cambio pero es inadmisibles por los graves defectos de su contenido.

En cuanto a la reforma de la libertad vigilada, se reconoce la realidad social en materia de reincidencia en los delitos sobre libertad sexual y terrorismo, y los escasos resultados obtenidos en materia de rehabilitación, lo que suscita la necesidad de prolongar la vigilancia del sujeto considerado especialmente peligroso. La reforma supone una modificación sustancial del sistema, por el protagonismo que adquiere la peligrosidad criminal con ocasión de la comisión del hecho delictivo y subsistente en el momento del cumplimiento de la condena, lo que genera la imposición de una restricción adicional de derechos, cumplida tras haberse abonado la pena en su totalidad, derivándose los límites máximos de la medida no del alcance de las penas sino de la gravedad de los delitos. Su imposición por el juez sentenciador implica una previsión de peligrosidad y la finalidad de la medida es estrictamente neutralizadora y tiene difícil adecuación al art. 25.2. Para el Consejo General de la Abogacía resulta incoherente que la medida responda a un pronóstico negativo de rehabilitación en el momento de la extinción de la condena, pero que sea impuesta por la sentencia. Además el que se ejecute cumplida la pena principal equipara ambas soluciones porque la libertad vigilada supone la suspensión de la privación de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria está constreñido por el límite marcado por el Juez o Tribunal en su sentencia. La acumulación de la libertad vigilada con el periodo máximo de pena ofrece como resultado penas que pueden alcanzar 50 años, lo que constitucionalmente es cuestionable a la luz de la prohibición de la cadena perpetua y la finalidad resocializadora de las penas. Asimismo, el art. 106.1 c) no determina el plazo máximo para comunicar al Juez el cambio de residencia, lugar o puesto de trabajo. De ahí los problemas prácticos que planteará la aplicación de la medida aparte de la escasez de medios para su posible implantación efectiva.

En lo relativo a las reformas de la prescripción de los delitos y de algunas penas, se valoran las novedades en la interrupción del plazo de prescripción, la legalización de la doctrina jurisprudencial relativa a la prescripción de los delitos en régimen de concurso y la declaración de imprescriptibles de los delitos de terrorismo en caso de muerte, graves lesiones o secuestro, considerando favorable la sustitución del término culpable en el art. 132.2 y la incorporación al Código de la doctrina jurisprudencial sobre la prescripción de los delitos en régimen de concurso. En cambio critica la propuesta de reforma relativa a la interrupción del plazo de prescripción por tratar de mediar entre las posiciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, optando por una propuesta salomónica contraria a la tradición y de una complejidad innecesaria sin optar claramente por el sistema de configurar la prescripción como una institución procesal vinculada a la acción, o la solución alemana que establece una lista en régimen de *numerus clausus* que otorga plena seguridad jurídica al imputado, y se confunde definitivamente la naturaleza de la institución introduciendo la figura de la suspensión del plazo. Se rechaza también la propuesta de imprescriptibilidad de algunos delitos, siendo preferible la agravación de penas para algunos delitos llegando, incluso, a la prisión perpetua, revisable con la creación de un nuevo plazo de prescripción más dilatado. También se critica no haber incluido la suspensión del inicio del cómputo del plazo de prescripción, por ejemplo en materia de abusos sexuales a menores, en los que el inicio del cómputo sería cuando la víctima hubiese cumplido los 18 años.

En cuanto al delito de tráfico de órganos y tejidos humanos, tras señalar la vertiente supranacional y nacional del problema y la inexistencia de un tipo penal que criminalice la promoción, favorecimiento y publicidad de donación de órganos y tejidos, se observa que en la redacción del tipo no existe ninguna mención al lucro económico o a la retribución de la donación. Ello habría sido deseable, de acuerdo con la finalidad que persigue la norma y el tipo de conductas que pretende evitar. Además, la utilización del adjetivo ajeno excluye la tipicidad del ofrecimiento de órganos propios para su tráfico o trasplante, y la utilización del plural podría plantear dudas en la aplicación de sujetos activos singulares, recomendando la utilización del pronombre quien. Asimismo no se prevé ninguna agravación en los casos en que los órganos ajenos pertenecieran a menores y grupos especialmente vulnerables, ni la correspondiente inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.

Respecto al delito de trata de seres humanos, la distinción y tipificación entre la trata de seres humanos y los delitos de favorecimiento o promoción de tráfico ilegal o inmigración clandestina es acorde con la protección que debe otorgar no sólo el ordenamiento jurídico penal, sino también el administrativo y responde a la necesaria protección de grupos especialmente vulnerables. Sin embargo, la redacción del tipo es excesivamente compleja, resultante de la transposición literal de la normativa internacional, sin prevenir los posibles concursos con

los delitos de prostitución coactiva, aunque la ubicación en un título propio permite identificar con mayor claridad el bien jurídico protegido.

La tipificación de los delitos de acoso laboral e inmobiliario es una respuesta coherente a la necesidad de otorgar protección penal a conductas que no son nuevas pero tienen una mayor dimensión y una mayor lesividad, pero no existe ningún tipo de agravación penal cuando el acoso provenga de un superior, la utilización de la expresión en el marco de cualquier relación laboral puede suponer la inclusión del trabajo autónomo y autónomamente dependiente, aunque plantea dudas respecto a la relación funcional, la inclusión del adjetivo reiterado permite diferenciar con claridad el núcleo de la conducta de acoso, pero es llamativa la ausencia de cualquier mención de finalidad en los actos de hostigamiento. El amplio espectro de protección que se pretende alcanzar puede verse frustrado por la dificultad de encajar en el tipo las conductas que se producen en el marco de relaciones funcionariales, entorno altamente propicio a la realización y repetición de este tipo de conductas. En cuanto al acoso inmobiliario, la redacción es confusa y la excesiva tolerancia de actos molestos e insolubles la falta de conocimiento de los derechos, la inexistencia de oficinas públicas para denunciar estos actos y la avanzada edad de alguna de las víctimas constituyen serios obstáculos a la efectividad de la medida.

En materia de delitos informáticos, aunque se incorpora de forma coherente la normativa europea, no se cumplen las prohibiciones punitivas propuestas por la Decisión Marco y el nuevo tipo penal plantea problemas en cuanto a los bienes jurídicos protegidos y a la ubicación sistemática de su regulación, al no considerarse unitariamente el bien jurídico consistente en la indemnidad de los sistemas de información como infraestructuras vitales de los Estados miembros, sin que ello afecte necesariamente al potencial perjuicio económico causado. La regulación propuesta no enfoca así el objeto material que trata de proteger la normativa europea, los datos, programas informáticos y los sistemas informáticos debiendo incorporarse en un nuevo capítulo en el seno del Título X. En suma, no se transpone correctamente la normativa europea, al menos en la criminalidad de las conductas, la solución típica desnaturaliza las conductas, al vincularlas a bienes jurídicos no específicos, no se dota al bien jurídico objeto de la normativa europea de la entidad suficiente que permita la interpretación de la normativa a aplicar, la solución típica planteada no es clara en la delimitación del objeto material de los tipos, lo que aumenta la complejidad de alcanzar los fines previstos por la tipificación de la conducta, siendo posible una simplificación de la normativa para darle mayor eficacia, creando un nuevo capítulo tercero de los delitos contra los sistemas de información y los datos informáticos ubicado en el Título X del Código Penal, cambiando la denominación del mismo.

En el delito de captación fraudulenta de bienes, se considera que el art. 282 bis propuesto generaría una considerable confusión en su aplicación, además de importantes distorsiones para la coherencia y unidad del sistema típico actual (interpretación del delito de estafa de crédito), siendo imprecisa la mención a una sociedad que cotice en el mercado de valores, aparte de que hubiera sido más ortodoxo la creación de una agravante específica en el seno de los delitos societarios, la tipificación de la estafa de crédito podría implicar la tipicidad de la estafa de crédito genérica cometida por un particular. El nuevo precepto crearía litigiosidad y obligaría al Tribunal Supremo a una labor interpretativa, no favoreciendo la estabilidad del sistema penal.

La inclusión del delito de corrupción privada es acorde con los compromisos adquiridos por España pero, como la redacción del precepto transpone casi en su totalidad el texto del art. 2 de la Decisión Marco 2003/568/JAI, plantea una serie de problemas la indeterminación que supone la utilización de los términos directivo y colaborador, obviando al administrador de hecho y de derecho, el que la pena privativa de libertad sería superior a la impuesta por la aplicación del art. 436, los problemas interpretativos que suscita la promesa, ofrecimiento o concesión en relación con las obligaciones, subrayando que la lesión de la competencia del mercado no va unida a la tutela de los intereses de la propia empresa y, por ello, esas conductas pueden no suponer un incumplimiento de sus obligaciones, aparte de que la ubicación del nuevo art. 282 bis determina la necesidad de denuncia de la persona agraviada, salvo cuando resulten afectados los intereses generales o una pluralidad de personas, siendo dificultoso determinar ese círculo de personas o de afectación debido a la ausencia de cualquier referencia a las condiciones de la competencia del mercado, los consumidores, o, incluso, los competidores. Por eso, aun entendiendo que la creación de un tipo penal de corrupción en el ámbito privado es necesaria, especialmente para la protección del buen funcionamiento del mercado, la configuración de los tipos que se integran en la sección 3ª del Código Penal español, en la que se integraría el art. 286 bis propuesto, no permite delimitar con claridad el bien jurídico protegido. La ausencia de referencias expresas al consumidor, a las condiciones de competencia del mercado e incluso a las prácticas comerciales desleales impediría, junto con los requisitos de procedibilidad del art. 287, una aplicación de los tipos acorde con la finalidad pretendida.

Sobre el delito de blanqueo de capitales, la reforma pretende alcanzar la punición de todo el tracto asociado a una conducta delictiva, incluyendo el aprovechamiento derivado de dicha conducta que el sujeto activo o un tercero pudiera utilizar. Respecto a la modificación propuesta para el párrafo primero del art. 301.1 del Código Penal, se destaca la incorporación al elenco de conductas típicas de "posea, utilice" bienes, lo que plantea problemas de "non bis in idem" respecto a los autores partícipes en el delito patrimonial o socioeconómico, evitando que sea mayor la pena para el que se aprovecha de los bienes que para el que comete el delito, la sustitución de "que tienen su origen en un delito" por "tienen su origen en una actividad delictiva", haciéndose eco de la jurisprudencia, y la incorporación al tipo de la mención a la actividad delictiva previa "cometida por él o por terceras personas", también en la línea de la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo. En suma, la reforma propuesta del delito de blanqueo de capitales dota de coherencia al sistema penal a través de una cláusula de cierre del tracto delictivo, afectando a cualquiera que contribuya, de alguna forma, a "regularizar" (someter a los estándares de realidad definidos por el sistema legal), los efectos de una conducta delictiva. Sin embargo, la progresiva ampliación del marco de conductas que, de acuerdo con las normas procesales (inferencia, presunción de inocencia), serían subsumibles en el tipo, afecta al núcleo del principio de legalidad penal que permitiera dar lugar, como empieza a suceder, a la condena por un delito de blanqueo en aquellos casos en los que, en aplicación de las reglas y principios procesales, no fuera posible una condena por la actividad delictiva de origen, pero sí el realizar una inferencia (no una conclusión derivada de un procedimiento con todas las garantías) sobre el origen delictivo de un bien que está siendo poseído o utilizado por el propio supuesto delincuente, además de plantear problemas concursales derivados del principio "non bis in idem". Por ello, considera necesario, "abrir un debate científico que culmine en una nueva propuesta de redacción típica del artículo 301 CP que logre materializar las exigencias del principio de seguridad jurídica".

Respecto al delito de defraudación tributaria, la reforma establece un endurecimiento de las penas en el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, favorece la exacción del importe de la multa que originariamente se haya impuesto en sentencia a la Administración tributaria y unifica la cuantía en lo que respecta al fraude de subvenciones con el delito fiscal, sin que parezca existir ningún problema o valoración respecto a dicha decisión, dado el amplio margen del legislador para determinar los marcos penales asociados a las conductas típicas, respetando el principio de proporcionalidad de la pena.

En los delitos contra el urbanismo y medioambiente natural, tras analizarse las reformas y reconocer la necesidad de proteger el medioambiente natural y urbano frente a los atentados urbanísticos, la contaminación y los recursos naturales, se critica por redundantes los rúbricos propuestos para el Título XVI y su capítulo, porque, ordenación del territorio y urbanismo son realidades coincidentes y uno y otro inciden en el medioambiente cultural y en el medio ambiente natural, siendo insuficiente la referencia al patrimonio histórico. Tampoco tiene coherencia lógica y de justicia la propuesta de reconversión en multa del tanto al triple del beneficio obtenido, además de la demolición de la edificación, aun más, si además se establece el comiso de las ganancias. Se considera incoherente la duplicidad de

tipificaciones relativas a la gestión de residuos, debiendo fundirse los preceptos en uno solo y tampoco se considera coherente que, en la valoración de los bienes jurídicos, se equipare el riesgo para la vida o salud de las personas con la calidad del aire, el suelo, las aguas, la flora y la fauna, considerando en lo demás encomiables las reformas propuestas.

En cuanto a la inclusión del delito de piratería, viene a completar el vacío legal existente, también por existir compromisos de carácter internacional, aunque la inclusión en un nuevo capítulo impide que las disposiciones comunes del capítulo cuatro le sean de aplicación.

Como conclusión crítica global, se constata que aparte de que el Consejo General de la Abogacía no haya sido consultado directamente en el expediente, se sigue legislando con excesiva celeridad y superficialidad, sin ofrecer al Poder legislativo unos proyectos de ley suficientemente fundados en estudios previos, procedentes de profesionales teóricos y prácticos del orden jurisdiccional penal y del mundo académico, incluyendo serios estudios criminológicos en los que se fundamente la política criminal que luego justifique la bondad de la reforma que se propone. Las deficiencias del Anteproyecto, que en mayor o menor medida se manifiestan en todos los ámbitos analizados, son muestra de ausencia de suficiente estudio previo antes de la elaboración del texto, siendo una prueba más de tal falta de preparación las sucesivas revisiones que ha sufrido tras cada uno los dos informes emitidos hasta el momento. Lo más adecuado sería, desde la perspectiva de lo dispuesto en el artículo 88 de la Constitución, que el Gobierno reconsiderara y reelaborara en profundidad el actual Anteproyecto y, en vez de considerar cumplidos los trámites para convertirlo en Proyecto de ley, lo sometiera de nuevo a los preceptivos y facultativos informes previos a dicho acto. Una propuesta menos radical sería la de seguir un proceder análogo al que terminó con la reforma introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, incluyendo sólo en el Anteproyecto propuestas de modificación menos problemáticas y que suponen el cumplimiento de obligaciones de transposición de normativa de la Unión Europea, sometiendo la matriz de la propuesta de reforma a una profunda reelaboración.

CONSIDERACIONES

A la vista de los anteriores antecedentes, el Consejo de Estado formula las siguientes consideraciones:

Primera. El expediente remitido a la consideración de este Cuerpo Consultivo se refiere a un anteproyecto de Ley Orgánica (citado también como el "Anteproyecto") por la que se modificaría parcialmente el Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre).

La memoria justificativa del Anteproyecto y su exposición de motivos dan cumplida cuenta de que el mismo responde a varias finalidades que pueden agruparse en 4 bloques:

1º. Recoger en nuestro ordenamiento diversas novedades producidas en el ámbito del Derecho comunitario europeo, como son un conjunto de Decisiones Marco y Directivas.

Por lo que hace a las Decisiones Marco, la propugnada reforma del Código Penal está vinculada con las siguientes decisiones de ese tipo:

- Decisión Marco 2003/568/JAI, del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.
- Decisión Marco 2004/68/JAI, del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.
- Decisión Marco 2004/757/JAI, del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.
- Decisión Marco 2005/212/JAI, del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.
- Decisión Marco 2005/222/JAI, del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información.
- Decisión Marco 2008/919/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI, sobre la lucha contra el terrorismo.
- Decisión Marco 2002/629/JAI, del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.

En lo que se refiere a Directivas comunitarias europeas, el Anteproyecto se dirige, en primer lugar, a incorporar a nuestro Derecho la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal.

Adicionalmente, el Anteproyecto también está relacionado con la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado). Las previsiones de esta segunda Directiva figuran ya incorporadas a nuestro Derecho como consecuencia del juego combinado de las modificaciones que se introdujeron en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, y por las novedades de rango reglamentario contenidas en el Real Decreto 1333/2005, de 11 de noviembre, en materia de abuso de mercado.

Por ello, lo que el Anteproyecto efectúa, en este punto, es extraer nuevas consecuencias de la preocupación convenida a escala comunitaria europea acerca del abuso de mercado e introducir nuevas previsiones de índole penal en nuestro Derecho interno.

Precisamente por ese alcance específico del Anteproyecto en relación con la aludida Directiva 2003/6/CE, resulta necesario matizar los términos de su disposición final segunda, para dejar claro que la proyectada legislación penal no tiene por objeto transponer esa Directiva, sino profundizar en la reacción contra las prácticas prohibidas por tal norma comunitaria europea.

2º. Adecuar nuestra legislación a los compromisos internacionales asumidos en virtud de los siguientes tratados internacionales:

- Convenio OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (Convenio de París de 17 de diciembre de 1997).
- Convenio de Bruselas de 26 de mayo de 1997, establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea y relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea.
- Convenio Penal del Consejo de Europa sobre Corrupción (Convenio número 173, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999).
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998.

- Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999, de la Convención de La Haya de 1954, sobre protección de bienes culturales en caso de conflicto armado.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en conflictos armados, de 25 de mayo de 2000.
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (Protocolo III, 8 de diciembre de 2005).
- Convención de 18 de septiembre de 1997, sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (Convención de Ottawa).

El estado de aceptación de esos Convenios por parte del Reino de España es diferente, de modo que también diverge el grado de los compromisos adquiridos. Así, junto a una mayoría de Convenios ya ratificados, el Convenio Penal del Consejo de Europa sobre Corrupción acaba de ser remitido por el Gobierno a las Cortes Generales para su eventual ratificación.

En relación con los Convenios internacionales que se han tenido en cuenta a la hora de elaborar el Anteproyecto, ha de recordarse que, con ocasión del examen que dedicó a la vía constitucional adecuada para proceder a la ratificación de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Convención de Nueva York, de 20 de diciembre de 2006), el Pleno de este Consejo de Estado señaló (dictamen de 19 de julio de 2007, referido al expediente número 1.375/2007) la conveniencia de estudiar si su aplicación en España supondría la necesidad de modificar el Código Penal, siendo de suponer que tal recomendación habrá sido tenida en cuenta, aunque nada se refleja al respecto en el expediente.

También es de notar que, si bien en algunos convenios internacionales se ha recogido la necesidad de criminalizar determinadas conductas (por ejemplo, el Convenio de 1988 sobre el control de los movimientos transfronterizos, de los desechos peligrosos y de su eliminación), sus compromisos pueden considerarse cubiertos a través de la transposición de la ya citada Directiva 2008/99/CE, en la medida en que los anexos de esta última recogen la legislación comunitaria dictada en esa materia, por lo que habrá sido tenida en cuenta en la tipificación de los delitos contra el medio ambiente.

Por último, no parece haberse tipificado como delito el llamado "turismo sexual" que afecte a menores aunque la conducta tenga lugar fuera del territorio español, pese a que así está expresamente previsto por el artículo 10 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución A/RES/54/263 de 25 de mayo de 2000, que entró en vigor, con carácter general, el 18 de enero de 2002 y para España el 8 de marzo de 2002).

3º. Corregir algunas carencias que se han puesto de manifiesto en la aplicación del vigente Código Penal, modernizar la respuesta penal ante nuevas formas de criminalidad, atender a las demandas sociales de un tratamiento individualizado para los responsables de delitos sexuales y de terrorismo y prestar mayor protección a los menores de edad frente a delitos sexuales.

4º. Resolver problemas interpretativos surgidos en la jurisprudencia y reflejados en los estudios doctrinales.

Segunda. Desde el punto de vista procedimental, el expediente se compone de los documentos de los que se ha dado cuenta en antecedentes, que consisten, esencialmente, en una primera versión de la proyectada nueva legislación (junto con sus memorias justificativa y económica e informe de impacto por razón de género), los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia en cuanto departamento ministerial proponente, las memorias justificativa y económica y el informe de impacto por razón de género de la versión definitiva del Anteproyecto y esta última.

Este Consejo se ve obligado a destacar algunas notas singulares que se aprecian en la tramitación de la iniciativa legislativa que ahora dictamina, para las que conviene empezar por destacar el porte de la proyectada reforma.

Consiste ésta en una muy amplia reforma de nuestro vigente Código Penal, al que el Anteproyecto afecta en 135 puntos, que comprenden tanto previsiones de su llamada parte general como de la regulación de múltiples delitos.

Por lo que hace a la parte general, se abordan cuestiones tan relevantes como introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluir la nueva pena de privación de la patria potestad, reformular la pena de localización permanente, modular el régimen de cumplimiento de ciertas penas de privación de libertad con el denominado "período de seguridad", crear la medida de seguridad de libertad vigilada, armonizar la regulación del comiso y modificar figuras generales como la prisión provisional y la prescripción de delitos y penas.

En lo que se refiere a modificaciones en la parte especial de nuestro Código Penal, estas afectan a una diversidad de figuras delictivas, algunas de ellas de singular importancia, comportan la creación de algunos nuevos delitos y comprenden materias tan relevantes como el tráfico ilegal de órganos, los acosos laboral e inmobiliario, la trata de seres humanos y la inmigración clandestina, los delitos sexuales, los delitos informáticos, la estafa, el alzamiento de bienes, los delitos relativos al mercado y los consumidores, la corrupción entre particulares, el cohecho, la ordenación del territorio y el urbanismo, el medio ambiente, los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, el tráfico de drogas, la falsificación de documentos, el tratamiento penal de las organizaciones y grupos criminales, las conductas terroristas y los delitos contra la Comunidad Internacional.

Por otra parte, ese importante elenco de cuestiones ha ido abordándose, a lo largo de la preparación del Anteproyecto, con unas considerables oscilaciones de criterio, tanto en lo que se refiere a la elección de las materias como en lo que hace a las pautas con que deben regularse.

A la vista de ese alcance de la proyectada nueva legislación, entiende este Consejo que su expediente preparatorio debería haber incluido un proceso mucho más amplio de consulta y contraste de criterios con los sectores más directamente vinculados con las materias abordadas. Así, llama la atención que el expediente no incluyera una consulta formal con el Consejo General de la Abogacía, laguna que ha podido colmarse con el trámite de audiencia practicado ante este Consejo pero que ha conllevado que la preparación del Anteproyecto no haya podido contar con los valiosos puntos de vista de esa representación profesional.

Además, existen otros muchos sectores y organizaciones que hubieran debido poder coadyuvar a la preparación del Anteproyecto, entre los que cabe mencionar a las asociaciones que agrupan a los muy diversos profesionales que desenvuelven sus actividades en relación con los procedimientos penales.

También hubiera sido ilustrador poder contar con las aportaciones de órganos especializados tan relevantes como la Comisión General de Codificación, cuyo concurso es frecuentemente evocado e instado por este Consejo y siempre altamente valorado.

Por lo que hace a los órganos que sí han podido participar en el curso del expediente, no puede dejarse de llamar la atención sobre los informes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial.

Se recabaron estos en relación con la primera versión del Anteproyecto, cuyo artículo único se descomponía en 91 apartados, lo que, puesto en relación con los 135 apartados en que se estructura el artículo único de la versión definitiva del Anteproyecto, da gráfica cuenta del muy diverso alcance de cada una de esas versiones de la proyectada nueva legislación penal. Se sigue de ello que ambos Consejos expresaron sus puntos de vista sólo sobre algunos de los extremos que finalmente se van a abordar en la reforma del Código Penal, lo que empobrece la preparación de esta última, tal y como habrá ocasión de constatar ulteriormente, al examinar varias de las importantes materias que el Anteproyecto aborda. Además, el material que obra en el expediente no contiene la explicación que debería figurar acerca de los concretos puntos en que se han aceptado los criterios de esos dos Consejos y las razones consideradas para ello y, a la inversa, idéntico detalle sobre los extremos en los que no se comparten las apreciaciones y sugerencias de esos dos órganos.

En suma, y fiel al criterio que viene manifestando al informar proyectos normativos tan relevantes como el que ahora se aborda, este Consejo ha de reiterar el alto valor que tiene convertir los correspondientes expedientes administrativos en un cauce que permita contar con todos los puntos de vista y contribuciones que aseguren la mejor preparación de esas innovaciones normativas, para lo que han de desplegarse esfuerzos de mayor intensidad que los que se aprecian en el caso ahora dictaminado.

Una última precisión ha de dedicarse a la evaluación de las consecuencias económicas de los cambios legales proyectados.

Resulta sorprendente que una reforma del Código Penal que tiene el calado descrito y que se propone servir objetivos de gran relieve en el ejercicio del ius puniendi estatal incluya una memoria económica que afirme que la aplicación de la nueva legislación será neutra para los recursos públicos. Frente a tal afirmación, y tal y como habrá ulteriores ocasiones de insistir, varias de las novedades que el Anteproyecto contiene en la parte general del Código Penal -como son la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la nueva medida de libertad vigilada o la revisión de la localización permanente- sólo podrán aplicarse y devenir eficaces si cuentan con nuevas y específicas dotaciones de medios. Recuérdese, en ese sentido, previas experiencias históricas, en las que novedosas figuras penales, como fue la pena de arresto de fin de semana, quedaron frustradas, y así tuvo que reconocerse a posteriori por el legislador, por la inexistencia de los nuevos medios y recursos que requería su puesta en práctica.

Y la conclusión es similar si la atención se vuelve sobre las novedades en la parte especial del Código Penal. La revisión de tipos delictivos y penas y la aparición de nuevos delitos sólo podrá eficazmente aplicarse si se dispone de nuevos recursos específicamente destinados a ello.

Tercera. Por lo que hace al examen que se dedicará al Anteproyecto en los sucesivos apartados de las presentes consideraciones, estará ordenado de forma que se facilite el contraste de las observaciones y sugerencias que se formulen con el texto del Anteproyecto. Para ello, se seguirá el mismo orden y estructura en que se articula el texto consultado.

En todo caso, se prescindirá de abordar por separado las previsiones que el Anteproyecto dedica a algunos delitos ya que, en varios de ellos, la reforma no altera los rasgos esenciales de los correspondientes tipos, sino que se limita a reflejar en ellos otras novedades de carácter más general, como son las penas que corresponden a las personas jurídicas que puedan ser responsables de tales infracciones.

El Anteproyecto establece en varias ocasiones penas privativas de libertad para determinados delitos (por ejemplo, los delitos informáticos, los delitos de trata de seres humanos y los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales) que son objeto de Decisiones Marco y para los que estas contemplan también, expresamente, penas de esa índole, lo que suscita la relación entre las concretas penas elegidas por el Anteproyecto y las que recogen las aludidas Decisiones europeas. Esta cuestión se aborda in extenso en el apartado que las presentes consideraciones dedican a los delitos informáticos, de modo que el examen que en él se efectúa y las conclusiones que alcanza pueden aplicarse a los restantes delitos que se encuentran en similar situación.

Tampoco se comentarán por separado las novedades menores y las de índole meramente formal, como es, por ejemplo, el caso de las previsiones que el Anteproyecto dedica a los delitos contra la intimidad y de calumnias e injurias (nueva redacción de los apartados número 3 de los artículos 201 y 215 del Código Penal por obra de los apartados cuadragésimo quinto y cuadragésimo sexto del artículo único del Anteproyecto), ya que se limitan a modificar la remisión que tales artículos hacen al artículo 130 del Código Penal, que se dirige ahora al inciso 5º de su número 1.

De conformidad con tales criterios metodológicos, se abordarán, sucesivamente y por separado, las siguientes cuestiones:

- La responsabilidad penal de las personas jurídicas - El período de seguridad - El abono de la prisión provisional - La pena de privación de la patria potestad - La pena de localización permanente - La expulsión de los extranjeros - La medida de seguridad de libertad vigilada - El comiso - La prescripción de los delitos y de las penas - El tráfico ilegal de órganos - El acoso inmobiliario y laboral - La trata de seres humanos - Los delitos contra la libertad sexual - Los delitos informáticos - Los delitos de daños - Los delitos contra la propiedad industrial e intelectual - Los delitos relativos al mercado y los consumidores - Los delitos de corrupción entre particulares - Los delitos de recepción y blanqueo de capitales - Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social - Los delitos contra los derechos de los trabajadores - Los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente - Los delitos de falsedades - Los delitos contra la salud pública - Los delitos de cohecho - Los grupos criminales - El tráfico de armas - Los grupos terroristas - Los delitos contra la Comunidad Internacional - Los delitos de piratería - Las disposiciones complementarias - Los órganos judiciales competentes Antes de entrar en el examen del tratamiento que el Anteproyecto dedica a tales cuestiones, este Consejo entiende pertinente efectuar algunas reflexiones de carácter general en relación con las novedades contenidas en esa propuesta legislativa.

Teniendo en cuenta que el artículo 117 de la Constitución proclama que "la Justicia emana de Pueblo", ha de huirse de ver en esa expresión una mera expresión retórica y tratar de conseguir uno de sus múltiples posibles significados, cual es el de que la Justicia sea comprendida y apreciada por el pueblo mismo. En ese sentido, y siempre dentro del trabajo esforzado y riguroso que requiere la elaboración y aplicación del Derecho, su resultado no puede ser un mero "derecho de profesores" sino que ha de responder a la conciencia social y ser apreciado por la opinión pública.

El sistema penal español no siempre cumple tal exigencia, tal y como se desprende del excesivo rigor que aplica en varias cuestiones, de la excesiva tipología penal -muy superior a la media europea- y de la necesaria atención al principio de proporcionalidad. Todo ello conduce a una amplia gama en la tipificación y en la gradación penal, que se combina con el régimen de acumulación de penas, y que desemboca en condenas de duración desmesurada, a veces multiseccular, cuyo cumplimiento no sólo es lógicamente imposible sino que está excluido por el propio texto del Código Penal, que prevé un máximo de 40 años para las penas de privación de libertad.

La situación resultante es muchas veces incomprensible y paradójica para la ciudadanía y la opinión pública, que asiste a rigurosas condenas de cientos y aun de miles de años que se sabe no van a cumplirse.

El Consejo de Estado estima que una amplia revisión del Código Penal, como la que ahora se considera, es ocasión propicia para plantear esta cuestión y suscitar la conveniencia de que la tipología de los delitos, la elección de las consiguientes penas y el sistema legal de acumulación de estas últimas eviten tan escandalosas consecuencias.

En este mismo plano de consideraciones de índole general, no debe dejarse de destacar que varias de las novedades que la proyectada legislación penal contiene exigen también ser contempladas desde otras ópticas de la política legislativa y de la actuación administrativa.

Así, y en lo que concierne a la radical novedad de incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las previsiones del Código Penal deberán completarse con un régimen ad hoc dentro de la legislación procesal penal, que aborde los requisitos que habrán de observarse para poder sustanciar esa nueva responsabilidad.

En un orden cercano de consideraciones, las nuevas previsiones legales penales tendrán que ir acompañadas de novedades en la legislación penitenciaria y en la dotación de medios de los servicios administrativos cuyas actuaciones inciden en la persecución de actividades delictivas y en el cumplimiento y ejecución de las resoluciones de índole penal dictadas por los Juzgados y Tribunales.

Esta última perspectiva es especialmente importante a la vista de las relevantes modificaciones que el Anteproyecto contiene, por ejemplo, en relación con el denominado "período de seguridad", la pena de la localización permanente y la medida de seguridad de libertad vigilada. Tales modificaciones sólo podrán llevarse eficazmente a la práctica en la medida en que se revisen procedimientos que están pensados para la actual configuración de esas medidas y se dote a los órganos judiciales, a la Administración Penitenciaria y a los servicios policiales de los necesarios medios para aplicar la nueva configuración que el Anteproyecto da a esas medidas.

Ya ha quedado indicada, en ese sentido, la insatisfacción que produce la memoria económica del Anteproyecto, en la medida en que no parece ser consciente de esos nuevos recursos y compromisos necesarios para que novedades como las comentadas puedan convertirse en realidades efectivas.

En este mismo plano de consideraciones generales, y a la hora de acometerse una reforma legislativa como la ahora abordada, ha de tenerse presente que el Consejo de Estado ha conocido de proyectos reglamentarios que se relacionan con materias penales y en los que se contenían previsiones que carecían de la necesaria cobertura legal o que requerían ser aprobados por medio de una norma con fuerza de ley. Son, por ejemplo, los casos de la pena de localización permanente (dictamen número 3.127/2004) o, más recientemente, de un proyecto de Real Decreto por el que se modificaba el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, sobre ejecución de penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente y determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad (dictamen del pasado 24 de septiembre, referido al expediente número 1.560/2009).

Entiende este Consejo que la iniciativa legislativa que ahora va a ejercerse pudiera acoger las previsiones de rango legal suficiente al servicio de los objetivos que buscaban, pero no podían alcanzar, esos proyectos reglamentarios, máxime cuando tienen una singular importancia y están plenamente justificados, como ocurría, en el último de los casos anteriormente citados, en el que se planteaba que la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad pudiera cumplirse, en los casos en que se hubiese impuesto en razón de delitos contra la seguridad vial, mediante la asistencia del condenado a los oportunos cursos y programas de reeducación vial.

Por último, también han de dejarse apuntadas algunas precisiones referidas a la construcción técnica del Anteproyecto.

En concreto, éste se enfrenta a los problemas que suelen presentarse cuando se trata de reformar un texto legal con carácter parcial, pero con gran alcance y extensión y, más específicamente, cuando se trata de insertar en él nuevas previsiones.

Con carácter general, el Anteproyecto ha tratado de incluirlas en los artículos actualmente existentes, lo que supone una buena técnica, en la medida en que minimiza los problemas de consulta y referencia que pueden producirse. Sin embargo, en algunos casos, la incorporación de nuevas previsiones se produce modificando la actual distribución de contenidos de los artículos del Código Penal, lo que es una técnica que debe tratarse de evitarse al máximo por los problemas prácticos a que puede dar lugar, ya sean en las remisiones que otros preceptos cursan a los modificados, ya sea en la consulta y manejo de la jurisprudencia recaída. Algunos ejemplos de todo ello se plantearán en los apartados que las presentes consideraciones dedican a las cuestiones anteriormente enunciadas.

Por último, y tal y como ya se apuntó al comienzo de la presente consulta, existe una errata en la numeración de los apartados del artículo único del Anteproyecto, que repiten los ordinales sinónimos "centésimo undécimo" y "centésimo décimo primero".

Cuarta. La responsabilidad penal de las personas jurídicas

A) La novedad y trascendencia de la cuestión

Dentro de la parte general del Código Penal, una novedad especialmente relevante del Anteproyecto es la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que vendría a modificar una directriz hasta el momento inalterada de la regulación penal española, cual es la de aplicar únicamente ese estadio máximo del ius puniendi público a las personas físicas. Se rompe, con ello, la situación tradicional, en la que las personas jurídicas se insertaban dentro del grupo normativo de la reacción penal a los solos efectos de su eventual responsabilidad civil ex delicto y de una singular responsabilidad solidaria respecto del pago de las multas (artículo 31, número 2, del Código Penal).

Esa introducción de las personas jurídicas en el máximo escalón de las reacciones punitivas públicas es una elocuente manifestación de la importancia que ha adquirido, en nuestro actual contexto social, económico y cultural, la actuación de esas personas y las consecuencias que cabe imputarles.

En todo caso, no está de más destacar que, sin contar todavía con el mecanismo de la reacción penal, las potestades sancionadoras que pueden actualmente dirigirse hacia las personas jurídicas son especialmente enérgicas y drásticas en múltiples sectores de actuación y se concretan en sanciones administrativas de gran intensidad (multas de importes acusados, inhabilitaciones, revocaciones de autorizaciones preceptivamente exigidas para poder llevar a cabo determinadas actuaciones,...). Algunas sanciones de análogo alcance se incluyen dentro del cuadro de penas que se propone aplicar a las personas jurídicas (nuevo apartado número 7 del artículo 33 del Código Penal, obra del apartado cuarto del artículo único del Anteproyecto), de modo que la aparición de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no supondrá, en muchos casos, un agravamiento de la sanción a imponer.

En realidad, la trascendencia de esa nueva responsabilidad penal radicarán en el superior grado de reproche jurídico que comportará, lo que es consecuencia de la apuntada importancia adquirida por las personas jurídicas y sus actuaciones.

Contemplando esa novedad del Anteproyecto desde otro punto de vista también general, no debe dejarse de destacar que la introducción de esa nueva modalidad de responsabilidad penal afectará a una considerable diversidad de entidades y realidades. Una primera muestra de tal diversidad se refleja en las distintas soluciones que el Anteproyecto dedica a las entidades dotadas de personalidad

jurídica, de un lado, y, de otro, a las organizaciones y entramados que, aunque superan los contornos de unas concretas personas físicas, no están dotadas de personalidad jurídica diferenciada.

Sin embargo, la diversidad no acaba en esa primera dualidad, ya que es evidente que la categoría general de las "personas jurídicas" incluye muy distintas realidades en múltiples sentidos (tamaños, finalidades, ámbitos de actuación,...).

Por ello, hubiera sido especialmente necesario que, dentro del amplio proceso de preparación, consulta y contraste de criterios que se ha echado anteriormente en falta, se hubiese podido prestar una atención preferente a todas las consecuencias e implicaciones que tiene introducir en nuestro Derecho la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

B) El alcance de los compromisos internacionales en la materia

La memoria justificativa y la exposición de motivos del Anteproyecto vinculan la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con los compromisos derivados de los instrumentos normativos internacionales con los que está vinculada la proyectada nueva legislación.

Importa notar que tales compromisos son de muy diverso alcance.

Así, por lo que hace a los instrumentos que giran dentro del Derecho europeo, las Decisiones Marco 2003/568/JAI, 2004/68/JAI, 2004/757/JAI, 2005/212/JAI, 2005/222/JAI, 2008/919/JAI y 2002/629/JAI, responden a la idea fuerza común de prever que los Estados miembros "tomarán las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas consideradas responsables" sean objeto de "sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, y que podrán incluir otras sanciones", de las que se recoge un catálogo.

El acento de esas Decisiones Marco está, pues, situado en el contenido y alcance de las sanciones que han de imponerse y no en su naturaleza jurídica (administrativa o penal)

La situación es más diversificada en lo que a las Directivas comunitarias se refiere.

Así, la Directiva de abuso de mercado (Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado) señala que, "sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer sanciones penales, los Estados miembros garantizarán, de conformidad con su Derecho nacional, que se tomen las medidas administrativas apropiadas, o que se impongan sanciones administrativas contra las personas responsables" y que "los Estados miembros se asegurarán de que estas medidas tienen un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio" (artículo 14, número 1). Se mantiene, pues, un enfoque similar al de las Decisiones Marco anteriormente comentadas.

Por el contrario, la Directiva relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal (Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2008) es, como ya anuncia su rúbrica, más concreta, ya que proclama que "los Estados miembros se asegurarán de que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por los delitos (...) cuando tales delitos hayan sido cometidos en su beneficio" (artículo 6, número 1) y añade que "los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas consideradas responsables en virtud del artículo 6 sean castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias" (artículo 7).

Por lo tanto, manteniendo los mismos parámetros acerca del alcance y contenido de las sanciones que las Decisiones Marco y la otra Directiva, la de protección penal del medio ambiente sí recoge la obligación de los Estados miembros de que tales sanciones tengan naturaleza penal.

Volviendo la atención hacia los Convenios internacionales, la situación es, también, diversificada.

El Convenio OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (Convenio de París de 17 de diciembre de 1997), ratificado por España y en vigor desde el 4 de marzo de 2003, prevé que "la corrupción de un agente público extranjero podrá castigarse con penas eficaces, proporcionadas y disuasorias" (artículo 3, número 1) y añade que "en caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, esa Parte velará por que éstas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones pecuniarias" (apartado número 2 de ese mismo artículo 3).

En consecuencia, la orientación de ese primer Convenio es similar a la de las Decisiones Marco y a la de la primera Directiva comentada (la Directiva de abuso de mercado). El Convenio de Bruselas de 26 de mayo de 1997, establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea y relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, empieza por prever que "cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que las conductas a las que se refiere el apartado 1 se tipifiquen como infracciones penales" (artículo 2), añadiendo que tales conductas tendrán que tener asociadas "sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias", sin contener, sin embargo, previsiones específicamente referidas a las personas jurídicas, aunque sí a algunas personas físicas estrechamente ligadas con aquéllas, como son los que califica de "jefes de empresa o toda persona que ejerza poderes de decisión o de control en una empresa" (artículo 6).

A pesar de esa ausencia de previsiones específicas para las personas jurídicas, el hecho de que estas últimas pueden indiscutiblemente cometer los actos a los que se refiere el Convenio lleva a poder sostener que este último incluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por último, está el Convenio Penal del Consejo de Europa sobre Corrupción (Convenio número 173, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999), que prevé la obligación de las Partes de establecer las medidas legislativas y de otra índole necesarias para tipificar como delitos todo un conjunto de conductas englobadas en el concepto genérico de "corrupción" (sobornos activos y pasivos a funcionarios u oficiales públicos, nacionales o internacionales, miembros de Asambleas legislativas y órganos administrativos nacionales o internacionales y entidades privadas, tráfico de influencias y blanqueo de dinero procedente de tales actividades). Dentro de ese alcance, el Convenio contempla explícitamente la que califica de "responsabilidad corporativa", estipulando que las Partes deberán adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesarias para que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por los delitos referidos al ámbito de aplicación del Convenio (artículo 18).

Esa definición se ve matizada por el capítulo de posibles reservas, respecto de las que el Convenio admite la posibilidad de que las Partes se reserven el derecho de que su legislación interna no considere delitos, total o parcialmente, el soborno de miembros de sus Asambleas legislativas, de las Asambleas de otros Estados y de las Asambleas parlamentarias internacionales, el soborno en el sector privado, el tráfico

de influencias y el soborno de funcionarios u oficiales públicos extranjeros.

Por lo tanto, se aprecia un cierto paralelismo entre ese último Convenio internacional y la Directiva de protección penal del medio ambiente en la medida en que ambos recogen la obligación de los Estados afectados de tipificar como delitos a determinadas conductas.

Ese examen de los textos internacionales con los que el Anteproyecto está vinculado revela, pues, que la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es una obligación general que dimanara de tales textos, ya que tal mandato sólo se produce en relación con ciertos delitos (los referidos al medio ambiente y en el ámbito de la corrupción), mientras que, en los restantes, es sólo una de las posibilidades previstas por los textos internacionales en cuestión.

Por lo mismo, deberían matizarse las afirmaciones que se contienen al respecto en la memoria justificativa y la actual exposición de motivos del Anteproyecto, de manera que queden más perfiladas las obligaciones y consecuencias que dimanarían de tales textos. Dentro de esa matización debería incluirse la oportuna justificación de las razones que han llevado a aplicar un tratamiento penal a las conductas a las que se refieren las comentadas Decisiones Marco. Respecto de esta cuestión, y dentro del margen de apreciación que tales Decisiones Marco dejan abierto, no aprecia este Cuerpo Consultivo razones que desaconsejen la opción por la que se inclina el Anteproyecto, que se desenvuelve dentro de criterios razonables de política criminal y tiene en cuenta la gravedad de las conductas en cuestión.

C) El tratamiento general de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Encuadrada, pues, la sustancial novedad que el Anteproyecto incluye desde la óptica de los instrumentos internacionales con los que está vinculado, puede ahora volverse la atención sobre los términos en que construye esa responsabilidad penal de las personas jurídicas, que han sido detenidamente considerados en los informes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial y en las alegaciones del Consejo General de la Abogacía y respecto de los que se suscitan dos cuestiones generales a comentar: el enfoque vicario de esa responsabilidad y los factores de imputación de responsabilidad penal a una persona jurídica.

1. El enfoque vicario de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La norma capital al respecto está representada por el apartado número 1 del nuevo artículo 31 bis del Código Penal (apartado tercero del artículo único del Anteproyecto), que sienta que "las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos, en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales, los administradores de hecho o de derecho o los empleados con facultades de obligar a dicha persona jurídica" (primer párrafo), así como por "los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control" (segundo párrafo).

Una importante puntualización al respecto es que el Anteproyecto no introduce, con carácter general, la responsabilidad penal de las personas jurídicas para todos los delitos y en relación con cualquier fase o modalidad del conocido como iter criminis, ya que los términos de ese nuevo artículo 31 bis del Código Penal se inician con la afirmación de que la responsabilidad criminal de las entidades jurídicas sólo procederá "en los supuestos previstos en este Código".

Tal y como han destacado el Consejo Fiscal y el Consejo General del Poder Judicial, se instaura, con ello, una responsabilidad vicaria, en el técnico sentido de responsabilidad que una persona asume por conductas llevadas a cabo por otras personas. Tratándose, en este caso, de una responsabilidad penal, la de la persona jurídica en cuestión se referirá a un delito cometido por una de las personas físicas anteriormente mencionadas.

Existirá, por tanto, una conexión entre ese delito llevado a cabo por una persona física y el delito que se impute a la persona jurídica afectada. Por lo tanto, la afirmación de la exposición de motivos del Anteproyecto de que "la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de que exista o no responsabilidad penal de la persona física" (segundo párrafo de su página 6) debe ser entendida en el sentido de que, aunque no pueda exigirse una responsabilidad individual a una persona física, sí cabrá hacerlo a la correspondiente persona jurídica. Por el contrario, tal afirmación no puede ser referida a que, sin existir conducta delictiva de una concreta persona física, sí quepa apreciar una responsabilidad criminal en la respectiva persona jurídica.

El Consejo General de la Abogacía se ha mostrado crítico con esa necesidad de que se exija siempre una conducta delictiva por parte de determinadas personas físicas para poder imputar responsabilidad penal a una persona jurídica.

Nuestro ordenamiento punitivo conoce de varios y relevantes casos en los que cabe imputar una responsabilidad de índole sancionadora a una persona jurídica sin que deba forzosamente apreciarse con carácter previo (desde un punto de vista conceptual) una conducta ilícita por parte de una concreta persona física vinculada con la entidad jurídica de que se trate. Son, por ejemplo, los supuestos de las infracciones administrativas en diversos sectores económicos, como el de las entidades de crédito o el mercado de valores, cuya responsabilidad se atribuye, directamente, al correspondiente intermediario financiero, con independencia de la posibilidad de que se reputa también responsable de la infracción en cuestión a determinadas personas vinculadas con tales intermediarios.

En consecuencia, la primera fase del análisis exigido para determinar si existe una infracción se centra, en tales casos, en determinar si la actuación de la persona jurídica en cuestión, en cuanto entidad organizada, incurrió en el ilícito administrativo que se está examinando. De ser así, una segunda fase se refiere a determinar si, junto a la persona jurídica, existe alguna persona física que está con ella vinculada y a la que deba igualmente exigirse responsabilidad por los hechos.

Por el contrario, en los sistemas de responsabilidad vicaria como el que el Anteproyecto propugna, la primera fase de análisis se dirige a identificar si las conductas de ese tipo de personas físicas reúnen los elementos de un delito y si los interesados se encuentran vinculados con una persona jurídica, pasándose, ulteriormente, a determinar las circunstancias relevantes para concretar la responsabilidad de todas esas personas.

La tesis del Consejo General de la Abogacía se sintetiza en aplicar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas un enfoque similar, lo que entraría dentro de las posibilidades abiertas a la política legislativa de índole criminal.

Ese enfoque permitiría obviar los problemas que plantean, tanto la identificación de las personas físicas relevantes para la responsabilidad penal corporativa como los criterios de imputación de esta última responsabilidad. Sin embargo, junto a la posibilidad de prescindir de tales cuestiones, también está la de tratar de perfilarlas adecuadamente, opción por la que se inclina el Anteproyecto y cuyas soluciones al respecto se examinarán más adelante.

Además, partiendo de que el criterio de la responsabilidad vicaria forma parte del elenco de posibilidades que está al alcance de la política legislativa criminal y aunque hubiera sido preferible contar con una explicación detallada de por qué se eligió, no se han ofrecido datos a este Consejo que recomienden claramente optar por otra orientación o que obliguen a desechar el criterio vicarial.

2. Los factores de imputación de responsabilidad penal a una persona jurídica. Esta segunda cuestión general atinente al tratamiento general de la responsabilidad criminal de las entidades jurídicas también ha concitado el interés de los órganos preinformantes y alegantes.

El apartado número 1 del propuesto nuevo artículo 31 bis del Código Penal diferencia dos grupos de personas físicas cuya actuación delictiva permite imputar responsabilidad penal a la correspondiente entidad jurídica y recoge unos criterios de índole material para identificar sus conductas relevantes a efectos penales. a) Los requisitos subjetivos para la imputación de responsabilidades criminales a las personas jurídicas. Por lo que hace a tales requisitos, el Anteproyecto identifica dos grupos de interesados:

- De un lado, los representantes legales, administradores de hecho o de derecho y empleados con facultades para obligar a la persona jurídica en cuestión.

- De otro, aquellas personas que, estando sometidas a la autoridad de las personas físicas incluidas en el anterior grupo, realicen actuaciones delictivas por no haberse ejercido sobre ellas el debido control.

El Consejo General del Poder Judicial ha empezado por plantear los problemas de inconstitucionalidad que puede suscitar hacer responder a las personas jurídicas por hechos cometidos por otras personas.

Esta primera cuestión está formulada en unos términos excesivamente abstractos, puesto que no se pretende, sin más requisitos, imputar a una determinada persona (jurídica) responsabilidad por hechos de otras (las físicas), sino que lo que ha de considerarse es en qué concretos casos y de acuerdo con qué requisitos una persona jurídica puede responder penalmente por actuaciones que han llevado a cabo unas concretas personas físicas que guardan con ella una estrecha vinculación.

Ese examen de la vinculación que ha de existir entre algunas personas físicas y ciertas entidades jurídicas es, por otra parte, consustancial a la propia existencia de las personas jurídicas, de modo que los requisitos, desenvolvimiento, prueba y consecuencias de tal vinculación son elementos que se suscitan en múltiples casos y aspectos de la regulación aplicable a las personas jurídicas, incluidos los de carácter muy concreto (documentación y certificación de sus acuerdos, acceso a los instrumentos de publicidad registral, acreditación de los apoderamientos por ellas otorgados,...).

En consecuencia, en la medida que se aprecie una clara vinculación entre el quehacer de determinadas personas físicas y una persona jurídica, plantear la eventual responsabilidad penal de esta última no será suscitar una responsabilidad por hechos de terceros sino abordar cuáles pueden ser las consecuencias sancionadoras de una actuación imputable a esa persona jurídica.

Despejada, pues, esta primera cuestión, puede ya centrarse la atención en los dos elementos subjetivos sobre los que se basa la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Tanto la regulación comunitaria europea e internacional con la que el Anteproyecto está vinculado como la propia construcción general de las entidades jurídicas identifican a los representantes legales y administradores de tales entidades como una de las piezas esenciales sobre las que fundamentar la traslación de la actuación de una persona física hacia la correspondiente persona jurídica. También esa regulación internacional recoge, como otro pilar de esa imputación, a las personas físicas sujetas a control dentro de determinada organización.

Por ello, acierta el Anteproyecto al recoger esos dos elementos subjetivos.

El Consejo General del Poder Judicial ha analizado detenidamente tales elementos y se ha centrado en los requisitos que deben reunir para que puedan servir de adecuada base a los efectos de imputar una responsabilidad criminal a determinada persona jurídica.

Por de pronto, y en lo que concierne a las personas físicas sometidas a mecanismos de control, el Consejo General del Poder Judicial ha entendido que el requisito de "no haberse ejercido sobre ellos el debido control" tiene un tono subjetivo y apunta a una deficiente actuación de la persona física a quien correspondía tal control.

Este Consejo comparte esa observación y entiende que ha de ponerse el acento en la deficiente estructuración de los mecanismos y procedimientos de control aplicables a esas personas, ya que con ello se plasmaría más adecuadamente la imputación de la conducta de esas personas físicas a la persona jurídica con la que se relacionan que si se atiende al aspecto subjetivo de que quien tenga que aplicar tales mecanismos y procedimientos no haya puesto en ello la debida diligencia.

El Consejo General del Poder Judicial ha entendido que ese enfoque estructural debería también aplicarse al otro elemento subjetivo, es decir, a la actuación de los representantes legales, administradores y apoderados de las personas jurídicas.

Estima este Consejo que ese segundo grupo de personas tiene características diferenciadas respecto del primero, ya que la designación de representantes legales y la decisión de confiar poderes de representación debe responder, por sí misma, a una reflexión organizativa sobre el modo en que tales representantes y apoderados han de actuar. Dicho de otro modo, la actuación de esas personas ha de ser reflejo de determinadas opciones sobre la estructura, organización y modos de actuación. Por ello, se aprecia una cierta tautología entre la actuación de unos representantes y apoderados y la existencia de una clara organización y estructura de funcionamiento.

Por todo ello, no se estima adecuado someter la imputación derivada de la actuación de tales representantes y apoderados a la misma exigencia comentada a propósito de los empleados ordinarios de la correspondiente persona jurídica.

b) Los requisitos objetivos para la imputación de responsabilidades penales a las personas jurídicas. Comentado ya el polo subjetivo en que descansa la imputación de responsabilidades penales a las personas jurídicas, pueden ahora abordarse sus requisitos objetivos, que ofrecen algunos coincidentes y otros dispares:

- Por lo que hace a factores comunes, se requiere que las conductas de las personas físicas se hayan efectuado "por cuenta de las personas jurídicas, y en su provecho".

- En lo que concierne a datos dispares, el Anteproyecto requiere que los representantes, administradores y apoderados intervengan "en nombre o por cuenta" de la persona jurídica, mientras que, en los casos de personas físicas sujetas a control, prevé que deberán haber actuado "en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho" de la correspondiente entidad.

La disyuntiva "en nombre o por cuenta" que se aplica a los representantes legales, administradores y apoderados suscita importantes problemas interpretativos.

Al formularse con carácter alternativo, parece comprender los casos en que los interesados invoquen el nombre de la correspondiente entidad pero actúen por cuenta propia, frente a los otros supuestos en que los afectados intervengan directamente por cuenta de una entidad. De profundizarse en esa dualidad, podría reabrirse la problemática acerca de por qué cabe reputar responsable penalmente a una

persona jurídica por conductas que han llevado a cabo, por cuenta propia, quienes son, al mismo tiempo, representantes, administradores o apoderados de esa entidad.

Por ello, se estima preferible que la proyectada legislación utilice fórmulas copulativas y, dentro de ellas, se considera más preciso el tipo de formulación que aplica a los empleados de las personas jurídicas ("en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta") que el que utiliza a propósito de los representantes, administradores y apoderados ("en nombre y por cuenta"), ya que resulta más decisivo que la actuación de los interesados se refiera al ámbito objetivo de actuación de la correspondiente entidad jurídica que el dato más formal de que se invoque el nombre de esta última.

Queda con ello por comentar el último dato objetivo empleado por el Anteproyecto en relación con la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas: el requisito de que las actuaciones de las personas físicas relevantes se produzca "en provecho" de la entidad jurídica de que se trate.

Apoya la utilización de esa expresión el hecho de que figura en las Decisiones Marco con las que se relaciona el Anteproyecto.

Sin embargo, ese "provecho" tiene una diversidad de acepciones, que incluyen tanto la finalidad de determinada acción (actuar para conseguir un beneficio) como su resultado económico positivo para el actor. Por ello, la redacción utilizada por el Anteproyecto pudiera ser interpretada de acuerdo con esta segunda acepción de "beneficio económico" conseguido, lo que provocaría que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se circunscribiese a que estas últimas percibiesen un rendimiento económico positivo a resultas de los comportamientos de las personas físicas con ellas vinculadas, exigencia que no parece corresponderse con los objetivos que han de alcanzarse al introducir tal responsabilidad.

Por otra parte, y volviendo sobre la literalidad de las citadas Decisiones Marco, no parece que contemplen ese requisito de beneficio económico, sino que, al utilizar el término "provecho", lo emplean como sinónimo o alternativa a "por cuenta".

En consecuencia, entiende este Consejo que la proyectada legislación no está constreñida a utilizar la aludida fórmula "en su provecho", apreciación en la que también ha coincidido el Consejo General del Poder Judicial.

D) El ámbito subjetivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

A lo largo de su elaboración, se han considerado diversos criterios para delimitar las entidades a las que cabrá exigir responsabilidad penal.

Ha habido coincidencia en la delimitación de índole negativa, consistente en excluir de tales entidades al Estado, Administraciones Públicas territoriales e institucionales, partidos políticos, sindicatos, organizaciones internacionales de derecho público y organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas o que ejecuten directamente políticas públicas o presten servicios esenciales a la comunidad (apartado número 5 del nuevo artículo 31 bis del Código Penal).

En relación con tal exclusión, llama especialmente la atención la ausencia de las organizaciones empresariales, cuya omisión debe salvarse puesto que, en virtud de expresa previsión constitucional (artículo 7 de la Constitución), tales organizaciones ocupan una posición simétrica y ejercen unos cometidos similares a los sindicatos, que sí están recogidos en la delimitación negativa de la responsabilidad penal exigible a las entidades jurídicas.

Por lo que hace a la exclusión de los partidos políticos, se basa, con toda probabilidad, en las vías específicas existentes en nuestro ordenamiento jurídico para exigir las responsabilidades en que pueden incurrir en cuanto organizaciones de acción política, como son los ilícitos penales que pueden afectar a su existencia como tales organizaciones o las vías específicas recientemente reguladas para declarar su ilegalización por no responder a los fines constitucionales que deben servir.

También es de comentar la exclusión de las "Administraciones institucionales" y de las organizaciones que "ejercen potestades públicas administrativas" y de las que "ejecuten directamente políticas públicas o presten servicios esenciales a la comunidad". En la actual diversificación de las formas de actuación de los poderes públicos y de las estructuras organizativas que utilizan para ello, ese enunciado del proyectado nuevo artículo 31 bis, número 5, del Código Penal puede tener tal fuerza expansiva que comprenda a la inmensa mayor parte de las organizaciones administrativas.

Esa excepción puede, por otra parte, desbordar los contornos de las organizaciones administrativas, en la medida en que bien pudiera interpretarse que los "servicios esenciales a la comunidad" son prestados, en muchos casos, por entidades con personalidad jurídico-privada. Nótese, en ese sentido, que tal expresión es literalmente utilizada en la regulación del sector eléctrico (artículo 2, número 2, de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico), y que existen otras expresiones similares utilizadas en la regulación de otros relevantes sectores económicos, con lo que su invocación al caso podría excluir del régimen de responsabilidad penal a importantes entidades cuyas actuaciones están conectadas con los casos en que el Anteproyecto contempla la exigencia de responsabilidades penales a las personas jurídicas.

Por ello, se sugiere restringir la exclusión al resto de las categorías previstas en ese precepto ("Estado, Administraciones Públicas territoriales, organizaciones internacionales de derecho público y organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía"). Otra posibilidad sería acotar las restantes organizaciones a las que se quiere excluir del ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Probablemente, el criterio del tipo de personificación que se emplee es un criterio más adecuado que las referencias al ejercicio de potestades administrativas, ejecución de políticas públicas o prestación de servicios esenciales a la comunidad. En todo caso, el resultado a alcanzar debería ser circunscribir la exclusión a las entidades que se desenvuelvan dentro del núcleo esencial de las organizaciones administrativas públicas.

Por lo que se refiere a la delimitación positiva, la primera versión del Anteproyecto trató de introducir algunas diferencias entre las diversas personas jurídicas, inclinándose, finalmente, el Anteproyecto por aplicar un tratamiento diferenciado sobre la base de la existencia de personalidad jurídica, de modo que:

- La posibilidad de incurrir en responsabilidad penal se circunscribe, hecha la comentada delimitación negativa, a las entidades dotadas de personalidad jurídica (apartado número 1 del nuevo artículo 31 bis del Código Penal).

- No cabe declarar responsables criminalmente a las entidades, grupos y restantes organizaciones desprovistas de personalidad jurídica, a las que se sujeta a determinadas consecuencias accesorias de las penas que se impongan a las personas físicas con ellas vinculadas (nuevo artículo 129, número 1, del Código Penal).

El Consejo General del Poder Judicial ha examinado detalladamente el tratamiento jurídico-penal de esas entidades desprovistas de personalidad jurídica, pero en relación con el tratamiento contenido en la primera versión del Anteproyecto, que utilizó la categoría de

"medidas". El informe de ese Consejo General formuló al respecto serias dudas, incluso de inconstitucionalidad, y propugnó que ese régimen inespecífico de "medidas" se sustituyese por un sistema de medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas. Como ya se ha apuntado, el Anteproyecto ha optado por una solución sustancialmente distinta de la que se contenía en su primera versión, de modo que procede centrar el subsiguiente examen en los términos finales en que se estructura la proyectada nueva legislación.

El régimen del propuesto nuevo artículo 129 del Código Penal se enfrenta a una diversidad muy considerable de organizaciones, agrupaciones y entidades, que coinciden en canalizar la actuación de un conjunto también muy variable de personas físicas. Por ello, entiende este Consejo que combinar la eventual responsabilidad penal de esas personas físicas con unas consecuencias accesorias que se impondrían a esos entramados organizativos es una fórmula flexible de hacer frente a las actividades delictivas que pueden cometerse en esos ámbitos y pertenece, pues, a las opciones que tiene abiertas la política legislativa criminal.

Avanzado ese juicio general favorable al tratamiento que el Anteproyecto aplica a esta cuestión, quedan por comentar los concretos términos en que está formulado.

Consisten estos en prever que las citadas consecuencias accesorias tendrán el mismo contenido que varias de las penas que se aplican a las personas jurídicas penalmente responsables (apartados c) a g) del nuevo artículo 33, número 7, del Código Penal - y no del artículo 30 que menciona por error el texto propuesto para el artículo 129, número 1, del Código Penal-).

Alguna de esas consecuencias accesorias (como es la clausura de locales y establecimientos a la que se refiere el apartado d) de ese artículo 33, número 7) consiste, muy directamente, en situaciones fácticas que podrán aplicarse a esas entidades sin personalidad jurídica, si bien pueden tener, indirectamente, consecuencias jurídicas para terceros, como serán, por ejemplo, las eventuales repercusiones en la propiedad y contratos concertados para ordenar la utilización de esos locales.

Sin embargo, otras de esas consecuencias accesorias, como son los casos de la suspensión de actividades (apartado c) y, sobre todo, de la prohibición de realizar actividades y de la inhabilitación para obtener subvenciones (apartados e y f) apuntan más a decisiones jurídicas que son más fáciles de aplicar a personas jurídicas que al tipo de realidades que están detrás de las entidades sin personalidad jurídica a que se refiere el comentado artículo 129, por lo que surgen serias dudas sobre sus posibilidades de ser realmente efectivas.

El caso más elocuente en ese sentido es la última de tales consecuencias (la intervención judicial del apartado g) del mencionado artículo 33, número 7), máxime cuando su finalidad es "salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores", lo que parece difícilmente aplicable al comentado entramado de organizaciones del proyectado nuevo artículo 129 del Código Penal.

En consecuencia, se sugiere revisar ese cuadro de consecuencias accesorias de los delitos cometidos por personas físicas vinculadas con entidades y organizaciones desprovistas de personalidad jurídica, de modo que se circunscriba a medidas que se correspondan con tal tipo de realidades. El acento parece tener que ponerse en medidas de naturaleza y aplicabilidad eminentemente fácticas, como serían la citada clausura y precinto de locales y establecimientos y la intervención y decomiso de los medios materiales y técnicos y de los recursos y rendimientos económicos que quepa presumir que corresponden a ese tipo de realidades organizativas. Aun así, no puede dejar de reseñarse que la aplicación de esas consecuencias accesorias incidirá, muy previsiblemente, en titularidades que, al menos, aparentemente, corresponderán a terceras personas y entidades, con lo que se suscitará una ardua labor de prueba de que tales titularidades son, en realidad, mecanismos de cobertura de esas entidades desprovistas de personalidad jurídica y de las personas y entidades que en ellas intervienen.

Consecuencia inevitable de todo ello es que no siempre será fácil deslindar entre el campo de aplicación de tales consecuencias accesorias y el de las responsabilidades criminales y civiles que deban exigirse a quienes intervienen o estén vinculados con las entidades sin personalidad jurídica a las que se viene haciendo referencia.

Por lo que hace a otras modalidades de consecuencias accesorias, la de prohibición de actividades debería quedar referida a todas aquellas que se efectúen invocando a la correspondiente entidad sin personalidad jurídica, con independencia de qué concretas personas figuren detrás de las correspondientes convocatorias.

Como correcciones de orden menor, diversos pasajes del Anteproyecto (como son los casos, por ejemplo, de las nuevas redacciones que se proponen para los artículos 288, 302 y 399 bis del Código Penal (apartados sexagésimo segundo, sexagésimo quinto y nonagésimo tercero del artículo único del Anteproyecto, respectivamente) aluden a las "medidas en los casos previstos en el artículo 129", formulación que es tributaria de la primera versión del Anteproyecto y que debe sustituirse por sendas alusiones a las consecuencias accesorias a que ahora se refiere el citado artículo 129.

E) Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Introducida esa responsabilidad penal, surge un tema clásico en materia de responsabilidades criminales, como es el de las circunstancias que las modifican, en su doble vertiente de atenuantes y agravantes.

En todo caso, antes de entrar a examinarlas por separado, no está de más apuntar que la regulación detallada de un cuadro más o menos extenso de tales circunstancias modificativas puede no encajar con la amplia libertad que el nuevo apartado número 3 del artículo 65 del Código Penal (apartado decimocuarto del artículo único del Anteproyecto) reconoce a Juzgados y Tribunales para aplicar las penas que deban imponer a las personas jurídicas.

1. Las circunstancias atenuantes. El apartado número 4 del propuesto nuevo artículo 31 bis del Código Penal se ocupa de esta primera vertiente de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y las centra, genéricamente, en la reacción positiva que tales entidades tengan ante la existencia de un delito que se les impute.

Junto a la confesión (inciso a), ese nuevo precepto recoge, en segundo lugar, la colaboración en la investigación de los hechos, refiriéndola a la aportación de "pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para declarar su responsabilidad".

Ante la complejidad y diversidad que pueden presentar los hechos eventualmente imputables a las personas jurídicas, pueden surgir dudas sobre las pruebas disponibles y sobre las exactas responsabilidades concurrentes. Por ello, lo decisivo para la circunstancia atenuante que ahora se comenta ha de ser la relevancia de las pruebas que aporte o corrobore la correspondiente entidad para esclarecer las responsabilidades que concurren en tales hechos. Por lo mismo, resulta excesivo exigir que la actividad de colaboración deba forzosamente consistir en "aportar" pruebas, que estas tengan que ser "nuevas" o que tengan que ser "decisivas para declarar su responsabilidad". Se propone, por tanto, matizar el propuesto nuevo artículo 31, número 4, b), del Código Penal a fin de que recoja, también, la colaboración consistente en corroborar el alcance y veracidad de las pruebas disponibles y en ayudar a que se esclarezcan las diversas responsabilidades eventualmente presentes.

El inciso d) de ese mismo precepto recoge la circunstancia atenuante consistente en haber establecido "medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse".

En los términos literales en que está enunciada, tal circunstancia se dirige hacia el futuro, con las consiguientes dificultades para que pueda apreciarse en el momento en que se enjuician hechos pasados, momento en el que puede todavía no disponerse de conclusiones válidas acerca de la efectividad de las medidas introducidas para prevenir y descubrir eventuales delitos futuros.

Por ello, se sugiere modular esta segunda circunstancia atenuante, formulándola en el sentido de que se hayan introducido medidas de prevención y reacción que sean relevantes y adecuadas a la luz de las conductas que se están enjuiciando.

2. Las circunstancias agravantes. Frente a las previsiones que sí dedica a las circunstancias atenuantes, el Anteproyecto omite pronunciarse acerca de las eventuales circunstancias agravantes aplicables a las personas jurídicas, silencio que también ha sido evocado por el Consejo Fiscal y que este Consejo estima que debiera quedar colmado en la redacción definitiva de la proyectada nueva legislación penal.

F) Las penas aplicables a las personas jurídicas

1. El cuadro de penas. El ya comentado nuevo artículo 33, número 7, del Código Penal recoge el cuadro de las penas correspondientes a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que incluye la que consiste en la disolución de la persona jurídica (inciso b).

Dado que esa disolución supone la extinción de la entidad en cuestión, es innecesario que ese precepto lo reitere ("la disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica") y todavía es más superfluo que precise que tal pena comportará también la pérdida "de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita".

2. Las multas. El apartado noveno del artículo único del Anteproyecto incorpora dos nuevos apartados al artículo 52 del Código Penal (números 4 y 5), el primero de los cuales ordena determinar las multas que se impongan a las personas jurídicas atendiendo a los criterios recogidos en el apartado número 1 de ese precepto y, también, a "la capacidad económica de la entidad". Resulta, sin embargo, que el apartado número 2 de tal artículo prevé que, en todos los casos, las multas se impondrán considerando "principalmente la situación económica del culpable".

Para el caso de que el nuevo apartado número 4 quiera excluir a las personas jurídicas de la aplicación de la norma aparentemente general del previo apartado número 2, convendría que la reforma también se extendiese a la reformulación de este último.

Por otra parte, no se advierte una diferencia sustancial entre los enunciados "capacidad económica" y "situación económica", pero convendría, en todo caso, no dar lugar a diferencias interpretativas y utilizar, por ello, una terminología uniforme.

En una línea similar de consideraciones, se observa que, para los casos de multas proporcionales y en defecto de poder aplicar los criterios de los apartados números 1 y 4 (este último incluyente de la "capacidad económica" de la entidad), el nuevo apartado número 5 del artículo que ahora se analiza prevé que se aplique una multa de dos meses a dos años, fijando su cuantía "atendiendo a los criterios del apartado 2" de ese mismo precepto, que, como ya se ha indicado, recoge la "situación económica del culpable". Convendría que quedara más clara la posición y relevancia que se quiere reconocer a la capacidad o situación económica de la persona jurídica culpable a los efectos de fijar el tipo y cuantía de la multa que se le vaya a imponer.

Para concluir este examen de las penas de multa, y en lo que se refiere al eventual fraccionamiento de su pago, el nuevo apartado que se proyecta incorporar al artículo 53 del Código Penal (apartado décimo del artículo único del Anteproyecto) contempla tal fraccionamiento cuando la cuantía de la multa ponga probablemente en peligro "la estabilidad de los puestos de trabajo" existentes en la persona jurídica condenada, cuando previsiblemente quiere aludirse al "mantenimiento" de tales puestos.

3. Los criterios de aplicación. El Anteproyecto se ocupa de esta cuestión en el nuevo apartado número 3 que propugna incorporar al artículo 66 del Código Penal (apartado decimocuarto del artículo único del Anteproyecto), que reconoce a los Juzgados y Tribunales la potestad de aplicar las penas impuestas a las personas jurídicas según su prudente arbitrio, marcando a este último el límite de que los órganos jurisdiccionales tendrán que "procurar observar" las reglas establecidas en el Capítulo que el Código Penal dedica a la aplicación de las penas.

La diversidad de entidades incluidas en la categoría general de "personas jurídicas", unida a la diversidad que también podrá presentarse en las conductas enjuiciadas, justifican esa muy amplia libertad de aplicación de las penas. Por ello, y por la poca especificidad de los términos en que está formulado, debiera reconsiderarse el límite que el Anteproyecto le acompaña, bien suprimiéndolo, bien dotándolo de alguna mayor precisión.

G) La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Conectada con la pena ya comentada de disolución de la persona jurídica está la cuestión relativa a la extinción de la responsabilidad penal de esas entidades.

El Anteproyecto la aborda en el apartado vigésimo sexto de su artículo único, que da nueva redacción al artículo 130 del Código Penal, relativo, en la actualidad, a causas que son únicamente aplicables a las personas físicas.

La reforma propugnada consiste en convertir ese artículo 130 en el nuevo apartado número 1 de ese mismo precepto y en insertar en este último un nuevo apartado número 2, dedicado a algunas causas específicamente aplicables a las personas jurídicas, como son, de un lado, su transformación, fusión, absorción y escisión y, de otro, lo que se califica de disolución encubierta o meramente aparente.

Resulta de ello que el Código Penal no incluiría una expresa mención a la disolución de las personas jurídicas como causa extintiva de su responsabilidad criminal, eventualidad que habría de entender subsumida en la "muerte del reo" a que se refiere el actual inciso 1º del artículo 130 del Código Penal o en una interpretación sensu contrario del segundo párrafo del nuevo apartado número 2 de ese artículo 130. Sería más claro no tener que recurrir a esas interpretaciones y que la reforma alcanzase al citado inciso 1º del actual artículo 130 del Código Penal, incluyendo en él una expresa alusión a la citada disolución.

Por lo que se refiere a la "disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica", el segundo párrafo del propuesto nuevo apartado número 2 del artículo 130 del Código Penal la enuncia con carácter general (primer inciso), sentando que "no extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente", y la acompaña de una precisión concreta ("se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente...").

Con ello, se inserta esa enunciación de carácter general en una norma legal de alcance general, como es el Código Penal, cuando es, en

realidad, el resultado de los consiguientes procesos interpretativos que han de realizar los órganos judiciales que apliquen las leyes.

Por otra parte, esa enunciación de carácter general no se corresponde ni con la certeza de que debe rodearse a las causas extintivas de la responsabilidad criminal ni con los trámites de índole formal a que está sujeta la disolución de las personas jurídicas.

Sin embargo, el grueso del examen en este punto ha de centrarse en la precisión aclaratoria del segundo inciso del precepto comentado, que sienta que "se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos".

Se trata con él de reaccionar frente a la posibilidad de que, ante la eventualidad de ser declarada criminalmente responsable, la persona jurídica afectada opte por tomar los acuerdos necesarios para disolverse pero los acompañe de las decisiones necesarias (constitución de una nueva persona jurídica diferente, traslado en bloque de las relaciones comerciales,...) para que continúen sus actividades económicas.

Está plenamente justificado que el Anteproyecto se plantee reaccionar frente a esas eventuales prácticas que serían, ciertamente, irregulares y censurables. Sin embargo, y dado que la disolución de las personas jurídicas está sujeta en nuestro Derecho a un proceso muy formal y a unas consecuencias muy precisas, introducir el concepto de "disolución encubierta o meramente aparente" supone un arriesgado ejercicio de interpretación, máxime cuando se le quieren asociar consultas penales. Nótese, en ese sentido, que, aun en los casos en que se recurriese torticeramente a una disolución de las características apuntadas, se produciría el efecto que nuestro ordenamiento jurídico le asocia, que no es otro que la extinción de la personalidad jurídica de la entidad en cuestión. De ello resultaría que la declaración del proyectado nuevo artículo 131, número 2, segundo párrafo del Código Penal carecería de sujeto destinatario, ya que la entidad disuelta se habría extinguido.

Cuestión distinta es que se planteen cuáles serían las vías más adecuadas para reaccionar frente a esas prácticas irregulares. Estima este Consejo que tal reacción debería combinar diversas medidas, que empezarían por someter los acuerdos de disolución a unos especiales deberes de información sobre las eventuales responsabilidades penales que afectasen a la entidad en cuestión y que podrían incluir unas responsabilidades especialmente agravadas, incluso de índole penal, exigibles a las personas físicas que, estando vinculadas con tales entidades, promoviesen ese tipo de disolución fraudulenta, además de imponer las correspondientes responsabilidades civiles a las entidades que surgiesen de tales disoluciones.

Esas vías alternativas sustituirían con ventaja al régimen previsto en el segundo párrafo del propuesto nuevo apartado número 2 del artículo 130 del Código Penal.

Como último apunte en relación con la extinción de la responsabilidad penal, queda por comentar el tratamiento que debieran recibir las "disoluciones" de las entidades desprovistas de personalidad jurídica.

Partiendo de que el Anteproyecto aplica a tales entidades las ya comentadas consecuencias accesorias de las penas que se impongan a las personas físicas responsables de sus actuaciones, convendría completar tal enfoque con la previsión de que la transformación, fusión, absorción o escisión de ese tipo de entidades no pondrá término a tales consecuencias accesorias, que se extenderán a las nuevas entidades que vengan a sustituirlas.

Del mismo modo, la proyectada nueva legislación debería también contar con una batería de medios para reaccionar frente a disoluciones solo aparentes de tales entidades sin personalidad jurídica. Con las diferencias que deriven de los distintos supuestos a considerar, esos medios podrían responder a los mismos objetivos y técnicas que ya se apuntaron.

Quinta. El período de seguridad

El Anteproyecto introduce una modificación en el apartado 2 del artículo 36 del Código Penal, en relación con el llamado "período de seguridad". En la redacción ahora vigente de dicho precepto se prevé que, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta; no obstante, se contempla la posibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde la aplicación del régimen general de cumplimiento cuando no se trate de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales.

La reforma se orienta, en este punto, a dos objetivos, según indica tanto la exposición de motivos del Anteproyecto como su memoria justificativa. De un lado, se trata de eliminar el automatismo hasta ahora vigente, de forma que, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal "podrá ordenar" que la clasificación del tercer grado no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta (por lo que, a falta de una decisión tal, se aplicará el régimen general de cumplimiento). Nótese que, aunque el Juez o Tribunal haya "ordenado" ese periodo de seguridad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede acordar el régimen general de cumplimiento, según lo previsto en el último párrafo del artículo, en la redacción proyectada.

El segundo objetivo radica en la ampliación de los supuestos en los que se excluye de raíz la posibilidad de que se aplique el tercer grado antes de que se haya cumplido la mitad de la pena impuesta; dicha exclusión, prevista hasta ahora para los delitos de terrorismo y para los cometidos en el seno de organizaciones criminales, se extendería con la reforma a los delitos del artículo 183 y del capítulo V del Título VIII del Libro II del Código (prostitución y corrupción de menores), cuando la víctima sea menor de 13 años.

Este Consejo entiende que las características que estos últimos delitos vienen actualmente presentando justifica plenamente que se aplique a sus responsables ese "período de seguridad", con la intención de minimizar al máximo la posibilidad de que esas personas incidan en conductas que serían contradictorias con las condenas que se les impusieron y que provocarían una acentuada desconfianza social hacia el desenvolvimiento de los mecanismos de reacción penal contra los delitos en cuestión.

Se trata de uno de los casos en que las novedades del Anteproyecto han de ser también evaluadas desde el punto de vista de la legislación y práctica penitenciarias. Se trataría, en primer lugar, de examinar si tales novedades han de ir acompañadas de eventuales cambios en lo que se refiere a la definición y aplicación de los grados de cumplimiento de las penas. Junto a ello, debe igualmente revisarse la dotación de medios de la Administración Penitenciaria para asegurarse de que estará en condiciones de aplicar las novedades que quieren introducirse.

Por lo que se refiere al desenvolvimiento de tales novedades, tanto la exposición de motivos como la memoria justificativa refieren la reforma a los casos en que "la pena de privación de libertad impuesta por delitos cometidos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de 13 años sea superior a cinco años", lo que tiene sentido con la nueva redacción que el Anteproyecto da al artículo 183 del Código Penal.

Con carácter general, no es claro si la aplicación ineludible del periodo de seguridad en los casos previstos en las letras a, b, c y d del

apartado 2 se limita a aquellos casos en que la pena de prisión impuesta tenga una duración superior a cinco años, puesto que ninguna referencia a esa duración se recoge en el párrafo segundo del apartado 2 proyectado. Ello permite entender que las reglas de los párrafos primero y segundo podrían ser autónomas, de forma que el primer párrafo se refiere a los casos en que la duración de la pena impuesta es superior a cinco años y el segundo a los casos "de los delitos enumerados a continuación", sea cual sea la duración de la pena impuesta. Resulta necesario aclarar la redacción y el alcance de la norma en este punto.

Por lo demás, el inciso inicial de ese párrafo segundo, más que referirse a los "delitos enumerados a continuación", habría de referirse a los "supuestos" que a continuación se enumeran (puesto que no se trata de una relación de delitos, sino que se hace referencia a concretas circunstancias concurrentes en relación con el delito cometido, como la edad de la víctima o la inserción en el seno de una organización o grupo criminal).

En fin, cabe añadir que el Anteproyecto parece partir de la hipótesis de que al penado sólo se le ha impuesto una pena; debe tomarse en consideración la posibilidad de que a un mismo condenado se le hayan impuesto una pluralidad de penas.

Sexta. El abono de la prisión provisional

El apartado decimotercero del artículo único del Anteproyecto modifica el artículo 58.1 del Código Penal, que pasaría a indicar que "el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella" [la cursiva se corresponde con la modificación proyectada].

Se trata, en definitiva, de una aclaración para evitar que se abone la prisión provisional a más de una causa.

El Consejo de Estado, que examina los expedientes sobre responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia con relación al artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, considera oportuna la modificación que se propone a fin de aclarar una situación que el propio Tribunal Constitucional había interpretado "a falta de una concreción mayor por parte del legislador".

Así, el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 57/2008, de 28 de abril, examinaba esta cuestión en un recurso de amparo. Al recurrente le había sido decretada prisión provisional y, con posterioridad, fue condenado por otro órgano judicial distinto con relación a otra causa diferente. El recurrente en amparo argumentó que, a pesar de que desde una determinada fecha concurría en él la doble condición de condenado y de preso preventivo, en la liquidación de condena de privación de libertad practicada sólo se le abonaba el período anterior a su condición de condenado.

El debate no estriba en el orden de cumplimiento de las penas impuestas al condenado por diversas infracciones cuando no puedan ser cumplidas simultáneamente, sino en determinar el tiempo de abono de la privación de libertad sufrida provisionalmente en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa, tema que regula el artículo 58.1 del Código Penal.

El Tribunal Constitucional, apoyándose en otras sentencias previas (entre otras, Sentencia 19/1999, de 22 de enero) señaló que "la prisión provisional es una medida cautelar de naturaleza personal, que tiene como primordial finalidad la de asegurar la disponibilidad física del imputado con miras al cumplimiento de la sentencia condenatoria, que eventualmente pueda ser dictada en su contra, impidiendo de este modo que dicho sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse a la acción de la justicia, [de forma que no es en modo alguno una especie de pena anticipada (...)]. La distinta funcionalidad de la medida cautelar (en que consiste la prisión provisional) y de la pena permite, sin ninguna violencia lógica, que un mismo hecho (la privación de libertad), cumpla materialmente una doble función, sin que, por ello, y en lo que concierne a la primera, puede negarse su realidad material, ni alterarse la normal aplicación de su límite temporal". Concluye el Tribunal Constitucional afirmando que del hecho de que el tiempo de privación de libertad por prisión provisional se abone en su totalidad para el cumplimiento de la pena, no se deriva, a modo de una consecuencia lógica necesaria, que el tiempo de cumplimiento de una pena, impuesta en una causa distinta de aquella en la que se acordó la prisión provisional, y coincidente con dicha medida cautelar, prive de efectividad real a esa medida cautelar.

La situación de coincidencia entre la prisión provisional en una causa y la situación de penado en otra, por su frecuencia en la realidad, no es un supuesto que, lógicamente, pudiera haber pasado inadvertido al legislador, al regular el abono del tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa (artículo 58.1 del Código Penal). Señala la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008 que, desde la obligada pauta de la interpretación en el sentido de la mayor efectividad del derecho fundamental y de la correlativa interpretación restrictiva de sus límites, debe entenderse que "si el legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el art. 58.1 CP, y, en concreto, el no abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional en una causa y de penado en otra, fue sencillamente porque no quiso hacerlo. En todo caso, y al margen de problemáticas presunciones sobre la intención del legislador, el dato negativo de la no previsión de esa situación es indudable; y, a partir de él, no resulta constitucionalmente adecuada una interpretación en virtud de la cual pueda llegarse a una consecuencia sobre el abono del tiempo de prisión provisional en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma, regulado en el art. 58.1 CP, basada en un dato ausente de éste" (Fundamento de Derecho Quinto).

A juicio del Tribunal Constitucional, el cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada, pues "el penado que se encuentra con causas pendientes en situación de prisión provisional no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional. Por ello no puede sostenerse que el preso preventivo, que cumple a la vez condena, no está "materialmente" en situación de prisión preventiva, o, en otros términos, sólo padece una "privación de libertad meramente formal" (Sentencias del Tribunal Constitucional 19/1999 y 57/2008).

La doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, sobre la base de una "falta de cobertura legal", ha sido criticada en la medida que si un reo está en prisión cumpliendo una condena y no se le computa el tiempo de prisión provisional dictado en otro procedimiento mientras sigue en la cárcel, sino que la prisión preventiva se le abona en su totalidad y se le deduce de la segunda condena, todo ello produce el efecto real de que se le acaban abonando dos días de pena por cada uno de los cumplidos en prisión, uno por la condena que estaba cumpliendo y otro por la prisión provisional que se le abonaría en la condena futura (efecto que ya el Tribunal Supremo corrigió con relación a la redención de penas).

En suma, el Consejo de Estado no formula objeción alguna a la aclaración proyectada y justificada, en términos del propio Tribunal Constitucional, por la falta de cobertura legal que derivaba en interpretaciones muy diversas del artículo 58.1 del Código Penal.

Séptima. La pena de privación de la patria potestad

La exposición de motivos del Anteproyecto se refiere a la necesidad de crear la pena de privación de la patria potestad e incluirla en el catálogo de penas del artículo 39 "para completar así el elenco de normas destinadas a otorgar mayor protección a los menores". Prosigue la exposición de motivos indicando que, con esta decisión, se otorga al Juez o Tribunal penal la facultad de aplicar lo dispuesto en el artículo 170 del Código Civil ("El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación"). Por estas razones, dice el Anteproyecto que se procede a la creación de la pena privativa de derechos denominada privación de la patria potestad, que tendrá carácter de pena principal en los supuestos previstos en el artículo 192 o carácter de pena accesoria (artículos 55 y 56) cuando los derechos derivados de la patria potestad hubieran tenido una relación directa con el delito cometido.

A fin de atender a la regulación de esta nueva pena a que se refiere el Anteproyecto conviene, básicamente, tener en cuenta los siguientes preceptos del Código Penal afectados por la reforma proyectada: artículo 39 (apartado séptimo del artículo único del Anteproyecto), artículo 46 (apartado octavo del artículo único), artículo 55 (apartado undécimo del artículo único) artículo 56 (apartado duodécimo del artículo único) y artículo 192 (apartado cuadragésimo tercero del artículo único).

Por lo que se refiere al apartado cuarto del artículo único del Anteproyecto, modifica el artículo 33 del Código Penal y señala, entre otros aspectos, que se añade la letra k) a su apartado 2.

En efecto, el artículo 33 del Código Penal califica las penas, en función de su naturaleza y duración, en graves, menos graves y leves. Y la primera modificación que se proyecta en el artículo 33 es con relación a las penas graves y, en concreto, a la patria potestad cuya privación se incluye ahora como una pena grave.

Téngase en cuenta que el Anteproyecto señala que se añade al apartado 2 la "letra k", cuando debería ser la "letra j" puesto que la redacción actual del Código Penal -este apartado fue modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 15 de noviembre- termina con la letra i.

El artículo 39 del Código Penal enumera las penas privativas de derechos. En el apartado b) se señala la siguiente:

b. Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho.

Ahora, el Anteproyecto añade a dicho precepto una letra j) - vid. apartado séptimo del artículo único- para incluir a la "privación de la patria potestad" como una pena privativa de derechos. Esta doble mención en el elenco de penas privativas de derechos ha de ponerse en relación con la modificación que se propone en el artículo 192 del Código Penal (apartado cuadragésimo tercero del artículo único del Anteproyecto), que permite al Juzgado o Tribunal imponer una pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad o "bien la privación de la patria potestad".

Ello ha exigido los correspondientes ajustes en los artículos 46, 55 y 56.1.3ª del Código Penal, cuya redacción se modifica en los siguientes términos: - "La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto de su progenitor. El juez o tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso" (artículo 46).

- "La pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate. El juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia" (artículo 55).

- "Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, así como la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código" (artículo 56.1.3ª).

Por lo que se refiere a este último apartado relativo al artículo 56 del Código Penal, en su encabezamiento se dice que los jueces o tribunales podrán imponer "como penas accesorias" alguna o algunas de las siguientes y, sin embargo, la reforma que se propone alude tanto a la pena accesoria ("Inhabilitación especial para (...) ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento") como a la pena principal ("así como la privación de la patria potestad"). Por ello, ha de revisarse la redacción que se proyecta dar al mencionado artículo 56.

Con un carácter más general, merece destacarse el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre con la medida de privación de patria potestad prevista en el artículo 170 del Código Civil, que puede dejarse sin efecto si "hubiere cesado la causa que motivó la privación", la pena que se proyecta ahora es una privación definitiva e irreversible de la patria potestad, pues de la modificación proyectada en modo alguno puede deducirse que ésta esté limitada a un determinado número de años. Es cierto que la patria potestad se extingue, entre otros casos, con la emancipación y que, en consecuencia, el carácter definitivo de la pena tiene su límite en la extinción de la patria potestad. Sin embargo, no siempre y por diversas razones, se produce tal extinción (i. e. el supuesto de las declaraciones de incapacidad) en cuyo caso sí podría tratarse de una pena definitiva, sin perjuicio obviamente del máximo de cumplimiento efectivo de condena previsto en los artículos relativos a las reglas especiales para la aplicación de las penas y, en concreto, en el artículo 76 del Código Penal. En todo caso, se hace necesario establecer alguna fórmula que permitiese compatibilizar el sistema de pena de privación de la patria potestad y la medida prevista en el artículo 170 del Código Civil, aunque solo sea por un criterio de unidad del ordenamiento jurídico.

Octava. La localización permanente

El Anteproyecto introduce algunas novedades en relación con la pena de localización permanente. Se trata de previsiones que no estaban incluidas en la versión del Anteproyecto fechada en noviembre de 2008 y sobre la que no se han pronunciado ni el Consejo General del Poder Judicial ni el Consejo Fiscal.

Según señala la memoria justificativa, con la reforma proyectada se otorga un mayor protagonismo a la pena de localización permanente (introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003), con el objetivo de buscar fórmulas más operativas y mejor adaptadas a las actuales necesidades y demandas sociales. Su extensión se limita por ahora - por razones de prudencia, según precisa la exposición de motivos, y sin perjuicio de futuras ampliaciones- al marco de la sustitución de las penas privativas de libertad, para lo que se proyecta

modificar los párrafos primero y tercero del artículo 88.1 del Código Penal. La novedad en el párrafo primero del citado artículo 88 radica en la previsión de que las penas de prisión que no excedan de seis meses se puedan sustituir por localización permanente -en los casos y términos que allí ya se prevén-, para lo que se fija el correspondiente módulo de conversión (un día de prisión por un día de localización permanente).

De este modo, la localización permanente puede tener una duración de hasta seis meses, tal y como también resulta -y ya con carácter general- de la redacción proyectada para el artículo 33, que contempla la localización permanente como pena leve (de un día a tres meses) o menos grave (de tres meses y un día a seis meses). Ahora bien, debe notarse que el vigente artículo 37.1 del Código Penal prevé una duración máxima de 12 días para la localización permanente y que el Anteproyecto no modifica tal previsión. Resulta pues necesario adecuar la regla del artículo 37.1 a la duración prevista para la localización permanente en la redacción proyectada para los artículos 33 y 88 del Código Penal.

El párrafo tercero del artículo 88.1 señala que si el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o -se añade ahora- localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. Se sugiere considerar la posibilidad de que la sustitución pueda ser por una de las dos que ahora se recogen (trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente), o bien por ambas, lo que puede dotar de un mayor grado de protección a la víctima.

Más allá de las concretas y limitadas modificaciones que el Anteproyecto introduciría en el Código Penal en relación con esta pena de localización permanente, cabe recordar algunas cuestiones en este ámbito, sobre las que este Consejo de Estado ya ha llamado la atención. Así, en su dictamen 3.127/2004, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se regulaban, entre otras materias, las circunstancias de ejecución de la pena de localización permanente, se advertía de la excesiva burocratización que la ejecución de dicha pena suponía en relación con su limitada duración (hasta la fecha, como se ha dicho, de un máximo de doce días), así como sobre el incremento de trabajo que todo ello suponía para unos órganos judiciales ya sobrecargados. Aunque la reforma proyectada extiende esa duración máxima en los términos apuntados, el legislador ha de tener en cuenta -al ampliar la virtualidad de dicha pena- los medios que su ejecución puede requerir.

Paralelamente, es conveniente recordar ahora que, con ocasión del aludido proyecto reglamentario, se intentaba imponer determinados criterios al órgano judicial, en particular, en relación con la determinación del domicilio del cumplimiento (que habría de ser, según el proyecto, el del penado, u otro "por causa justificada o ausencia de domicilio". Razonaba entonces el Consejo de Estado, a partir de los amplios términos del artículo 37.1 del Código Penal (de acuerdo con el cual, su cumplimiento "obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez en sentencia"), que no era posible, en modo alguno, a través de una norma reglamentaria, imponer aquel criterio al órgano judicial (esto es, que sólo pueda cumplirse en otro domicilio por causa justificada o ausencia de domicilio). Aunque la cuestión podría ser abordada ahora, en unos u otros términos, a través del Anteproyecto sometido a consulta, el Consejo de Estado considera preferible que se mantenga un amplio margen de decisión judicial (tal y como está previsto en el artículo 37.1), por las dificultades que pudiera acarrear, en casos concretos, una excesiva restricción de ese margen.

También se llamaba la atención en aquel dictamen sobre los problemas que podía generar la falta de conformidad de los afectados con la instalación de mecanismos telemáticos de control (por ejemplo, por parte del propietario del domicilio o dificultades surgidas de la aplicación de las reglas de la propiedad horizontal u otras); cuestiones que también podrían abordarse ahora con ocasión de la reforma de esta materia que el Anteproyecto aborda.

En definitiva, lo que pretende subrayarse con todo ello, expresado ya en términos generales, es que los problemas que se hayan detectado en la aplicación y ejecución de esta pena, introducida en nuestro Derecho en el año 2003 (sobre la base del anterior arresto domiciliario), deben ser tenidos en cuenta ahora, en la medida en que su solución pueda requerir normas de rango legal, dando así cobertura legal a posibles desarrollos reglamentarios ulteriores que solventen aquellos problemas prácticos.

A tal efecto, hubiera sido útil contar en el expediente con información precisa facilitada por otros órganos de la Administración (y, en particular, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias), que hayan podido experimentar la complejidad derivada de la necesaria supervisión del exacto cumplimiento de esta pena, o puedan poner de manifiesto en qué medida el control de la ejecución por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad permite -o no- asegurar el efectivo cumplimiento de la pena. Esa necesidad de supervisión y control se incrementa ahora, en la medida en que, con la modificación proyectada, cobra mayor relevancia la pena de localización permanente, tanto por su nueva función sustitutiva de otras penas, como por su mayor extensión temporal.

Novena. La expulsión de extranjeros

El Anteproyecto dedica a esta materia el apartado decimosexto de su artículo único, en virtud del cual se procede a modificar el artículo 89 del Código Penal. Las líneas fundamentales de la reforma proyectada, al decir de la memoria, serían la introducción de la posibilidad de que los Tribunales, en atención a las circunstancias en presencia, puedan valorar la oportunidad de acordar o no la imposición de esa medida a un extranjero que no resida legalmente en España, y el refuerzo de las medidas a acordar en caso de que no se respete la prohibición de regreso por el expulsado.

En relación con este precepto, debe destacarse que la redacción del artículo 89 del Código Penal contenida en el Anteproyecto es prácticamente la misma que se le dio en el Anteproyecto de 2007.

Esta reforma supone un nuevo cambio legislativo en este ámbito, restituyendo el carácter facultativo de la sustitución de las penas privativas de libertad de duración no superior a seis años por expulsión del territorio nacional respecto de los reos extranjeros no residentes legalmente en España y abrogando el carácter obligatorio que había otorgado a esta modalidad sustitutiva la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los inmigrantes. La ratio a la que obedecía esta Ley Orgánica consistía en evitar que la pena y su cumplimiento se convirtieran en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto.

En esta línea se ha venido situando la jurisprudencia (SSTS de 8 de julio, 28 de octubre y 21 de diciembre de 2004 y de 11 de octubre de 2005), contraria al automatismo en la aplicación del artículo 89 del Código Penal y favorable a la verificación de un juicio ponderado de las circunstancias concurrentes en cada caso antes de adoptar la decisión oportuna, valorando singularmente los bienes jurídicos en conflicto, postura que, por otra parte, resulta acorde con la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Sentencias de 18 de febrero de 1991 (As. Moustaqim), de 26 de marzo de 1992 (As. Beldjoudi), de 21 de junio de 1988 (As. Berrehab), de 30 de octubre de 1991 (As. Soering), de 15 de noviembre de 1996 (As. Cruz Varas) y de 2 de mayo de 1997 (As. Chahal)], en relación con la aplicación de las órdenes de expulsión, en tanto que viene exigiendo de los Estados signatarios del Convenio el necesario respeto de los derechos humanos del sujeto, particularmente, de su derecho a la vida familiar, así como de su derecho a la vida y a no ser sujeto a torturas o tratos

inhumanos o degradantes contrarios al artículo 3 del meritado Convenio.

Por consiguiente, la reforma supone un regreso a situaciones anteriores, así como la plasmación legislativa de las soluciones que vienen siendo aplicadas por los Tribunales. Desde esta perspectiva, la modificación del artículo 89 merece una valoración positiva.

Ello no obstante, deben realizarse unas observaciones sobre la duración de la prohibición de regreso a España (A), los efectos de la transgresión por el extranjero expulsado de la prohibición de regreso a España (B) y el régimen de internamiento cautelar (C).

A. La duración de la prohibición de regreso a España

Ya ha sido señalado que el texto del Anteproyecto es muy similar al del intento de reforma del Código Penal caducado en la anterior legislatura. De esta circunstancia deriva el que la reforma proyectada no haya tenido en cuenta las novedades legislativas habidas con posterioridad a aquella fecha, significadamente, las contenidas en el proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (sobre el anteproyecto que, posteriormente, se convertiría en ese proyecto de Ley Orgánica emitió el Consejo de Estado el dictamen del expediente nº 786/2009). Del mismo modo, se llama la atención de este dato para que, en su caso, se incluya en ese proyecto de Ley (reforma del artículo 57) la referencia al artículo 313 del Código Penal que se modifica por el Anteproyecto.

Quiere ahora destacarse que el Anteproyecto (nuevo artículo 89.2 del Código Penal) establece una regla de prohibición de regreso a España (3 a 10 años) que contiene una horquilla que excede la previsión del proyecto de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. En concreto, el proyecto (art. 58.1) prevé que "la duración de la prohibición se determinará en consideración a las circunstancias que concurran en cada caso y su vigencia no excederá de cinco años".

Podría pensarse que la regla del proyectado artículo 89.2 del Código Penal está pensada para aquellos casos en los que la expulsión del extranjero obedece a la imposición de esta medida en sustitución de una pena privativa de libertad (artículo 89.1). Pero ha de tenerse en cuenta que esa posibilidad también aparece contemplada en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. Así, en el proyectado artículo 57.2, se establece que, "asimismo, constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados".

Incluso en relación con este caso se establece un plazo máximo de duración de cinco años de la prohibición de regreso que sólo podrá superarse en los casos excepcionales que prevé la misma Ley Orgánica 4/2000 (art. 58.2).

Esa discrepancia de criterios ha de ser corregida para asegurar la armónica construcción y ulterior aplicación de esas dos iniciativas normativas.

B. Los efectos de la transgresión por el extranjero expulsado de la prohibición de regreso a España

El apartado cuarto del proyectado artículo 89 del Código Penal dispone lo siguiente:

"Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad".

Se distinguen, por tanto, dos supuestos, según que el extranjero fuera sorprendido en la frontera intentando entrar en España, lo que dará lugar a su devolución por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad (en este mismo sentido se pronuncia el proyectado artículo 58.3.b de la Ley Orgánica 4/2000), o que el extranjero contraviniera la prohibición judicial de entrada en España, sin ser sorprendido en la frontera.

En este segundo caso, ha de entenderse que el Anteproyecto considera que el extranjero sobre el que pesa una prohibición de entrada en España ha culminado su propósito ("si el extranjero expulsado regresara a España"). Pues bien, entonces se prevé que cabe exigirle el cumplimiento de las penas que fueron sustituidas. La consecuencia natural de haberse incumplido la prohibición de regreso a España ha de consistir en la exigencia de cumplimiento de las penas que fueron en su día sustituidas por tal prohibición. Ello no obstante, puede advertirse que la redacción del Anteproyecto carece de matices en este punto y, en ese sentido, no contempla ningún tipo de mecanismos para que, en atención al tiempo transcurrido -y, por consiguiente, de cumplimiento de la medida sustitutiva- o a las circunstancias concretas en que el incumplimiento de la prohibición se haya producido, pudieran reducirse las penas que, en su día, fueron sustituidas por la expulsión con prohibición de regreso. Este Consejo entiende que tales mecanismos debieran incorporarse al texto definitivo que se apruebe, ya que representarían un medio eficaz para diferenciar entre los diversos supuestos de vulneración de la prohibición de regreso a España. C. El régimen de internamiento cautelar

El proyectado artículo 89.6 del Código Penal establece lo siguiente:

"Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa".

Esta posibilidad de acordar el internamiento temporal por parte del Juez, con el fin de asegurar la expulsión del extranjero condenado, supone la introducción de una novedad, en virtud de la cual se equipara esta clase de internamiento cautelar con el ingreso en centro de internamiento que regula la Ley Orgánica 4/2000.

Debe notarse al respecto que la citada Ley Orgánica 19/2003, en su disposición adicional decimoséptima ("Comunicaciones de los órganos judiciales a la autoridad gubernativa en relación con extranjeros"), impone a los órganos judiciales el deber de comunicar a la autoridad gubernativa "las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial".

A la vista de esta disposición, se plantea si es posible predicar para esta modalidad específica de internamiento, sin mayores precisiones, la aplicación de "los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa". Así, entre otros extremos, el proyecto de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 ha elevado el plazo de internamiento a un máximo de 60 días (artículo 62.2), plazo que dobla al previsto en la

referida Ley Orgánica 19/2003.

Por ello, se recomienda una reflexión sobre este punto concreto del Anteproyecto, en la medida en que pudieran existir ciertas disfunciones en el grupo normativo aplicable a la situación de aquellos extranjeros que, condenados penalmente, se encuentran en trámite de ser expulsados por haberse acordado la sustitución de la pena impuesta.

Décima. La medida de seguridad de libertad vigilada

A) La configuración general de la libertad vigilada como medida de seguridad

El Anteproyecto introduce una importante innovación en el Código Penal al incorporar al Título IV de su Libro I, como una nueva medida de seguridad, la libertad vigilada. La novedad bien habría merecido ser conocida y analizada por el Consejo General del Poder Judicial y por el Consejo Fiscal en sus respectivos informes. No ha sido así porque, en la versión del Anteproyecto sobre la que se pronunciaron estos órganos, la libertad vigilada no aparecía configurada como una medida de seguridad, sino como una pena accesoria. Es de lamentar que, con ello, se haya perdido la oportunidad de tener en cuenta el autorizado parecer de ambos órganos en esta novedosa cuestión.

Ciertamente, las observaciones formuladas en esos informes han sido tenidas en cuenta en la regulación concreta que se perfila para la libertad vigilada, pero aquellos órganos no se han podido pronunciar sobre la naturaleza misma que se le atribuye como medida de seguridad. Alguna idea sobre los problemas que tal configuración plantea son apuntados por el Consejo Fiscal cuando señala que la idea de una medida de seguridad postpenitenciaria podría suscitar dudas en nuestro sistema constitucional, en cuanto a su catalogación como verdaderamente postdelictual; y ello porque no faltan opiniones que entienden que, aceptado el principio de que el cumplimiento de la pena extingue la responsabilidad criminal, cualquier restricción de derechos impuesta a posteriori en virtud de un pronóstico desfavorable puede traducirse, en realidad, en una medida predelictual. El Consejo General de la Abogacía sostiene que el tratamiento penal de los delincuentes peligrosos en nuestro país sigue constituyendo una asignatura pendiente, y que el actual tratamiento de la reincidencia, aplicado a delitos contra la libertad sexual y terrorismo, ofrece resultados poco esperanzadores. No obstante, entiende que el Anteproyecto impone la medida sobre la base de un juicio de peligrosidad que se asume que subsiste siempre para hechos delictivos de naturaleza sexual o terrorista, algo que podría oponerse a la presunción de inocencia. Apunta, así, que la reforma proyectada puede suscitar dudas de constitucionalidad, desde la perspectiva del artículo 25.2 de la Constitución, dada la finalidad estrictamente neutralizadora de la medida; y añade que la acumulación de la libertad vigilada por el periodo máximo que establece la reforma, unido a la posibilidad de cumplimiento íntegro de la condena por un plazo de hasta cuarenta años, ofrecen como resultado penas que pueden alcanzar cincuenta años, lo que exige analizar su constitucionalidad a la luz de la prohibición de la cadena perpetua y la finalidad resocializadora de las penas y las medidas de seguridad establecida por el artículo 25.2 de la Constitución Española.

Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial -que conoció de una versión que configuraba la libertad vigilada como pena-, señala que el derecho comparado conoce diferentes formas de libertad vigilada posteriores al cumplimiento de la pena, aunque -precisa- están reguladas generalmente como medidas de seguridad dirigidas a contrarrestar un estado de peligrosidad deducido de la comisión de determinados delitos. Y, al formular observaciones acerca de la concreta configuración de la pena de libertad vigilada en aquella versión anterior, sí apunta que el fundamento de esa nueva pena era "un juicio de peligrosidad más propio de una medida de seguridad que de una pena".

En relación con esta misma cuestión, al informar el anteproyecto de 2007 de reforma del Código Penal, decía el Consejo General del Poder Judicial que la libertad vigilada desempeñaba allí una función -no única- propia de las medidas de seguridad, asociada a un estado de peligrosidad que se materializaba en la tendencia del culpable a la reiteración delictiva. Ahora bien, siendo ello así -se decía- debía incorporarse la libertad vigilada al elenco de medidas de seguridad restrictivas de libertad previstas en el artículo 96.3 del Código Penal, y debían abordarse reformas complementarias que permitieran dar cabida en nuestro sistema a la imposición de medidas a reos peligrosos en quienes no concurren limitaciones de su capacidad de culpabilidad (actual presupuesto de aplicación de los artículos 101 y siguientes del Código Penal); y concluía que no existía ningún obstáculo dogmático para emprender una reforma legal en tal sentido (especialmente, al haberse difuminado los contornos, tanto en la ley como en la praxis, entre las penas y las medidas de seguridad).

Pues bien, esta es precisamente la línea seguida en el texto del Anteproyecto sometido a consulta. En él se incluye la libertad vigilada entre las medidas de seguridad no privativas de libertad y se desbordan los presupuestos que actualmente limitan el tratamiento específico de estados de peligrosidad a inimputables y semiimputables, lo que ciertamente supone una innovación de alcance en nuestro Derecho Penal. Debe notarse, no obstante, que la libertad vigilada es una medida asentada y arraigada en el Derecho Penal de menores, recogida hoy en el artículo 7.1.h de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor; y tampoco pueden ignorarse los antecedentes existentes en Derecho comparado y, en particular, en el Código Penal alemán.

A partir de ello, la memoria justificativa señala que la nueva medida se introduce para dar respuesta a supuestos de peligrosidad subsistente al cumplimiento de la pena en el caso de delincuentes con perfiles criminológicos resistentes al efecto rehabilitador, como suele suceder en el caso de delitos contra la libertad y la indemnidad sexual o terroristas. Como precisa la exposición de motivos del Anteproyecto, la opción inocuidadora consistente en una prolongación ilimitada o indiscriminada de la privación de libertad choca con principios elementales del Derecho Penal, amparados por la Constitución, como la exigencia de proporcionalidad y la propia orientación rehabilitadora de la pena.

La medida de libertad vigilada se aplica, así, a supuestos en que el pronóstico de peligrosidad deriva del específico perfil de personalidad del sujeto o de la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el legislador lo haya previsto así expresamente. Se impone en la sentencia junto a la pena privativa de libertad, para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hace efectiva en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca el momento extintivo de la pena, y reconsiderado después, al menos anualmente. De este modo, la libertad vigilada se concreta en una serie de reglas de conducta que pueden modificarse, ya en fase de ejecución, en función de la evolución del sujeto.

Una cuestión sobre la que llamó la atención el Consejo General del Poder Judicial y que también se plantea tras la configuración de la libertad vigilada como medida de seguridad radica en la necesidad de una correcta articulación de esta última, cuando se ha de ejecutar con posterioridad a la pena privativa de libertad, con la aplicación de beneficios como la libertad condicional o el tercer grado penitenciario. Así, cuando el progreso individual del sujeto le haya hecho merecedor de la libertad condicional o del tercer grado penitenciario, la libertad vigilada no debería ser más gravosa o restrictiva que éstos (salvo que concurren nuevos elementos de juicio que pongan de manifiesto la necesidad de un régimen más restrictivo). No parece acorde con el sistema progresivo de cumplimiento de las penas privativas de libertad -que se basa en el modelo constitucional diseñado en el artículo 25.1 de la Constitución-, que la libertad vigilada suponga para el penado un retroceso con respecto al régimen de cumplimiento de la pena del que disfrute en el momento en que empieza a aplicársele la medida de libertad vigilada.

Para dicha articulación puede valorarse la introducción de una previsión de que la medida de seguridad pueda comenzar a aplicarse antes de la extinción de la pena privativa de libertad, en función del régimen de ejecución de esta última (frente a lo que ahora se prevé en el proyectado artículo 106.2). De este modo, algunas de las reglas de conducta en que la libertad vigilada consiste podrían aplicarse durante la fase de libertad condicional, habida cuenta de su compatibilidad, y su continuación, una vez extinguida la pena privativa de libertad, no supondría una regresión en el régimen de cumplimiento (sin perjuicio de su ulterior modificación en los términos previstos con carácter general, en función de la evolución del condenado).

En cuanto a las dudas que se han manifestado por la duración total que puede llegar a alcanzar la condena (en casos de acumulación de periodos máximos de pena de prisión y de la libertad vigilada postpenitenciaria, con cumplimiento íntegro de la condena), cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha señalado que el juicio de proporcionalidad en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento incriminado, debe partir de "la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo". En el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática, por lo que "la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad", y para el que "ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que pueda perseguir con la pena" (STC 136/1999, f.j. 23).

Cabe añadir que, según afirma la exposición de motivos, son precisamente razones vinculadas a la proporcionalidad y a la orientación rehabilitadora de la prisión, lo que lleva a rechazar una prolongación ilimitada o indiscriminada de la privación de libertad y a buscar otras soluciones que se plasman en la nueva medida de la libertad vigilada y las reglas de conducta que ella supone.

A partir de todo ello, puede ya entrar a analizarse la concreta configuración que la libertad vigilada adquiere, como medida de seguridad, en el Anteproyecto sometido a consulta.

B) La concreta configuración de la libertad vigilada

1. La libertad vigilada como medida de seguridad. Al configurarse la libertad vigilada como una medida de seguridad, comienza por catalogarse como tal en el artículo 96.3 del Código Penal (tal y como tanto el Consejo General del Poder Judicial como el Consejo Fiscal habían indicado en informes emitidos en 2006, en relación con el previo anteproyecto de reforma del Código Penal). Al tiempo, se suprimen muchas de las medidas ahora previstas en dicho apartado (ordinales 3º, 4º, 5º, 9º, 10º, 11º y 12º), que se transforman en posibles concreciones de esa nueva categoría que es la libertad vigilada, tal y como se expresa en el nuevo artículo 106.1.

Cabe plantear si, aun antes de ese artículo 96, no debería alterarse también el artículo 95, cuya referencia actual a "a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el Capítulo siguiente de este Código" (alusiva a los sujetos a los que se les ha aplicado una eximente, completa o incompleta) podría sustituirse por una referencia más genérica a los "supuestos" previstos en el Código Penal, que incluiría, además de los de las personas a que se refieren los artículos 101 a 104, los supuestos ahora previstos en el artículo 105 en relación con los artículos 192 (delitos contra la libertad e indemnidad sexuales) y 579 (delitos de terrorismo), que ahora se introducen.

Con la remodelación de los artículos 97 y 98, el primero de ellos regula las decisiones que el Juzgado o Tribunal puede adoptar durante la ejecución de la sentencia (sobre mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida de seguridad impuesta) y el segundo concreta el procedimiento para su adopción.

De este modo, el apartado 1 del artículo 98 proyectado refunde distintos aspectos ahora dispersos en los vigentes artículos 97 y 98. Debe notarse que esa refundición -de la que se dan otros casos en el Anteproyecto- determina que las remisiones que otros artículos del Código Penal hacen a uno u otro puedan quedar ahora trastocadas, lo que exige una revisión de otros artículos del Código que puedan hallarse en tal situación. Por ejemplo, en el caso de que ahora se trata, el artículo 103 del Código Penal (que no se modifica) establece una regla especial para "la propuesta a que se refiere el artículo 97"; sin embargo, esa propuesta pasa ahora a recogerse en el artículo 98 y, en el caso de que se trate de una medida no privativa de libertad, desaparece incluso la propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

La propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria se limita, con la reforma, a los casos en que se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada subsiguiente a una pena privativa de libertad, y a ambos casos se extiende la exigencia de que la propuesta sea, como mínimo, anual. A tal efecto, se exige la valoración de los informes emitidos "por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad". En cambio, en el apartado 2, para el caso de "cualquier otra medida no privativa de libertad", se prevé que el Juzgado o Tribunal sentenciador recabe los oportunos informes directamente de la "Administración competente". A juicio del Consejo de Estado, tanto en el primer como en el segundo apartado debe preverse, con flexibilidad, la posibilidad de que se recaben informes tanto de los facultativos y profesionales que asistan al afectado como de la Administración Pública competente (la referencia exclusiva a facultativos y profesionales es lógica en el marco de unas medidas de seguridad aplicables a inimputables o semiimputables o cuando la privación de libertad está prevista en centros psiquiátricos, de deshabitación o de educación especial; pero conviene aludir también a los informes de las Administraciones Públicas competentes cuando se dan otros casos, como los que la reforma introduce; y a la inversa, en algunas de las demás medidas no privativas de libertad puede existir asistencia de facultativos o profesionales cuyo informe resulte necesario).

En fin, el apartado 3 del mismo artículo 98 prevé que el Juzgado o Tribunal sentenciador resuelva oído el "penado" (que, en realidad, no siempre será penado, sino sometido a una medida de seguridad, por lo que debería cambiarse el término utilizado), el Ministerio Fiscal, las demás partes y, "si es posible, las víctimas del delito que no estuvieran personadas". Aunque no se ignora el buen ánimo que alienta esta última previsión, quiere llamarse la atención sobre los problemas prácticos que puede plantear. Por una parte, por el impreciso alcance, en la práctica, de la expresión "si es posible", especialmente en los casos en que se trate de la nueva medida de libertad vigilada postpenitenciaria, en que pueden haber transcurrido varios lustros, y aun decenios, desde que se dictó la sentencia. A veces existirá, en efecto, imposibilidad de oír a las víctimas; otras veces será una dificultad muy acentuada; en no pocos casos habrá problemas para su localización -especialmente si hay una pluralidad de víctimas-, lo que podrá retrasar considerablemente la adopción de las decisiones correspondientes; y, en fin, no faltarán casos en los que la víctima prefiera no ser localizada al cabo de tan largo periodo de tiempo (como puede ocurrir en aquellos a los que se refiere el artículo 192 proyectado).

En definitiva, lo que la exposición de motivos califica de "sencillo trámite" puede no serlo tanto en la práctica y puede generar efectos no deseados. Conviene, pues, reflexionar sobre esa previsión y ponderar posibles alternativas, como flexibilizar la necesidad de audiencia a la víctima, dejar que sea el órgano judicial el que decida sobre ello, o incluso permitir que sea la víctima quien, al comienzo de la ejecución de la sentencia, se manifieste sobre si desea ser oída cuando llegue el momento y sobre el lugar (o medios) donde podrá ser localizada, con la consiguiente carga de comunicar los cambios que sobre este extremo se produzcan en los siguientes años.

2. Aplicación de la medida de libertad vigilada. En la regulación de la aplicación de las medidas de seguridad (Capítulo II del Título IV del Libro I del Código Penal), se introducen algunas modificaciones para definir el régimen de aplicación de la libertad vigilada.

La Sección 2ª, relativa a las medidas no privativas de libertad, se abre con el artículo 105, cuyo párrafo inicial se altera para indicar que el Juez o Tribunal, "en los casos de los artículos 101 a 104 podrá imponer, y en los demás supuestos en que así lo prevé este Código deberá imponer", razonadamente, una o varias de las medidas que a continuación se relacionan, entre las que se incluye ahora la libertad vigilada.

La redacción del párrafo inicial no es muy afortunada. Parece que trata de dejar claro que las medidas de seguridad no privativas de libertad (y, en concreto, la libertad vigilada) se pueden imponer en los casos de aplicación de eximentes de los artículos 101 a 104, y deben imponerse cuando así lo prevé el Código. Sin embargo, con la redacción proyectada se ha perdido el inciso que precisa que la medida no privativa de libertad, en los casos de los artículos 101 a 104, puede acordarse, bien cuando se imponga la medida privativa de libertad, o bien durante la ejecución de la misma. Puesto que no parece que sea voluntad del nuevo texto suprimir esa doble posibilidad, debe buscarse una redacción que la mantenga. En esa nueva redacción puede hacerse referencia a los demás supuestos previstos en el Código, aunque debe notarse que la exigencia de que se imponga - necesaria y no potestativamente- la medida de libertad vigilada en esos otros casos deriva directamente de lo previsto en otros artículos (192.1 y 579.3, como también se prevé en el artículo 106.2), y no del hecho de que el artículo 105 lo subraye.

También debe notarse que el antepenúltimo párrafo del artículo 105 proyectado, que mantiene su tenor actual, dispone que, para decretar la obligación de observar alguna o algunas de las medidas previstas en ese artículo 105, "el juez o tribunal sentenciador deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad". Ello tiene sentido en la regulación actual del artículo 105 (relativo a los casos de los artículos 101 a 104), pero no tanto en la regulación ahora proyectada, en la que el artículo 105 se refiere también a otros casos en los que el Código Penal obliga, directamente, al Juez o Tribunal sentenciador a imponer la medida de libertad vigilada (lo que se trata de dejar claro con el primer párrafo del mismo artículo 105, como se ha visto), y en los que se aplicará lo previsto en el proyectado artículo 106.2. Debe notarse, en este sentido, que ese antepenúltimo párrafo del artículo 105 se refiere a una valoración "para decretar la obligación", no para su efectiva aplicación tras el cumplimiento de la pena, cuya regulación se encuentra en el 106.2.

La modificación del artículo 105 se completa con la incorporación, como último párrafo, del que actualmente integra el artículo 106 (por lo que habrá de examinarse si existen posibles remisiones al artículo 106 que deban ahora hacerse al último párrafo del artículo 105). De este modo, el artículo 106 se destina ahora a regular la nueva medida de libertad vigilada.

El apartado 1 del artículo 106 proyectado determina los posibles contenidos en que se puede concretar la medida de libertad vigilada. Algunas de las reglas de conducta que aquí se recogen reproducen, en similares términos, las previstas ahora en el artículo 96.3 (y se sustituyen allí por la libertad vigilada, erigida así en categoría que incluye estas diversas reglas de conducta). También puede notarse que algunas de las reglas coinciden con las penas privativas de derechos recogidas en los artículos 39, 48 y 57 del Código Penal, lo que - además de reflejar esa difuminación de los contornos entre unas y otras- obliga a dejar clara la relación entre aquellas penas y esta medida; especialmente teniendo en cuenta que, a la vista de lo dispuesto en el artículo 57 vigente y en el artículo 192 proyectado, aquellas penas y esta medida pueden imponerse conjuntamente en razón de unos mismos hechos. En efecto, en el supuesto previsto en el artículo 57.2 "se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48", esto es, prohibición de aproximarse a la víctima; y también se deberá imponer la medida de libertad vigilada si se da el caso del artículo 192 proyectado.

En cuanto a las medidas concretas previstas, la letra a) contempla la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente. Debe notarse que el control de las medidas por medios electrónicos está prevista en el vigente artículo 48.4 del Código para las penas privativas de derechos que allí se recogen (similares a las reglas contempladas en las letras e), f), g) y h) del proyectado artículo 106.1). Por ello, se sugiere que se dé carácter más general a la posibilidad de utilizar medios electrónicos para el control de las medidas en que se puede concretar la libertad vigilada.

En el apartado d) se sugiere flexibilizar la prohibición de ausentarse (refiriéndola no sólo al lugar donde resida, sino a un determinado territorio); y en el apartado f) puede repetirse la fórmula de la letra anterior (en lugar de referir la prohibición de comunicarse a "las personas previstas en la letra anterior"), para hacer patente que se trata de medidas autónomas y que pueden afectar a personas distintas.

Mayores problemas suscita el apartado k), que contempla la obligación de seguir tratamiento médico externo. En relación con la primera versión del Anteproyecto (en la que la libertad vigilada se configuraba como pena, pero igualmente podía comportar esa obligación de seguir tratamiento médico externo), el Consejo General del Poder Judicial llamaba la atención sobre la necesidad de consentimiento del afectado para ser sometido a un tratamiento médico y, por tanto, su derecho a rechazarlo; apuntaba, en este sentido, la diferencia con la vigente medida de seguridad análoga, prevista en el artículo 96.3.11ª para casos de incapacidad plena o capacidad disminuida. Esas observaciones son aplicables en relación con la última versión del Anteproyecto, en que la libertad vigilada no se configura como pena sino como medida de seguridad, pero que puede aplicarse a sujetos plenamente capaces y condenados como tales. Para soslayar el problema aludido, podría buscarse una redacción más abierta, que imponga no la obligación de seguir un tratamiento, sino de presentarse en un centro médico en determinado tiempo o intervalos temporales (en línea con el apartado 1.11 del § 68 b del Código Penal alemán), de forma que no se impone el sometimiento al tratamiento médico, pero su aceptación o su rechazo son elementos que podrán influir en la evolución posterior de la medida de libertad vigilada (con las posibilidades de modificación, reducción o incluso cese anticipado que se prevén en el artículo 106.2).

En el apartado 2 del artículo 106 proyectado se ha de corregir el error material en la referencia a las obligaciones o prohibiciones enumeradas "en el apartado 2 de este artículo" (que son lógicamente, las del apartado 1). También debe completarse el inciso final del apartado 3.b), con mención de las obligaciones o prohibiciones impuestas.

Suscita muchas dudas la redacción del apartado 3.c (en el mismo artículo 106) y su relación con el apartado 4. En aquél se contempla la posibilidad del Juzgado o Tribunal de dejar sin efecto la medida cuando la circunstancia descrita en la letra anterior (esto es, el pronóstico positivo de reinserción) se dé en el momento de concreción de las medidas que se regula en el apartado 4 (referido al caso de incumplimiento de una o varias obligaciones). A juicio del Consejo de Estado, ese apartado 3.c es innecesario, puesto que la posibilidad de poner fin a la medida de seguridad en vista del pronóstico positivo de reinserción está recogida en el apartado 3.b), sin prejuzgar si esa circunstancia se da en el caso de incumplimiento previsto en el apartado 4 o en cualquier otro caso; además, no deja de ser llamativo que se prevea expresamente que el incumplimiento de las obligaciones pueda conducir a dejar sin efecto la medida.

Por otra parte, y en lo que se refiere al artículo 106.4, no es clara su articulación con lo previsto en la redacción proyectada para el artículo 468 del Código Penal. En efecto, el citado artículo 106.4 dispone que, en caso de incumplimiento de una o varias obligaciones, el Juzgado o Tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes y por el mismo procedimiento indicado en los números anteriores (el del artículo 98), "podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas". Sin embargo, el artículo 468, en la redacción proyectada,

establece que se impondrá "en todo caso" la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren la medida de libertad vigilada.

Se trata de una cuestión sobre la que llamaron la atención el Consejo Fiscal y el Consejo General del Poder Judicial, por los problemas análogos que se planteaban en la versión anterior del Anteproyecto. En este punto, se subrayaba la necesidad de regular más detalladamente los efectos del incumplimiento de las obligaciones de la libertad vigilada, por exigencias de seguridad jurídica y del principio de legalidad, y teniendo en cuenta la muy diferente naturaleza que unas y otras medidas tienen y la amplia duración que pueden alcanzar; resulta necesario, en definitiva, un mayor grado de precisión sobre los requisitos que tales incumplimientos deben revestir para que puedan ser considerados delictivos.

Así, es cierto que, en algunas obligaciones, sólo la reiteración debería permitir apreciar un quebrantamiento de condena (p. ej., en el caso de la obligación de participar en programas formativos, laborales o culturales, o el incumplimiento -retraso- en la obligación de presentación periódica); también puede preverse el supuesto de quebrantamiento de diversas obligaciones de las impuestas u otras circunstancias concurrentes; y, en todo caso, debe precisarse cuál es el margen de actuación del Juzgado o Tribunal, en los casos de incumplimiento de una o varias de las obligaciones o prohibiciones impuestas, sea para modificar éstas o sea, por el contrario, para proceder por delito de quebrantamiento de condena.

En fin, en la parte especial se impone esta medida de seguridad de libertad vigilada en los artículos 192.1 y 597.3. Ya se ha llamado la atención sobre la necesidad de una correcta articulación de esta medida de seguridad con las penas previstas en los artículos 48 y 57, y que, en casos como los previstos en el artículo 192 proyectado, pueden dar lugar a que se impongan, por unos mismos hechos, una pena y una medida de seguridad postpenitenciaria de la misma naturaleza (por ejemplo, y entre otras, la prohibición de aproximarse a la víctima). En cuanto al artículo 597.3, debe notarse que en él se prevé que, además de la pena privativa de libertad, se imponga una medida de libertad vigilada de cinco a diez años; pero, a diferencia de lo previsto en el proyectado artículo 192, no se indica expresamente "que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad". En este punto, debe tomarse en consideración la posibilidad de que el condenado lo haya sido a más de una pena, especialmente teniendo en cuenta que tanto el artículo 192 como el 597.3 se refieren a condenados "por uno o más delitos".

Por lo demás, tanto en el artículo 192.1 como en el artículo 597.3 se introduce la expresión "delincuente primario"; posiblemente sea más correcto hablar de delincuente "primerizo" ("Que hace por vez primera algo, o es novicio o principiante en un arte, profesión o ejercicio", según el Diccionario de la Real Academia Española), aunque no se ignora que la primera expresión es más utilizada por la doctrina y ha sido también acogida por la jurisprudencia.

Undécima. El comiso

El apartado vigésimo cuarto del artículo único del Anteproyecto modifica el artículo 127 del Código Penal (el primero de los preceptos del Título VI del Libro I que lleva por rúbrica "De las consecuencias accesorias"). La reforma que se proyecta, añade, principalmente un párrafo al apartado primero y un nuevo apartado segundo:

"1. (...)

El Juez o Tribunal podrá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización criminal cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.

2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar". Pese a que este precepto fue modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, la reforma tiene su fundamento en la Decisión Marco 2005/212/JAI, del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, que recuerda que el principal objetivo de la delincuencia transfronteriza organizada es el beneficio económico y, por tanto, que, para ser eficaz, la prevención de la delincuencia organizada y la lucha contra ella deben centrarse en el seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito.

La finalidad de esa Decisión Marco es, en palabras de sus propios considerandos 10 y 11, garantizar que todos los Estados miembros dispongan de normas efectivas que regulen el decomiso de los productos del delito, en particular en relación con la carga de la prueba sobre el origen de los bienes que posea una persona condenada por una infracción relacionada con la delincuencia organizada, sin que ello impida a ningún Estado miembro aplicar sus principios fundamentales en materia de garantías procesales. En este mismo sentido, la exposición de motivos del Anteproyecto señala 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".

El nuevo párrafo segundo del apartado primero del artículo 127 del Código Penal utiliza la expresión "podrá". A juicio del Consejo de Estado, una cosa es que el órgano judicial, en el ejercicio de las facultades que le competen, "pueda" (y deba) valorar los elementos de juicio que, en su caso, le permitan llegar al convencimiento o no de que los bienes de que se trata proceden de actividades ilícitas cometidas en el marco de la organización criminal y otra cosa bien diferente es que, una vez obtenido este convencimiento, se deje a discreción del Juez o Tribunal la decisión de acordar el decomiso. Esto último no debería ser discrecional sino que, dada la finalidad de la Decisión Marco, objeto de transposición, debería tener un carácter imperativo.

Por tanto, resultaría más ajustada a la propia finalidad de la Decisión Marco 2005/212/JAI una redacción que, con las garantías procesales y de convencimiento necesarias en los términos referidos, estableciese de modo más automático el decomiso de los bienes procedentes de actividades delictivas cometidas en el "seno de la organización criminal".

Una de las cuestiones debatidas desde el Consejo Europeo de Viena de 1988 a que se refiere la propia Decisión Marco objeto de transposición es la cuestión relativa al inciso final del nuevo párrafo segundo del apartado primero del artículo 127 del Código Penal: "A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización criminal cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas". Señala la Decisión Marco en su considerando 10º que, con dicha norma comunitaria, se pretende "garantizar que todos los Estados miembros dispongan de normas efectivas que regulen el decomiso de los productos del delito, en particular en relación con la carga de la prueba sobre el origen de los bienes que posea una persona condenada por una infracción relacionada con la delincuencia organizada".

El Consejo de Estado coincide con el parecer del informe del Consejo Fiscal en que la incorporación de dicha presunción legal proyectada

no afecta en sí misma al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Se trata, en realidad, de una presunción que 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, pues, tal y como aparece configurada, opera respecto de personas condenadas en un proceso penal -por tanto, 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 contra él formuladas-. Las consecuencias son exclusivamente de carácter patrimonial y derivan, en todo caso, de haberse acreditado la comisión de actividades ilícitas. Además, dicha presunción es susceptible de ser enervada mediante prueba en contrario que acredite o justifique el origen lícito del patrimonio cuestionado. Su configuración, por tanto, como dice el informe del Consejo Fiscal, es la de una presunción iuris tantum que, en consecuencia, será en todo caso objeto de valoración judicial y admite prueba en contrario. Todo ello resulta además coherente con la jurisprudencia que en este sentido se ha ido configurando: "El comiso de las ganancias a que se refiere el art. 374 del C. Penal debe extenderse a las ganancias de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso, el principio acusatorio" (Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1998).

También en relación con el régimen armonizado europeo que la aludida Decisión Marco quiere introducir, conviene recordar que el comiso se extiende a tres elementos patrimoniales: los bienes objeto de delito, los productos o ganancias obtenidos con el delito y los instrumentos utilizados para perpetrarlo. Entiende este Consejo que la nueva redacción que propugna darse al artículo 127, número 1, del Código Penal debiera reflejar con más claridad esos tres distintos planos o elementos patrimoniales. En tal sentido, resultan un tanto equívocas las alusiones a los "efectos que de ellos provengan" y a "los bienes con que se hayan preparado o ejecutado".

Finalmente, nada que advertir respecto del nuevo apartado segundo del artículo 127 del Código Penal, cuyo límite temporal ("En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año") está en conexión con lo previsto en el artículo 2 de la citada Decisión Marco. Distinta es la cuestión de si la referencia al "delito imprudente" es acorde con esa Decisión Marco. A juicio del Consejo de Estado, el hecho de que el comiso se amplíe a los delitos imprudentes y no se limite exclusivamente a los dolosos, no vulnera la norma comunitaria, que se refiere únicamente a "infracciones penales que lleven aparejadas penas privativas de libertad superior a un año".

Duodécima. La prescripción de delitos y penas

La regulación del efecto del transcurso del tiempo en el ámbito del Derecho Penal ha dado lugar a numerosas observaciones en la tramitación del expediente. Tales observaciones pueden diferenciarse entre aquellas que han valorado el régimen general de prescripción de los delitos y de las penas (A) y las que han versado sobre el nuevo régimen de interrupción de la prescripción (B), cuestiones que serán atendidas en ese orden.

A. Sobre la prescripción de los delitos y de las penas

En este punto, la modificación del Código Penal se circunscribe a lo previsto en sus artículos 131 (prescripción de los delitos) y 133 (prescripción de las penas).

En relación con el primero, se modifica el párrafo cuarto y se suprime el párrafo quinto del apartado 1, se modifica el apartado 4 y se añade un apartado 5, que quedan redactados de la siguiente manera:

"1. Los delitos prescriben: [...]

A los cinco, los demás delitos, excepto los de injuria y calumnia, que prescriben al año.

4. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.

Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona".

Y por lo que se refiere al artículo 133, se modifica su apartado segundo, que queda redactado como sigue:

"2. Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.

Tampoco prescribirán las penas impuestas por delitos de terrorismo, si estos hubieren causado la muerte de una persona".

Las novedades, por consiguiente, se concretan en la elevación del plazo mínimo de prescripción de los delitos, que pasa de tres a cinco años, y en la implantación de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona, así como de las penas impuestas por esta clase de delitos.

1. Modificación del plazo de prescripción de los delitos. Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, ninguna justificación se da al respecto en el expediente. Pudiera pensarse que esa elevación está indirectamente relacionada con la modificación del régimen de interrupción de la prescripción (artículo 132). Y ello porque, al establecer un régimen en virtud del cual, para que se produzca la interrupción de la prescripción, se precisa que el proceso se dirija contra una persona indiciariamente responsable del delito o falta, la mera presentación o interposición de una denuncia o querrela no interrumpirá ese plazo, sino que lo suspende, pudiendo reanudarse el cómputo si no se dicta una resolución judicial de prosecución o no de la causa o de inadmisión de la denuncia o querrela (nuevo artículo 132.2.2ª, tercer párrafo). Ante esta posible deriva de la causa, parece que el legislador ha preferido elevar el régimen de prescripción de los delitos, a fin de evitar que se malogren las acciones ejercitadas por los ciudadanos. Sin embargo, debe llamarse la atención sobre el hecho de que esta elevación no guarda relación con las penas fijadas en el Código Penal para un buen número de conductas, cuyas penas son inferiores a los tres años (por ejemplo, entre los delitos que se modifican por el Anteproyecto, los delitos de estafa y de daños).

El Consejo de Estado entiende que una modificación tan relevante del régimen de prescripción de los delitos debería haber contado con una específica justificación en el expediente. Dentro de la libertad de configuración que le reconoce la Constitución, el legislador puede fijar los plazos de prescripción de los delitos, por lo que una medida como la ahora examinada entra dentro de las decisiones de política legislativa criminal que sólo al mismo competen. En cualquier caso, el Consejo de Estado quiere llamar la atención sobre la importancia de que se observe la necesaria adecuación entre los ilícitos penales y el plazo de prescripción que se fije.

Desde la perspectiva de la proporcionalidad inherente al Derecho Penal, podría llegar a cuestionarse esta elevación del período de prescripción que se aplica a gran parte de los delitos, pues no existe una correlación precisa entre el reproche penal fijado por el legislador y el tiempo durante el que es posible proceder a la persecución penal del ilícito en sí mismo considerado.

2. Imprescriptibilidad de los delitos y de las penas por terrorismo con resultado de muerte. La segunda de las cuestiones apuntadas consiste en la decisión de incorporar al Anteproyecto la regla de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo, si hubieren causado la

muerte de una persona, así como de las penas impuestas por delitos de terrorismo, si estos hubieran causado la muerte de una persona.

Esta novedad ha experimentado notables variaciones durante la tramitación del expediente hasta que, en su versión definitiva, ha quedado limitado el ámbito de los delitos de terrorismo con resultado de muerte. Los informes que han sido emitidos con anterioridad han reparado en esta reforma legal, ofreciendo argumentos a favor y en contra de esta decisión del Anteproyecto.

Para un adecuado examen de la misma, debe atenderse a los aspectos que condicionan una decisión de estas características.

Desde una perspectiva general, ha de tenerse en cuenta que la decisión acerca de qué conductas han de ser tipificadas como delito y qué penas deben corresponderles es, en principio, una cuestión de pura política criminal que, en cuanto tal, queda a la libertad del legislador. Así lo ha declarado en numerosos pronunciamientos el Tribunal Constitucional (Sentencias 55/1996, 129/1996 o 161/1997, entre otras), considerando que el legislador tiene la potestad exclusiva "para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo". En el ejercicio de dicha potestad "el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (...). De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad" que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y para el que "ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines, inmediatos a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma -intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.- y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena" (STC 55/1996, FJ 6º o 45/2009, FJ 3º).

Por consiguiente, la libertad de la que goza el legislador a la hora de establecer los delitos y las penas cuenta con un límite claro en el principio de proporcionalidad, en el bien entendido de que es constitucionalmente necesario que las penas guarden proporción con la gravedad de la conducta tipificada como delito (STC 136/1999).

En directa relación con las anteriores consideraciones, el Tribunal Constitucional ha entendido que, dentro de ese marco de que dispone el legislador para establecer los ilícitos penales y las correspondientes penas, se encuentra su potestad para arbitrar las reglas que estime oportunas acerca de la prescripción de los delitos y de las penas, de acuerdo con los criterios de política criminal y de seguridad jurídica que considere idóneos en cada caso concreto, si bien, dados los valores constitucionales en juego, "sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico penal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y faltas" (STC 63/2001). En definitiva, para el Tribunal Constitucional, el establecimiento de un régimen de prescripción queda deferido "a la voluntad del legislador sin condicionamientos materiales que deriven de la Constitución" (STC 63/2001), y sin que su existencia suponga merma del derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996, *Stubbings c. Reino Unido*), "ni las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar (delitos a los que afecta, plazos de prescripción, momento inicial del cómputo o causas de interrupción) afecten, en sí mismas, a derecho fundamental alguno" (STC 63/2001).

La decisión del legislador de introducir en el texto penal vigente un determinado régimen de imprescriptibilidad es, por consiguiente, un elemento inherente a su libertad de configuración normativa en el ámbito penal, perspectiva que ha de ser la empleada para valorar la decisión de incorporar un nuevo supuesto de imprescriptibilidad, en este caso, referido a los delitos de terrorismo con resultado de muerte.

Una decisión de esas características responde a razones de política criminal y a fines de prevención general y especial. Pueden encontrarse ejemplos de declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo en países de nuestro entorno (caso de Suiza). Y también existen manifestaciones dirigidas a lograr una asunción general de esta regla en el Derecho comunitario. Así, en el marco del Plan de Acción de la Unión Europea contra el terrorismo, la Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo Europeo y al Consejo (2004/2214 (INI)), en sus considerandos C, D y E, destaca que el terrorismo ataca los derechos y las libertades fundamentales y busca la destrucción de la democracia misma por métodos violentos, provocando un clima que destruye el derecho de la población a vivir en paz y libertad, tildándola de una de las más graves amenazas contra la democracia. Por ello, recomienda (letra b) la promoción entre los Estados miembros de la adopción de la declaración de imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo, expresando así la reprobación de la comunidad internacional, que considera que figuran entre los crímenes más graves y más inadmisibles contra la humanidad.

En este sentido, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional declara la imprescriptibilidad de los crímenes de su competencia (artículo 29), entre los que se encuentran los crímenes de lesa humanidad (artículo 7), cuya definición puede considerarse aplicable a determinadas formas de terrorismo organizado.

Si la prescripción de la infracción penal "supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo" - que encuentra también fundamentos en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal, lo que ha de ponerse en conexión también con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (STC 17/1983 y 157/1990)-, la incorporación de una regla de imprescriptibilidad supone la decisión del legislador de que no sea posible esa renuncia en relación con determinado tipo de delitos.

En el marco de actuación del legislador, cabe pues que éste imponga la imprescriptibilidad de ciertos delitos. Un sistema jurídico penal que estableciera la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y las faltas podría llegar a ser constitucionalmente cuestionable (STC 63/2001), pero éste no es el caso y consideraciones de política criminal y las finalidades de prevención mencionadas, pueden permitir la introducción de una regla como la ahora examinada.

La concreta decisión del legislador de consagrar la imprescriptibilidad de un determinado delito, por razones de política criminal general (relacionada con la adecuada prevención y represión del fenómeno terrorista) y especial (imposición del régimen más agravado posible de actuación pública respecto de un determinado delito, a través de la irrenunciabilidad al ius puniendi del Estado), podría topar en su aplicación práctica con el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución).

En este ámbito, la seguridad jurídica ha sido vista en su vertiente de fijación de un término a las acciones penales, impidiendo un atentado a los derechos de defensa que podrían quedar comprometidos si los Tribunales fueran llamados a pronunciarse sobre el fundamento de elementos de prueba que serían incompletos por razón del tiempo transcurrido (STEDH de 22 de junio de 2000, caso *Böeme c. Bélgica*).

Para nuestro Tribunal Constitucional, la institución de la prescripción encuentra su justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica, "puesto que en la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y las de la justicia material, que ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídicas" (STC 157/1990).

En la medida en que el fundamento o fin de la prescripción en materia punitiva reside en la autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, la declaración de imprescriptibilidad significa que, a la vista de la especial significación y gravedad de determinado tipo de delitos, el legislador impone la ineficacia del transcurso del tiempo, sin que frente a ello, puedan prevalecer otras consideraciones, como las relativas a los derechos de defensa.

El Consejo de Estado, en definitiva, considera que existen razones suficientes de política criminal que permiten acoger la solución incorporada en el Anteproyecto.

B. El régimen de interrupción de la prescripción

Esta cuestión ha sido abordada en el Anteproyecto de una manera un tanto singular, tal y como ha sido indicado por cuantos órganos han informado con anterioridad. Según han entendido, se produciría aquí un intento de conciliar las posturas del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en torno al inicio del cómputo del plazo de prescripción de los delitos, así como en lo relativo a los efectos que pueda darse en este ámbito a la presentación de denuncias o la interposición de querellas. Al tiempo, se ha criticado la regulación de la suspensión del cómputo del plazo de prescripción, por considerarla perturbadora del régimen general de la prescripción (así, el Consejo General de la Abogacía).

En este sentido, ha de destacarse que las recientes Sentencias del Tribunal Constitucional 63/2005 y 29/2008 han supuesto la ruptura de una tradicional línea de interpretación del artículo 132 del Código Penal por parte del Tribunal Supremo, en el sentido de entender que la denuncia y la querella forman parte del procedimiento y, en consecuencia, desde su presentación (con datos suficientes para identificar a los presuntos culpables), el dato incriminador se introduce en el procedimiento penal, por lo que sin necesidad de ulterior resolución judicial, ya queda interrumpida la prescripción (como muestra de esta jurisprudencia, baste citar la STS de 27 de marzo de 2001, con amplia cita jurisprudencial).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha declarado que, para considerar interrumpida la prescripción de los delitos, es preciso siempre un acto de intermediación judicial (STC 63/2005), considerando que otra interpretación no se compadece con la esencia y fundamento de la prescripción penal. Así, "si la prescripción penal supone <<una renuncia o autolimitación del Estado al ius puniendi>> motivada por el mero transcurso de un período de tiempo más o menos dilatado, lógicamente sólo los órganos que en nombre del Estado ejercen la función de interpretar y aplicar las normas penales pueden hacerlo en los indicados plazos o, por el contrario, dejar que transcurran sin haber emprendido actuación alguna, con la consiguiente imposibilidad de subsanar las consecuencias derivadas de tal omisión. Pero también constituye una derivación inmediata de la propia esencia del instituto de la prescripción penal como límite temporal externo al ejercicio del ius puniendi por parte del Estado, ya que dicha esencia determina que el plazo de prescripción del delito sea indisponible para las partes actuantes en un procedimiento penal, toda vez que lo que prescribe no es la acción penal para perseguir el delito sino el delito mismo, lo que sólo puede suceder por intermedio de la persecución estatal, esto es, mediante la omisión, en el plazo que en cada caso venga legalmente establecido, del imprescindible acto de interposición judicial que supone trámite imprescindible para el ejercicio del ius puniendi. De manera que será únicamente el Juez quien puede llevar a cabo esa actuación de dirección procesal del procedimiento contra el culpable que requiere el artículo 132.2 del Código Penal para considerar interrumpido el plazo de prescripción del delito en cuestión. Sólo esta interpretación resulta coherente con el fundamento material de la prescripción en los principios de seguridad jurídica, intervención mínima y necesidad preventivo-general y preventivo-especial de la pena, a los que cabría añadir la necesidad de que en todo momento el procedimiento penal aparezca rodeado de las garantías constitucionalmente exigibles, lo que únicamente ocurre a partir del momento en que interviene el órgano judicial tomando las riendas del proceso".

Un entendimiento estricto de esta línea jurisprudencial podría llevar a plantear dudas acerca de la viabilidad de la introducción en el Código Penal de la suspensión del cómputo de prescripción. Y ello porque, al decir del Tribunal Constitucional, "si el fundamento de la prescripción es la imposibilidad de ejercicio del ius puniendi del Estado como consecuencia de la renuncia al mismo, es evidente que sólo puede interrumpirse en el ámbito penal cuando se realicen actuaciones (naturalmente, por quien tenga la competencia para ejercer el ius puniendi en dicho campo, quien en el actual estado de nuestra legislación únicamente puede ser el juez) de las que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del ilícito" (STC 29/2008, FJ 11º). La interrupción definitiva de la prescripción sólo está al alcance de determinadas actuaciones de los órganos judiciales.

La suspensión del cómputo del plazo de prescripción del delito es conocida en Derecho comparado (Alemania e Italia), pero constituye una novedad en el Derecho Penal español. Tal y como se regula en el Anteproyecto, "la presentación de querella o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta" (primer párrafo de la regla 2ª del artículo 132.2).

A través de esta regla, el plazo de prescripción del delito se ve alterado por la presentación en la forma prevista de querella o denuncia, en los términos indicados. El posible reproche que, a la vista de la mencionada jurisprudencia constitucional, podría hacerse a la regulación de la suspensión del cómputo de la prescripción, puede superarse si se advierte que, en realidad, por medio de la suspensión no se ve afectada la naturaleza del ius puniendi del Estado, ya que no hay poder de disposición alguna sobre la prescripción del delito en manos de los ciudadanos. Para que esa presentación de querella o denuncia pueda tener algún efecto en la prescripción del delito, debe haber, de nuevo, un acto de intermediación judicial. La falta de un acto de estas características o la no prosecución de la causa contra el querellado o denunciado decidida judicialmente, dentro de los plazos marcados por el Anteproyecto, priva de todo efecto en este ámbito a la querella o denuncia presentada (lo que no quita que podrían darse consecuencias en otros ámbitos).

Por consiguiente, en la medida en que la regulación de la suspensión se mueve dentro de estos parámetros, puede considerarse correctamente insertada en la regulación de la prescripción de los delitos en el Código Penal.

Ello no obstante, se realizan algunas consideraciones adicionales sobre algunos aspectos concretos.

Ante todo, el precepto comienza indicando que "la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes:

1º. Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta".

El Consejo Fiscal ha indicado que la limitación de la posibilidad de interrumpir la prescripción a las decisiones judiciales, en sentido estricto, priva de esa eficacia, por ejemplo, a la orden de detención que puede dictar el Fiscal (artículo 5 de su Estatuto, en relación con la Ley de Enjuiciamiento Criminal). A la vista de la referida jurisprudencia constitucional, ésta ha de ser la solución que debe adoptar el Anteproyecto (pues las funciones del Fiscal no pueden equipararse a actos de intermediación judicial). No obstante, el Consejo de Estado entiende que las actuaciones del Fiscal sí podrían recibir un tratamiento específico. En concreto, y en atención a la función constitucionalmente encomendada al Ministerio Fiscal (artículo 124 de la Constitución), bien podría encauzarse esa orden de detención dictada por el Fiscal como un medio más de suspensión del cómputo de la prescripción y así podría específicamente tratarse en el Anteproyecto.

Sin duda, la mayor complejidad de la reforma proyectada en este ámbito descansa en la dificultad de encajar las reglas sobre suspensión en el régimen de interrupción de la prescripción. En efecto, en el caso de que se presente querrela o denuncia ante un órgano judicial, en la que se atribuya a persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, se "suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta" (regla 2ª del artículo 132.2). La comprensión de este apartado mejoraría de incluirse una referencia a que la suspensión se producirá desde la fecha en que se produjo a la presentación de la denuncia o la querrela.

A continuación, el precepto añade que "si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia".

La redacción de este precepto es incompleta, ya que es obvio que si se dicta una resolución "contra cualquier persona implicada en los hechos", la aplicación retroactiva de la interrupción de la prescripción sólo se producirá respecto de esa misma persona, pero no respecto del querrellado o el denunciado.

Y, finalmente, la regla 2ª del artículo 132.2 establece que, "por el contrario, el cómputo del término de prescripción se reanudará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la misma o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrelada o denunciada. La reanudación del cómputo se producirá también si, dentro de los indicados plazos de seis o dos meses, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo".

La intención de este último párrafo se deduce de su integración en el precepto, en el sentido de que, establecido un régimen general de interrupción de la prescripción y los supuestos en los que es posible la suspensión del mismo, en tanto se sustancian una denuncia o querrela, se prevén los efectos de la no prosecución de la causa. Para evitar posibles interpretaciones contradictorias, se recomienda que en el inicio de este párrafo se indique, al igual que en el anterior, que las decisiones que se dicten han de recaer dentro del plazo de suspensión.

Cuestión que no se regula, sin embargo, es la de los efectos de las decisiones judiciales que, transcurridos esos plazos de seis y dos meses, ordenan la continuación de la causa contra una persona determinada. La consecuencia lógica será que, una vez que ha transcurrido el plazo de suspensión, comience a correr de nuevo la prescripción, de modo que la eventual decisión judicial no tendría más efecto que el ordenar que se siga la causa.

El Consejo de Estado sugiere introducir en el artículo proyectado las precisiones indicadas.

Décima tercera. Tráfico ilegal de órganos

El apartado trigésimo del artículo único del Anteproyecto crea el artículo 156 bis del Código Penal, sobre "tráfico ilegal de órganos humanos ajenos", introduciéndolo así dentro del Título del Código Penal relativo a las lesiones. Al igual que ocurre con la trata de seres humanos, la propuesta de este nuevo precepto ha derivado en la modificación del artículo 451 que, como prevé el apartado centésimo sexto del artículo único del Anteproyecto, incluye ahora el "tráfico ilegal de órganos".

Se justifica la regulación de este tipo penal señalando que, "como respuesta al fenómeno cada vez más extendido de la compra venta de órganos humanos y al llamamiento de diversos foros internacionales a abordar su punición, se ha incorporado como infracción penal la obtención o el tráfico ilícito de órganos humanos así como el trasplante de los mismos. Ya en el año 2004 la Organización Mundial de la Salud declaró que la venta de órganos era contraria a la Declaración Universal de Derechos Humanos, exhortando a los médicos a que no realizaran transplantes si tenían sospechas de que el órgano había sido objeto de una transacción. Recientemente, en la cumbre internacional sobre turismo de transplantes y tráfico de órganos celebrada en mayo de 2008, representantes de 78 países consensuaron la denominada Declaración de Estambul, en donde se deja constancia de que dichas prácticas violan los principios de igualdad, justicia y respeto a la dignidad humana debiendo ser erradicadas. Y aunque nuestro Código Penal ya contemplaría estas conductas en el delito de lesiones se considera necesario dar un tratamiento diferenciado a dichas actividades castigando a todos aquellos que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos. En este marco se ha considerado que también debe incriminarse, aunque pudiéndose moderar la sanción penal en atención a las circunstancias concurrentes, al receptor del órgano que conociendo el origen ilícito del mismo consienta en la realización del trasplante.

Debiera valorarse si, tratándose de una infracción que exige, como regla general, de una determinada pericia profesional, debiera incorporarse a la pena de prisión la accesoria de inhabilitación especial, por ejemplo, para el empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio.

Décima cuarta. El acoso inmobiliario y laboral

Dentro del Título VI del Código Penal ("Delitos contra la libertad"), el Capítulo III se refiere a las coacciones y está integrado por un solo precepto, el 172 (modificado por Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre). El Anteproyecto añade un nuevo párrafo a su apartado primero: "También se impondrán las penas en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el disfrute efectivo de la vivienda".

Señala la exposición de motivos que, al hilo de la aparición en los últimos tiempos de conductas acosadoras en la esfera de la vivienda, se sanciona también el denominado "acoso inmobiliario". Con ello, se pretende tutelar el derecho al disfrute de la vivienda por parte de propietarios o inquilinos frente a los ataques dirigidos a obligar a unos o a otros a abandonarla para así alcanzar, en la mayoría de los casos, objetivos especuladores. La exposición de motivos justifica su inclusión en el Código Penal señalando que "distintos pronunciamientos judiciales habían venido poniendo de manifiesto las dificultades que para la represión de estas conductas se derivaba de la ausencia hasta el momento de una específica regulación penal de este fenómeno". Queda así expresamente tipificado en los artículos 172 y 173 del Código Penal el denominado "acoso inmobiliario", conocido también como mobbing inmobiliario o blockbusting, entre otras muchas expresiones importadas de otras lenguas. También algunas leyes han recogido esta cuestión, como es el caso de la Ley del Parlamento de Cataluña

18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda (su artículo 45.1 señala que "todas las personas deben poder acceder a una vivienda y ocuparla, siempre que cumplan los requerimientos legales y contractuales aplicables en cada relación jurídica, sin sufrir discriminaciones, directas o indirectas, ni acoso").

Hechas estas precisiones, el Consejo de Estado no cuestiona la concreta modificación que ahora se proyecta en el artículo 172 (y que tiene también reflejo en el artículo 173, donde el Anteproyecto añade un párrafo con relación al disfrute efectivo de la vivienda). Ahora bien, se llama la atención, no obstante, sobre la necesidad de no legislar ad casum, máxime en el ámbito penal, ya que tal modo de proceder, como ha señalado el Consejo General de la Abogacía, es, en muchos casos, indicio de una actividad irreflexiva del prelegislador penal: "La calidad político criminal y jurídica de una ley penal, enraizada en la realidad social y económica, exige en primer lugar un estudio criminológico del sector en el que incida, para conocer las conductas atentatorias contra los bienes jurídicos, su importancia cualitativa y cuantitativa, y su etiología, para efectuar a continuación el trabajo de investigación político criminal consistente en verificar si las leyes extrapenales o, en su caso, también penales son insuficientes para regular adecuadamente dicha realidad y, en el supuesto de requerir la ayuda de leyes penales, ex novo o de reforma de las anteriores, diseñar dichas normas con precisión, y todo ello aun cuando las futuras leyes punitivas devengan de obligaciones internacionales de tipificación penal de ciertas conductas, pues siempre hay márgenes para hacerlo de uno u otro modo".

El apartado trigésimo segundo del artículo único del Anteproyecto modifica el artículo 173 del Código Penal (dentro del Título VII relativo a "las torturas y otros delitos contra la integridad moral"), introduciendo en él dos nuevos párrafos: uno de ellos, el de la mención expresa al hecho de impedir el disfrute efectivo de la vivienda, ya se ha comentado en el punto relativo a las coacciones; el otro párrafo que merece ahora mayor atención es el relativo a la tipificación del acoso laboral: "Con la misma pena [prisión de seis meses a dos años] serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima".

Se trata, pues, de conductas en el marco de "cualquier relación laboral o funcional" que, sin embargo, deben deslindarse de aquellas otras conductas tipificadas en el artículo 311 y siguientes del Código Penal sobre delitos contra los derechos de los trabajadores. El acoso laboral o mobbing, se tipifica, dice la exposición de motivos, como forma de acoso o atentado contra la dignidad de la persona en el ámbito de la relación laboral. No obstante, en los términos en que se ha redactado el nuevo párrafo segundo del artículo 173.1, la conducta que se tipifica únicamente supone una condena contra el que ejerce abuso "prevaliéndose de una relación de superioridad". A este respecto, se sugiere reconsiderar si la nueva regulación debiera tipificar no solo la modalidad de abuso entre el superior y el subordinado sino, también y por extensión, a otras situaciones y relaciones entre trabajadores en que no exista necesariamente una relación de superioridad.

El precepto alude expresamente a la "relación laboral o funcional". Efectivamente, incluyendo ambas expresiones -redacción incorporada al hilo de algunas propuestas como la formulada en su informe por el Consejo Fiscal- se deja más claro que la norma es aplicable a las conductas producidas en el marco funcional.

Ha de recordarse que, dentro de este último, el acoso está también tipificado como una infracción susceptible de generar la correspondiente responsabilidad disciplinaria, por lo que convendría que la introducción de una tipificación penal incluyese las necesarias previsiones sobre las relaciones que hayan de existir entre los dos órdenes de responsabilidad en que el acoso funcional puede desembocar.

Desde otro punto de vista, la comentada expresión ("relación laboral o funcional") suscita alguna duda acerca de si permite considerar incluidos los eventuales supuestos de acoso laboral que pudieran plantearse en el seno de las relaciones que entablan los trabajadores autónomos de carácter económicamente dependiente, que tienen una creciente difusión e importancia en la actualidad.

Décima quinta. La trata de seres humanos

El apartado trigésimo tercero del artículo único del Anteproyecto crea un nuevo Título en el Libro II del Código Penal, el VII bis, con la rúbrica "De la trata de seres humanos".

El apartado trigésimo cuarto añade al Código Penal el artículo 177 bis. Según la exposición de motivos del Anteproyecto, el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. No se trata de un delito -prosigue la exposición de motivos- que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionados o no con la delincuencia organizada. De forma contraria, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado a controlar los flujos migratorios.

La creación del artículo 177 bis supone la derogación de las previsiones establecidas en los artículos 313.1 y 318 bis.2 del vigente Código Penal.

En efecto, como señala el Consejo Fiscal, la Comisión Europea en su Informe de 6 de diciembre de 2006 lamentaba que España no estableciese una distinción clara entre la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de emigrantes. En el ámbito de Naciones Unidas se han elaborado dos protocolos distintos (uno para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, Instrumento de ratificación, BOE núm. 296 de 11/12/2003; y otro contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, Instrumento de ratificación, BOE núm. 295 de 10/12/2003). Por lo que se refiere al marco comunitario europeo, igualmente se encuentra la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, la Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, y la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Por otro lado, debe tenerse en cuenta el Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra el tráfico de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, ratificado por España el 2 de abril de 2009 y que ha entrado recientemente en vigor para España (1 de agosto de 2009).

Pese a todos estos textos, cuando se introdujo en el año 2003 el artículo 318 bis, no se estableció esta distinción entre ambas situaciones (trata de seres humanos y el tráfico ilícito de emigrantes), quizá porque como han señalado otros órganos preinformantes, lo prevalente en aquel momento era la defensa del derecho del Estado en controlar los flujos migratorios.

El Consejo de Estado coincide con el parecer de otros órganos preinformantes en cuanto que la redacción del artículo 177 bis que se proyecta se ajusta a las exigencias de los instrumentos internacionales referidos más arriba. La nueva redacción ha derivado en la necesidad de llevar a cabo algunos otros ajustes, como por ejemplo en el artículo 451, que, como prevé el apartado centésimo sexto del

artículo único del Anteproyecto, incluye ahora la "trata de seres humanos".

Otra cuestión que debe ser analizada es si la duración de las penas previstas se ajusta a lo dispuesto, por ejemplo, en la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. Así, mientras que la norma comunitaria establece en su artículo 3 ("Sanciones") que "cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar la punibilidad de las infracciones indicadas en el artículo 1 con penas máximas privativas de libertad no inferiores a ocho años", el nuevo artículo 177 bis que se proyecta comienza señalando lo siguiente: "1. Será castigado con la pena de 5 a 8 años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, ya en territorio español ya desde, en tránsito o con destino a España, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, traficare con personas, mediante su captación, transporte, traslado, acogida, recepción o alojamiento con cualquiera de las finalidades siguientes:...".

Como se apuntó ya en la tercera consideración del presente dictamen, el alcance de esa expresión de la Decisión Marco en cuestión y su relación con las concretas penas por las que opta el Anteproyecto afecta a varios delitos tratados por este último. Como también se avanzó en esa previa consideración, la cuestión será examinada, con carácter general, dentro del examen que se dedicará a esa cuestión a propósito de los delitos informáticos. Baste por tanto señalar ahora que, a juicio del Consejo de Estado, la pena prevista en el apartado 1 del artículo 177 bis proyectado se ajusta a lo exigido en el artículo 3 de la citada Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002 (puesto que la pena máxima prevista en el Anteproyecto -ocho años- no es inferior a la exigida por la norma europea -también, ocho años-).

Décima sexta. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales

Los apartados trigésimo quinto a cuadragésimo segundo del artículo único del Anteproyecto modifican varios preceptos del Código Penal relativos a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, reforma que trae causa de la transposición de la Decisión Marco 2004/68/JAI, del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

Esa Decisión señala, en su considerando núm. 7, que es necesario que infracciones penales tan graves como la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil se aborden con un planteamiento global, caracterizado por unos elementos de Derecho Penal comunes a todos los Estados miembros, entre los que se cuenten sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, junto con una cooperación judicial lo más amplia posible. La Decisión Marco dispone que "cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que las infracciones contempladas en los artículos 2, 3 y 4 relacionadas con los niños se castiguen con sanciones penales privativas de libertad de una duración máxima de al menos entre uno y tres años", agravando la pena "de una duración máxima de al menos entre cinco y diez años" para una serie de infracciones (por ejemplo, la consistente en "coaccionar a un niño para que se prostituya o participe en espectáculos pornográficos").

Señala la exposición de motivos del Anteproyecto que el primer inconveniente para la transposición de la norma comunitaria viene determinado por la definición de niño que utiliza la Decisión Marco ("cualquier persona menor de 18 años", ex artículo 1) que no coincide con la edad del consentimiento sexual del Código Penal, sino con la mayoría de edad. Por ello -prosigue la exposición de motivos-, para que los menores con edades comprendidas entre los 13 y los 18 años reciban la protección que la Decisión Marco estima oportuna, se ha optado por aumentar las penas de los delitos de agresiones sexuales de los artículos 178 y 180.

Así, el apartado trigésimo quinto del artículo único del Anteproyecto da nueva redacción al artículo 178. Por un lado, se sustituye la expresión "con violencia e intimidación" y pasa a decir "utilizando violencia o intimidación". El Consejo Fiscal ha justificado la reforma señalando que, con ello, se resalta más la idea de una violencia instrumental para conseguir el acceso al bien jurídico protegido. A juicio del Consejo de Estado, la reforma que se proyecta resulta superflua y, en su caso, exigiría por coherencia otras varias modificaciones en otros tantos preceptos como, por ejemplo, en el artículo 181: "sin utilizar violencia e intimidación" en lugar de su redacción actual "sin violencia o intimidación".

Por otro lado, la pena en abstracto se agrava, elevando su límite máximo a cinco años (actualmente cuatro), de tal modo que la pena de prisión pasa a ser, con la reforma proyectada, "de uno a cinco años".

La Decisión Marco establece en su artículo 5.1 y 5.2 unas penas privativas de libertad de una "duración máxima de al menos entre uno y tres años" (artículo 5.1) y "de al menos entre cinco y diez años" (artículo 5.2), dependiendo de las actividades sexuales con menores que tipifica (esa Decisión Marco se refiere a los menores o niños, entendiendo por tales, como ya se ha indicado, a todos aquellos menores de 18 años).

El Anteproyecto, siguiendo el esquema del vigente Código Penal distingue, sin embargo, entre menores de 13 años o entre mayores de 13 años y menores de 16 años. En este sentido, el apartado trigésimo sexto de su artículo único modifica el párrafo primero y la circunstancia 3ª del artículo 180.1 del Código Penal, elevando, en esta ocasión, el límite mínimo (de cuatro a cinco años) para adecuarlo a la modificación del tipo básico del artículo 178 del Código Penal cuya reforma se proyecta. El apartado trigésimo séptimo del artículo único del Anteproyecto modifica el artículo 181 del Código Penal (el apartado 4 pasa a ser el 5, añadiéndose un nuevo apartado 4 y se modifica el apartado 2 eliminándose la referencia a "menores de 13 años" sustituyéndose por "personas que se hallen privadas de sentido". El apartado trigésimo octavo del artículo único del Anteproyecto modifica el artículo 182 del Código Penal, que, en realidad, se corresponde con el contenido actual del artículo 183 de ese texto legal. El apartado trigésimo noveno del artículo único del Anteproyecto da nueva redacción a ese artículo 183, tipificando determinadas conductas que atentan contra la indemnidad sexual de un menor de 13 años. El apartado cuadragésimo del artículo único del Anteproyecto modifica el artículo 187 del Código Penal, que también ve modificados los límites de la pena, castigándose ahora con la pena de uno a cinco años (antes cuatro) y, si en esas conductas a que se refiere el artículo 187, la víctima fuera menor de 13 años, la pena de prisión será de cuatro a seis años (el apartado 2 se cierra con comillas, sin tener en cuenta el apartado 5 siguiente). Finalmente, el apartado cuadragésimo primero del artículo único del Anteproyecto modifica el artículo 188 del Código Penal y el siguiente apartado cuadragésimo segundo modifica el artículo 189 del Código Penal.

La dificultad en este punto, a la hora de llevar a cabo la correspondiente transposición, además de no coincidir las edades previstas en la Decisión Marco con nuestro Código Penal, se encuentra en la expresión empleada por la Decisión Marco: "duración máxima de al menos entre...". Dado que esta cuestión se plantea en relación con varios de los delitos abordados por el Anteproyecto, su examen general se efectuará, tal y como se avanzó en la tercera consideración de la presente consulta en el siguiente apartado de esta última, dedicado a los delitos informáticos. De acuerdo con lo que allí se dice, se consideran ajustadas a las exigencias de la Decisión Marco 2004/68/JAI las penas previstas en los proyectados artículos 178 y 180.

En todo caso, no puede olvidarse que otro enfoque que este Consejo entiende que debiera considerarse a propósito de las edades relevantes en la lucha contra la explotación sexual de los niños es la elevación de la edad de consentimiento sexual, fijada actualmente en 13 años.

En esa línea militan documentos relevantes, como son las observaciones finales aprobadas el 17 de octubre de 2007 por el Comité de los derechos del niño de la Organización de las Naciones Unidas en relación con el informe presentado por España con arreglo al párrafo 1 del artículo 12 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

Esa línea de recomendaciones internacionales toma nota del hecho de que la citada edad de 13 años es una de las más bajas que pueden hallarse en los países de nuestro entorno.

Para concluir las observaciones relativas a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, no puede dejarse de destacar la conveniencia de que la nueva legislación prescinda de las alusiones que se hallan en su parte expositiva a los "clientes" de servicios de índole sexual o de pornografía, ya que no resulta adecuado que un término propio de las relaciones comerciales y de consumo se aplique a una actividad a la que se combate con la última ratio de que dispone el Estado, cual es la reacción penal.

Décima séptima. Delitos informáticos

En el ámbito de los delitos informáticos, el Anteproyecto responde al objetivo de aproximación de legislaciones penales de la Unión Europea a que se dirige la Decisión Marco 2005/222/JAI, del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información.

El Consejo Fiscal indica que sería conveniente determinar el contenido que, a efectos penales, debe darse a algunas de las expresiones utilizadas para definir las conductas punibles en estos delitos informáticos. Así, señala que el Anteproyecto no determina el contenido que, a efectos penales, tienen las expresiones "datos o programas informáticos" o "sistemas de información", lo cual podría generar una indeseable indeterminación del tipo delictivo totalmente contraria a la seguridad jurídica, imprescindible en el ámbito penal. Debe subrayarse que tales expresiones, entre otras, se encuentran definidas en el artículo 1 de la Decisión Marco 2005/222/JAI, cuyo considerando 10, además, precisa: "Unas definiciones comunes en este ámbito, más concretamente de los sistemas de información y los datos informáticos, son importantes para garantizar la aplicación coherente de la presente decisión marco en los Estados miembros". Por ello, se sugiere incluir en el Código Penal las definiciones de referencia.

Introducidas las definiciones, convendría revisar la conducta tipificada en el artículo 197.3, para tipificar el acceso ilegal a sistemas informáticos en sí mismos, sin necesidad de describir una conducta de acceso a "datos o programas contenidos en un sistema informático", ya que, a la vista de la definición recogida en el artículo 1 de la Decisión Marco, no basta que los datos estén "contenidos" en el sistema, sino que tienen que estar relacionados con el funcionamiento, utilización, protección o mantenimiento del sistema mismo. El tipo del artículo 197.3 se aparta, así, de la tipificación recogida en la Decisión Marco en relación con el acceso a datos que no están funcionalmente ligados al sistema; y, por otra parte, la restringe en relación con los elementos del sistema que no sean datos o programas. En definitiva, sería mejor introducir las definiciones de "sistema informático" (aunque se utilice este término y no el de sistema de información) y de "datos informáticos" del artículo 1 de la Decisión Marco y tipificar en el artículo 197.3 el acceso "al conjunto o a una parte de un sistema informático" (artículo 2.1 de la Decisión) y no a los datos y programas contenidos en el sistema.

A) Conductas punibles

Las conductas punibles se incardinan en dos artículos diferentes, al considerarse referidas a bienes jurídicos diversos. De un lado, se introducen dos apartados en el artículo 197 (en el capítulo relativo al descubrimiento y revelación de secretos); de otro, se modifica el artículo 264 (en el capítulo referido a los daños).

1. Acceso ilegal a sistemas de información. En el artículo 197 se introduce un nuevo apartado 3, de forma que los actuales apartados 3, 4, 5 y 6 pasarían a ser los apartados 4, 5, 6 y 7; y se añade un nuevo apartado 8.

Con independencia de lo dicho más arriba acerca de la conveniencia de ajustar el tipo penal a lo previsto en el artículo 2 de la Decisión Marco 2005/222/JAI (en relación con su artículo 1), a juicio del Consejo de Estado, y tal y como se avanzó, con carácter general, en la tercera consideración del presente dictamen, deben evitarse en lo posible las alteraciones de la numeración original, a fin de evitar confusiones y disfunciones en el manejo y aplicación de las leyes y de la jurisprudencia. Si no se considera pertinente la inserción del nuevo precepto en uno de los apartados preexistentes, puede valorarse la introducción de un nuevo apartado "2 bis", aplicando una solución análoga a la que habitualmente se utiliza para evitar las alteraciones en la numeración original de los artículos (análoga observación puede hacerse en relación con otros artículos, en los que se actúa de igual forma, aunque sea con menor alcance; p. ej., en la modificación del artículo 579).

Por otra parte, ha de valorarse la inclusión de una referencia al nuevo apartado 3 (o 2 bis) en el apartado 4 (que, con la reforma proyectada, pasaría a ser el 5) del mismo artículo 197. Este apartado 4 recoge una pena agravada cuando las conductas de los primeros apartados se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes, archivos o registros; y no se ven razones para que esa agravación opere respecto de las conductas de los apartados 1 y 2 y no respecto de la que ahora se introduce a continuación de ellas, como nuevo apartado 3 (en el que, por lo demás, deberían ponerse los dos verbos en el mismo tiempo verbal: "... acceda sin autorización (...) o se mantenga...").

2. Intromisión ilegal en sistemas de información y datos informáticos. El artículo 264 también se modifica para reflejar las conductas recogidas en los artículos 3 y 4 de la Decisión Marco 2005/222/JAI citada, en relación con la intromisión ilegal en los sistemas de información y en los datos informáticos.

En relación con tales modificaciones, el Consejo de Estado comparte las apreciaciones del Consejo Fiscal acerca de las dudas que suscita la referencia a que las conductas que en él se contemplan se realicen "de manera grave"; como señala el citado órgano, la gravedad que determina la sanción penal ha de referirse al resultado, y no a la acción. Aunque en la última versión del Anteproyecto se ha incorporado una referencia a la gravedad del resultado, se mantiene la primera expresión en ambos apartados, en lugar de expresar la intencionalidad de la acción, tal y como hacen los citados artículos 3 y 4 de la Decisión Marco. También la expresión "de manera significativa" que se recoge en ese artículo 3 parece referirse al resultado perseguido ("obstaculizar o interrumpir de manera significativa"), y no a la forma de actuar.

B) Penas previstas

Resulta necesario analizar las penas previstas en los distintos apartados de los artículos 197 y 264 proyectados, puesto que los órganos preinformantes han entendido que no respetan las exigencias de la Decisión Marco 2005/222/JAI que está en su origen. Así, el Consejo Fiscal entiende que el artículo 197 incumple lo previsto en el artículo 7.1 de aquélla; del mismo parecer es el Consejo General de la Abogacía, que subraya también la oposición del artículo 264 a lo previsto en los artículos 6.2 y 7.1 de la Decisión Marco, en razón de las penas previstas en unos y otros artículos.

Por otra parte, y como ya ha venido apuntándose en previos apartados de este dictamen, la cuestión afecta a otras Decisiones Marco con las que el Anteproyecto está vinculado, de modo que el examen que se dedica ahora a esta cuestión puede tenerse en cuenta en relación con esos otros casos.

1. Penas previstas en la Decisión Marco y en el Anteproyecto. El artículo 2 de la Decisión Marco 2005/222/JAI no prevé directamente una pena para el tipo básico de acceso ilegal a los sistemas de información; pero sí establece, para el caso de que el delito se cometa en el marco de una organización delictiva, una pena de "dos a cinco años de prisión como mínimo en su grado máximo". Por su parte, el apartado 8 del artículo 197 proyectado prevé la aplicación de "las penas superiores en grado" para el caso de que la conducta prevista en el nuevo apartado 3 se cometiese en el seno de una organización o grupo criminales, lo que supone una pena de prisión de dos a tres años en el tipo agravado.

En cuanto al artículo 264, conviene comenzar apuntando que su redacción ahora vigente sanciona con pena de prisión de uno a tres años (y multa de doce a veinticuatro meses) al que "por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos" (apartado 2 en relación con el 1 del citado artículo 264).

Por su parte, el artículo 6.2 de la repetida Decisión Marco exige que las conductas de sus artículos 3 y 4 (los que ahora se incorporan a los apartados 1 y 2 del artículo 264) se castiguen con penas "de uno a tres años de prisión como mínimo en su grado máximo".

Sin embargo, el apartado 1 del proyectado artículo 264, aunque introduce las exigencias de que la conducta se realice sin autorización y que el resultado producido sea grave, rebaja la pena respecto de la establecida anteriormente para conductas similares (aunque carentes de tales exigencias), y prevé una pena de prisión de seis meses a dos años, saliéndose así de la horquilla prevista en el artículo 6.2 de la Decisión Marco. Otro tanto puede observarse en relación con el proyectado apartado 2 del artículo 264, si bien en este caso la pena prevista es la prisión de seis meses a tres años. De este modo, en ambos casos, el límite mínimo queda por debajo de la horquilla prevista en la Decisión Marco.

Además, para todas esas conductas (las previstas tanto en el apartado 1 como en el apartado 2 del artículo 264), la Decisión Marco exige que se impongan penas de dos a cinco años de prisión (también "como mínimo en su grado máximo") cuando se cometan en el marco de una organización delictiva. Sin embargo, para tal caso, el proyectado artículo 264.3 establece que se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en los dos apartados anteriores. En consecuencia, se trata también de penas más limitadas que las previstas en la Decisión Marco (aunque ya sí dentro de la horquilla allí prevista).

Todo ello ha sido objetado en informes previos. En realidad, la expresión utilizada por la Decisión Marco es poco clara y el Anteproyecto adopta soluciones diferentes en unos y otros casos en relación con la horquilla que allí se prevé. Así, hay casos en que la pena se mantiene dentro de la horquilla, aunque disminuyéndose el margen previsto en el texto europeo (264.3); en otros casos, la pena prevista en el Anteproyecto se extiende por debajo de la horquilla europea (264.1 y 264.2); y, fuera del ámbito de los delitos informáticos -aunque para análoga expresión utilizada por otra Decisión Marco- la pena prevista en el Anteproyecto se extiende por encima de la horquilla europea (así, el proyectado artículo 178), mientras que en otros la pena ahora proyectada se hace coincidir con la prevista en la Decisión Marco (artículo 180.1; en estos dos últimos casos, en relación con la Decisión Marco 2004/68/JAI, del Consejo, de 22 de diciembre de 2003).

2. Las oscuras expresiones utilizadas por la Decisión Marco. Ciertamente, son poco afortunadas las expresiones utilizadas tanto en el artículo 6 como en el artículo 7 de la Decisión Marco 2005/222/JAI, al prever que se impondrán "sanciones penales de uno a tres años de prisión como mínimo en su grado máximo" y "sanciones penales de dos a cinco años de prisión como mínimo en su grado máximo". Son múltiples las interpretaciones distintas, e incluso opuestas, que ese tenor literal puede ofrecer.

El examen de las versiones en otros idiomas tampoco arroja mucha luz sobre esta cuestión ("criminal penalties of a maximum of at least between one and three years of imprisonment", dice la versión inglesa; "une peine d'emprisonnement maximale d'au moins un à trois ans", la francesa; y en análogos términos se pronuncian otras versiones como la italiana, la portuguesa, o la alemana -"mit einer Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens einem bis drei Jahren"-). En todo caso, puede apreciarse que, en la traducción española se ha introducido el término "grado", lo que aumenta la confusión respecto del tenor que presentan otras traducciones, las cuales pueden ser tenidas en cuenta para la adecuada interpretación del texto.

El proceso de elaboración de la Decisión Marco tampoco conduce a una conclusión terminante, aunque sí aclara algunos extremos. Dicho proceso revela que, en la propuesta inicial, se hacía referencia, en el artículo 6, a penas privativas de libertad "cuyo máximo no puede ser inferior a un año en los casos graves" (y, en el artículo 7, a una pena privativa de libertad "durante al menos cuatro años de prisión"). La justificación en la que se basaba era que la pena máxima consistente en al menos un año de cárcel en los casos graves situaba estos delitos en el ámbito de la orden de detención europea y en el de otros instrumentos europeos. En efecto, la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio de 2002 (relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros) comienza su artículo 2.1 señalando que se podrá dictar una orden de detención europea "por aquellos hechos para los que la ley del Estado miembro emisor señale una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de 12 meses".

Las posteriores enmiendas propuestas por el Parlamento Europeo en relación con esos artículos 6 y 7 (de la que sería la Decisión Marco 2005/222/JAI) no afectaban al inciso de que ahora se trata; y es en su discusión posterior en el Consejo cuando la Presidencia propone el texto actual (inicialmente, con carácter "provisional", con la horquilla entre corchetes); ello parece ser consecuencia de unas observaciones formuladas por escrito por la delegación alemana, en las que se indica que, en principio, la duración de las penas señaladas en los artículos 6 y 7 deberían acomodarse a las Conclusiones del Consejo de los días 24 y 25 de abril de 2002.

En la sesión del Consejo (JAI) de los días 25 y 26 de abril de 2002 se incluyen unas conclusiones sobre aproximación de las sanciones, en las que se indica que el Consejo, basándose en los artículos 31 y 34 del TUE, ha adoptado varios instrumentos que establecen requisitos mínimos sobre el grado máximo de las penas que debe fijarse en la legislación nacional en relación con determinados delitos. Con el objetivo de establecer un enfoque general para la aproximación de las penas, pero con la flexibilidad necesaria para que los Estados miembros puedan mantener la coherencia de sus regímenes nacionales de penas, se dice que, en los casos en que las propuestas contienen disposiciones sobre elementos mínimos constitutivos de delitos, "se examina la posibilidad de establecer un grado mínimo de las penas máximas aplicables a los delitos de que se trata". Para los casos en que no baste la exigencia de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, el Consejo conviene en establecer un sistema de graduación de las penas, y acuerda que dicho sistema conste de cuatro grados; el primero incluye "penas de una duración máxima de al menos entre 1 y 3 años de reclusión" y el segundo "penas de una duración máxima de al menos entre 2 y 5 años de reclusión"; y en el siguiente párrafo se destaca "que los límites mencionados son límites mínimos y que nada impide que los Estados miembros superen dichos niveles en su legislación nacional". Concluye el texto señalando que el sistema de sanciones penales implica que, cuando sea necesario establecer el grado mínimo de la sanción máxima que debe fijar cada Estado miembro con arreglo a su Derecho nacional en relación con un delito determinado, dicho grado mínimo sea uno de los grados allí definidos.

A raíz de ello, en la propuesta de lo que después sería la Decisión Marco 2005/222/JAI se introduce el texto actual, con la horquilla de entre 1 y 3 años en el artículo 6 (grado 1) y con la horquilla de entre 2 y 5 años en el artículo 7 (grado 2). Dicho texto se mantuvo en sucesivas versiones y, aunque estuvo sometido a diversas reservas de estudio [y determinadas delegaciones estaban a favor de sólo dos niveles de sanciones (sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, y uno a tres años)], finalmente resultó aprobado el texto que ha quedado transcrito más arriba: se mantuvo el inciso "como mínimo" y, al tiempo, la horquilla de uno a tres años (correspondientes al grado 1 de las Conclusiones sobre aproximación de sanciones).

3. Conclusiones. A partir de todo ello, el Consejo de Estado entiende que la ley española incumple las Decisiones Marco si establece una pena cuyo límite máximo quede por debajo de la horquilla recogida en la norma europea de que en cada caso se trate.

En cambio, la norma española cumple con el resultado previsto en las Decisiones Marco si la pena máxima señalada en aquella (esto es, el grado máximo del margen previsto en la ley española) está comprendido en la horquilla fijada en las correspondientes Decisiones Marco. De acuerdo con esta interpretación, puede concluirse que las penas previstas en los artículos 197 y 264 proyectados no se oponen a lo dispuesto en la Decisión Marco.

También puede considerarse correcta la solución interna en el caso de que el grado máximo de la pena señalada en el Código Penal esté por encima de la horquilla recogida en la Decisión Marco (como sucede en el caso del proyectado artículo 178 del Código Penal, en relación con la Decisión Marco 2004/68/JAI). Aunque en este caso pueden suscitarse más dudas, la adecuación de la previsión española a la norma europea queda apoyada por el tenor literal del texto europeo (y, en concreto, por el inciso "de al menos" o "como mínimo"); como también por el párrafo de las Conclusiones antes aludidas, en el que se afirma "que los límites mencionados son límites mínimos y que nada impide que los Estados miembros superen dichos niveles en su legislación nacional".

Se trata, en todo caso, de una cuestión poco nítida, dada la oscuridad de que adolecen las expresiones utilizadas por las Decisiones Marco, y en la que siempre pueden subsistir algunas dudas. Ciertamente, otra posible forma de recoger los designios de las Decisiones Marco sería reproducir en la norma española la horquilla allí recogida (como hace el proyectado artículo 180.1, en su ámbito). Es una solución que, en el caso de la Decisión Marco 2005/222/JAI, respaldaría los objetivos en ella expresados en relación con la amenaza de la delincuencia organizada y de ataques terroristas contra sistemas de información, el carácter transfronterizo de estos sistemas -y, en consecuencia, potencialmente también de los ataques-, y la consiguiente necesidad de la mayor cooperación policial y judicial posible. Pero no puede desconocerse que la generalización de esta solución supondría renunciar al libre margen de decisión de que disponen los Parlamentos nacionales, en razón de dudas interpretativas, ciertamente fundadas en este caso.

Décima octava. Delito de daños

La modificación operada en el artículo 263 del Código Penal por el Anteproyecto supone la refundición en el mismo de los actuales artículos 263 y 264.1 del Código Penal, además de alguna mejora de redacción.

Al respecto del delito de daños, el artículo 263 del Código Penal establece que "el que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con la pena de multa de seis a 24 meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño, si éste excediera de 400 euros".

Como ha sido señalado por el Consejo Fiscal en la tramitación del expediente, esta conceptualización del delito de daños ha obligado a la jurisprudencia a delimitar el delito de daños, considerándolo como "toda destrucción, deterioro o menoscabo tanto físicos como económicos causados por lo general, en bienes ajenos, y, excepcionalmente, en los propios, que no se encuentren comprendidos en otros pasajes del Código Penal y actuando el agente inspirado en propósitos de odio o venganza o, al menos, con animus damnandi y nunca con animus lucrandi" (STS 26-11-1981, 2-12- 1982 y 11-3-1997).

En relación con esta cuestión, el Tribunal Constitucional ha venido declarando de forma reiterada que, por exigencia del principio de taxatividad, el legislador debe llevar a cabo el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica (STC 62/1982, 89/1993, 53/1994, 151/1997 y 142/1999) y que el recurso del legislador a las cláusulas normativas abiertas no puede ser indiscriminado, pues tan solo sería constitucionalmente admisible cuando existe una fuerte necesidad de tutela, desde la perspectiva constitucional, y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos.

La garantía material del principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución "aparece derivada del mandato de taxatividad o de lex certa y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las Leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones" (por todas, SSTC 242/2005, de 10 de octubre, 162/2008, de 15 de diciembre, y 81/2009, de 23 de marzo). En suma, la garantía material tiene un alcance absoluto, de manera que la norma punitiva aplicable ha de permitir predecir, con el suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador (SSTC 100/2003, de 2 de junio; 26/2005, de 14 de febrero; y 242/2005, de 10 de octubre).

El hecho de que la mencionada definición del delito de daños se incluya en el Código Penal y se delimite por referencia negativa al resto de los tipos previstos en su parte dispositiva permite considerar que no existe una vulneración de la garantía material del principio de legalidad constitucionalmente consagrado. No obstante, puede añadirse que, en la medida en que todos esos demás títulos del Código Penal recogen formas específicas de daños en los bienes, la delimitación del delito de daños no ha de ser necesariamente negativa, sino que puede formularse de manera positiva y sintética -aunque no es objeto de estas consideraciones ofrecer una definición de este secular delito- como "la destrucción, deterioro o inutilización de una cosa ajena" (fórmula que ya fue empleada como base del artículo 750 del Código Penal de 1928). Al ser objeto de una tipificación más genérica -que no abierta- por referencia a esas otras conductas tipificadas, seguiría operando como tipo residual, pero podrían superarse los reproches mencionados.

Décima novena. Delitos contra la propiedad industrial e intelectual

El artículo 270.1 del Código Penal (redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre) dispone que 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 o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

El apartado quincuagésimo sexto del artículo único del Anteproyecto añade un párrafo segundo a ese precepto: "No obstante, en los

casos de distribución al por menor en que no se dé ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido por éste, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad [está repetida incorrectamente dos veces la expresión "de la comunidad"] de 31 a 60 días".

En términos prácticamente idénticos se propone el Anteproyecto modificar el artículo 274.2 del Código Penal, que viene, en definitiva, a suavizar la pena a los denominados "manteros".

Desde un plano estrictamente formal, dicha modificación es una de las previsiones del Anteproyecto que no han podido ser consideradas por los órganos preinformantes, al no figurar en la versión inicial de la proyectada legislación, que fue la que se les sometió, reiterándose a este respecto la necesidad de que toda reforma penal vaya precedida de la consiguiente reflexión que permita garantizar la pervivencia y calidad de la norma penal.

Sin perjuicio de ello, sí que puede afirmarse que la reforma proyectada se encuentra en la línea de los últimos pronunciamientos judiciales en el sentido de considerar el denominado top manta como "el último eslabón del comercio ilegal, a través de personas que solo buscan un medio de ganarse la vida".

En efecto, se han ido dictando una serie de sentencias (sobre todo, a partir de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 180/2006, de 8 de febrero) sobre propiedad intelectual con relación a los vendedores callejeros de CD de música y DVD con copias irregularmente obtenidas, en las que se atempera la reacción penal contra ese tipo de conductas. Esas sentencias se apoyan en la del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2003, que señala que "para determinar en qué casos habrá de acudir al derecho penal y qué conductas serán merecedoras de una mera sanción administrativa, ha de partirse del principio de intervención mínima que debe informar el Derecho penal en un moderno Estado de derecho. Sólo ante los ataques más intolerables será legítimo el recurso al derecho penal". Aplicando tal doctrina, varias de las sentencias que han absuelto a los denominados "manteros" han afirmado que no toda infracción del derecho de exclusividad del titular de la propiedad intelectual tiene cabida en el artículo 270 del Código Penal. "Sólo las conductas más graves, como la reproducción en masa de su obra artística amparada por el derecho, o su distribución en grandes cantidades pueden configurar el delito. La venta callejera es el último eslabón del comercio ilegal, y no tiene entidad suficiente para justificar la aplicación del derecho penal" (la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 180/2006, seguida con posterioridad por otras varias resoluciones judiciales).

En consecuencia, el Consejo de Estado, a la vista de todo lo expuesto, considera que la reforma prevista en el Anteproyecto se ajusta y está en consonancia con los diversos pronunciamientos judiciales dictados al efecto, que tratan de asegurar la proporcionalidad de la pena al beneficio económico obtenido.

Vigésima. Los delitos contra el mercado y los consumidores

Los apartados quincuagésimo octavo y quincuagésimo noveno del artículo único del Anteproyecto introducen un nuevo artículo 282 bis en el Código Penal y dan nueva redacción a su artículo 284, respectivamente, que se ocupan de los delitos relativos al mercado y a los consumidores.

La principal innovación al respecto es la creación de un nuevo tipo delictivo (el propuesto artículo 282 bis del Código Penal), centrado en la denominada estafa de inversores y consistente en el falseamiento de la información que debe difundir una sociedad emisora de valores negociados en el mercado de valores y que se efectúa con el propósito de captar inversores u obtener préstamos o créditos.

Tal reacción penal deriva de la importancia que la legislación comunitaria europea en materia de mercado de valores presta a la veraz, exacta y puntual difusión de la información exigible a esas entidades emisoras, que se integra en la regulación del denominado "abuso de mercado" y se concreta en la Directiva relativa a las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (Directiva 2003/6/CE, de 28 de enero).

En la configuración de ese nuevo tipo penal existe un primer dato objetivo, el falseamiento de las cuentas anuales o de las informaciones que las entidades emisoras deban difundir, y un dato subjetivo, el propósito de captar inversores o de obtener préstamos o créditos.

La relación entre ambos requisitos parece sencilla: se tratará de determinar, en cada caso, si se está ante un falseamiento de ciertas informaciones con la intención de conseguir, de modo torticero, el objetivo de que ciertos inversores se interesen por una entidad emisora y sopesen la decisión de canalizar hacia ella sus disponibilidades financieras o de que tal entidad pueda conseguir cierta operación crediticia.

Sin embargo, ese contraste entre los dos elementos del nuevo tipo delictivo puede verse oscurecido por el tercer elemento insertado en el proyectado nuevo artículo 282 bis del Código Penal: la exigencia de que el falseamiento se produzca "de modo apto para producir engaño".

Pudiera leerse ese elemento en el sentido de que requiere, efectivamente, que se haya conseguido engañar a los inversores o a los facilitadores de crédito, pero tal conclusión no está rotundamente apoyada en la dicción literal del nuevo delito y chocaría abiertamente con su ubicación sistemática, que, en tal caso, debería trasladarse al capítulo dedicado a las defraudaciones y, más en concreto, a las estafas.

Descartada, pues, esta primera interpretación, el aludido tercer requisito no parece necesario dados los contornos de los otros dos elementos caracterizadores del nuevo tipo delictivo. En efecto, el elemento objetivo afecta a unos datos muy relevantes (las cuentas anuales de una entidad emisora de valores admitidos a negociación en los mercados de valores u otra información que deban difundir las entidades cotizadas) y debe producirse con el propósito (elemento subjetivo) de engañar a ciertos inversores y entidades crediticias. De ello se sigue que el falseamiento habrá de haberse efectuado "de modo apto" para alcanzar tal objetivo, por lo que resulta redundante reiterar tal exigencia.

También existe otra posible objeción a ese tercer requisito, cual sería la de entender que el juicio acerca del "modo apto para producir engaño" ha de ser efectuado por el juzgador o por un tercero distinto de los inversores y entidades destinatarios del falseamiento. De ser así, ese falseamiento habría de ser objeto de una doble valoración: de un lado, la que se referiría a determinar si tiene, en realidad, por objeto engañar a sus destinatarios y, a continuación, un examen externo acerca de la aptitud para ello. No parece que esa doble operación añada nada esclarecedor a la que, como se indicó inicialmente, ha de producirse como consecuencia de poner en relación los dos elementos esenciales del nuevo tipo.

Por todo ello, entiende este Cuerpo Consultivo que ha de sopesarse si no es preferible suprimir ese requisito de exigir que el falseamiento sea "de modo apto para producir engaño".

En otro orden de consideraciones, resulta un tanto enigmática la alusión final a que las penas aplicables han de entenderse "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 del Código Penal", que es el precepto que tipifica la obtención fraudulenta de subvenciones públicas.

Ante la considerable diversidad que existe entre la captación de inversores o la obtención de créditos o préstamos, de un lado, y la consecución de subvenciones públicas, de otro, no parece necesario introducir tal recordatorio o salvedad.

Como precisión menor, convendría sustituir la genérica expresión "sociedad que cotice en el mercado de valores" por una mención más precisa a las sociedades emisoras de valores negociados en los mercados de valores.

En lo que se refiere a la modificación del artículo 284 del Código Penal (apartado quincuagésimo noveno del artículo único del Anteproyecto), se enuncia en términos excesivamente imprecisos la pena de inhabilitación, que aparece referida a "intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador".

En ese sentido, es necesario sustituir las alusiones a "actor, agente o mediador" por menciones específicas a las concretas actuaciones profesionales que quieran afectarse, como podrían ser las actividades profesionales al servicio de entidades inscritas en los correspondientes organismos supervisores y sujetas a las potestades de estos últimos.

Por lo que hace a la alusión a "informador", parece querer referirse a las actividades profesionales al servicio de medios especializados de difusión de información y así debería expresarse en la proyectada nueva legislación penal.

Vigésima primera. Los delitos de corrupción entre particulares

Los apartados sexagésimo y sexagésimo primero del artículo único del Anteproyecto introducen, de nueva planta, en el Código Penal una regulación penal relativa a la corrupción entre particulares (nuevo artículo 286 bis), que está conectada, de un lado, con la Decisión Marco 2003/568/JAI, referida a la denominada "corrupción en el sector privado", y, de otro, con las previsiones que dedica también a esta materia el Convenio Penal del Consejo de Europa sobre Corrupción.

Empezar el análisis por ese Convenio internacional, acomete una reacción contra el fenómeno general de la corrupción, de modo que no se limita a la corrupción en el sector público (lo que la legislación penal española ha venido tipificando como delito de cohecho), sino que contempla, también, la corrupción en el sector privado, en su doble modalidad de soborno activo y pasivo (artículos 8 y 9), que se definen, respectivamente, como la promesa, oferta o entrega de ventajas indebidas a un agente privado para que, incumpliendo sus obligaciones, actúe o deje de actuar y como la recepción de tales ventajas por los mismos motivos.

Por su parte, la Decisión Marco 2003/568/JAI empieza por recordar las previas iniciativas comunitarias europeas que afectan a la corrupción en el sector privado (Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, de 26 de mayo de 1997) y contiene (artículo 2) una definición de esa modalidad de corrupción similar a la del Convenio del Consejo de Europa, si bien admite la posibilidad de que los Estados miembros sólo tipifiquen, como infracción criminal, las conductas de corrupción en el sector privado que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en la adquisición de bienes o servicios comerciales.

Enmarcando las previsiones de la Decisión, su considerando número 9 se hace eco de la importancia especial que se concede a la corrupción (tanto pública como privada), destacando que constituye una amenaza para el Estado de derecho, distorsiona la competencia en la adquisición de bienes y servicios e impide un desarrollo económico sólido.

No puede dejar de destacarse que es muy posible que la actuación de la Unión Europea contra la corrupción privada aumente en su intensidad y en el tipo de instrumentos en que se plasme.

En efecto, un informe de la Comisión Europea al Consejo, de 18 de junio de 2007, relativo a la aplicación de la Decisión Marco que se viene comentando, destacó que esta última se ve afectada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de septiembre de 2005, que anuló la Decisión Marco 2003/80/JAI, de 27 de enero, relativa a la protección penal del medio ambiente, y de la que derivó la ulterior aprobación de la Directiva 2008/99/CE, referida a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.

El informe de la Comisión señala que tal sentencia exige modificar el fundamento jurídico de la Decisión Marco que ahora se comenta, lo que puede abrir la vía a que se plantee, en relación con la acción comunitaria europea contra la corrupción en el sector privado, el mismo cambio de enfoque ya producido a propósito de la acción en materia de protección penal del medio ambiente (paso de una Decisión Marco a una Directiva). Los términos recogidos en el Anteproyecto son fiel reflejo de la citada Decisión Marco europea y cumplen las obligaciones previstas por el referido Convenio internacional.

La proyectada regulación recoge las conductas previstas en esa Decisión Marco y Convenio internacional (prometer, ofrecer o conceder beneficios o ventajas para que el destinatario le favorezca) y también indica que el favor buscado debe suponer un "incumplimiento de las obligaciones" de quien reciba el beneficio o ventaja. Al añadir que tales obligaciones se refieren a las obligaciones del corrompido "en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales", no queda claro si se está meramente precisando el ámbito de tales obligaciones o si, por el contrario, se pretende hacer uso de la comentada posibilidad que reconoce la aludida Decisión Marco para restringir la tipificación penal a las conductas que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales. En consecuencia, debería explicitarse cuál es la opción que se preconiza que haga España de entre las dos posibilidades -igualmente legítimas- que le abre la comentada Decisión Marco, sin que se aprecien datos que recomienden decantarse por una u otra.

A ese núcleo de regulación de procedencia comunitaria europea añade el Anteproyecto la regulación de los denominados fraudes deportivos. Se trata, pues, de previsiones que no están específica y directamente conectadas con extremos de la aludida Decisión Marco y Convenio internacional, si bien pudiera entenderse que, al menos en algunos casos, esos fraudes deportivos entrarían en las comentadas definiciones generales de la corrupción en el sector privado contenidas en tales Decisión y Convenio. En efecto, las "conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una competición deportiva" podrán ser vistas como concreciones de actuaciones u omisiones que contravengan las obligaciones exigidas a quienes las cometen.

La decisión de introducir ese concreto supuesto en los cambios que el Anteproyecto contiene en materia de reacción penal se fundamenta, sin duda, en la relevancia social y económica de los acontecimientos deportivos y de las entidades y personas que desenvuelven sus actividades profesionales en tal campo.

Por otra parte, la ubicación, dentro de los delitos de corrupción entre particulares, de las previsiones que el Anteproyecto dedica a los fraudes deportivos atiende al tipo de sujetos y entidades que participan en los eventos deportivos. En todo caso, debería tenerse en cuenta que también pueden intervenir en esas prácticas irregulares personas y entidades que no pertenezcan al sector privado, de modo que sus eventuales actuaciones quedarían fuera de la reacción penal que ahora se crea.

Suscita comentarios la inclusión, dentro de los sujetos de las prácticas corruptas, de los "colaboradores" de entidades privadas. Mientras

que el resto de sujetos (directivos, administradores y empleados) está suficientemente acotado o puede delimitarse sin mayores dificultades, esa alusión a los colaboradores resulta excesivamente genérica.

Notando que la mencionada Decisión Marco trata de prevenir que el destinatario de las prácticas corruptas "realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones", puede convenirse que los destinatarios de las prácticas que se tratan de prevenir son aquellos que mantengan alguna relación de índole profesional con entidades privadas. Por ello, podría concretarse el término "colaboradores", sustituyéndolo por una mención a quienes, en virtud de otra relación distinta de las enunciadas, presten sus servicios a entidades privadas.

Vigésima segunda. Delitos de receptación y blanqueo de capitales

El Capítulo XIV del Título XIII del Libro II del Código Penal lleva por rúbrica "De la receptación y otras conductas afines", incidiendo el Anteproyecto (apartado sexagésimo tercero de su artículo único) en la rúbrica del artículo único de tal Capítulo: "De la receptación y el blanqueo de capitales".

Por su parte, el apartado sexagésimo cuarto del artículo único del Anteproyecto modifica el artículo 301.1 del Código Penal, dejándolo redactado en los siguientes términos:

"El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por terceras personas, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años".

Identificadas las dos modificaciones que se proyectan en dicho artículo 301.1 del Código Penal, han de ser objeto de los siguientes comentarios:

- Por lo que se refiere a la inclusión de la expresión que "posea, utilice", está en conexión con la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena de 1988) y, más exactamente, con su artículo 3.1. Como señala el Consejo General del Poder Judicial, la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, incluyó un inciso i) en el artículo 344 bis del Código Penal de 1973, que incriminaba las conductas de posesión y de utilización de los bienes procedentes de la comisión de delitos relativos al tráfico de drogas, previsión que fue eliminada del Código Penal de 1995 al ser extraído el delito de blanqueo de capitales del ámbito de los delitos de tráfico de drogas. El hecho de que ahora vuelva a incluirse no tiene por qué suponer una extralimitación de las normas internacionales sino una opción de nuestro legislador, debiendo llevar a cabo en todo caso los ajustes necesarios con el resto de tipos penales previstos en el Código Penal.

- Por otro lado, el Anteproyecto incorpora el inciso "cometida por él o por terceras personas", lo que supone tipificar expresamente el blanqueo de capitales cometido por el responsable del delito precedente. Señala el Consejo Fiscal y en ello muestra su mismo parecer este Consejo de Estado, que se pone así término a las diferentes opiniones doctrinales y jurisprudenciales al respecto y se acoge el criterio ya avanzado por algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo sobre la posibilidad de que el autor del delito antecedente pueda responder también por blanqueo (Sentencias del Tribunal Supremo 1293/2001, de 28 de julio, ó 449/2006, de 17 abril).

Sin embargo, la alusión a quien "posea" o "utilice" bienes procedentes de una actividad delictiva "cometida por él o por terceras personas" puede suscitar la duda de cuál es la exacta relación entre una actividad delictiva de la que resulte la disponibilidad de ciertos bienes (por ejemplo, el robo) y la ulterior "posesión" o "utilización" de tales bienes por parte de la persona responsable de esa actividad delictiva. Aisladamente considerados, los términos literales de la nueva redacción propuesta para el artículo 301 del Código Penal podrían incluso desembocar en una doble incriminación y sanción penales de esa persona: primero por robo y luego por receptación o blanqueo.

Es claro que tal eventualidad ha de descartarse, por lo que han de revisarse los nuevos términos que se propone dar al aludido artículo 301 de suerte que éste no devenga aplicable en los casos en que la "posesión", "utilización" y "convertir" de determinados bienes quede subsumida en un tipo penal principal.

Vigésima tercera. Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social

Se ocupan de ellos los apartados sexagésimo sexto a septuagésimo primero del artículo único del Anteproyecto, cuya exposición de motivos y memoria justificativa señalan que los cambios que introducen en la actual regulación del Código Penal se centran en un endurecimiento de las penas, una armonización de las cuantías relevantes a efectos penales y en establecer que los servicios de la Administración Tributaria favorecerán la exacción de la multa que se haya impuesto en sentencia. Por lo que hace al endurecimiento de las penas de prisión, se cifra en elevar a seis años el límite máximo actualmente fijado en 4 en los artículos 305, 306, 308 y 309 del Código Penal, decisión que forma parte de las opciones que están abiertas a la política legislativa criminal.

La armonización de cuantías a efectos criminales radica en aplicar al delito de defraudación de subvenciones (artículo 308 del Código Penal) la cifra de 120.000 euros aplicable a los delitos fiscales, importe que sustituiría a los 80.000 euros actualmente previstos por el aludido precepto. Esa igualación de cuantías supone una medida proporcionada al servicio de la defensa de los recursos públicos.

En relación con los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, el punto más debatido a lo largo del expediente ha sido la tercera de las innovaciones que en ellos se introduce, es decir, la referida a la participación de los servicios de la Administración Tributaria en la exacción de las multas impuestas (nuevo apartado número 5 del artículo 305 del Código Penal, ex apartado sexagésimo sexto del artículo único del Anteproyecto).

El informe del Consejo General del Poder Judicial suscitó dudas acerca de si se pretendía con ello poner en paralelo el procedimiento administrativo de apremio y la ejecución de las sentencias condenatorias, a lo que opuso serias objeciones.

Este Consejo entiende que los términos en que el Anteproyecto formula ese nuevo artículo 305, número 5, del Código Penal no ofrecen duda de que la intervención de los servicios de la Administración Tributaria será posterior a la sentencia, puesto que se centraría en la pena de multa y en la responsabilidad civil declarada. Con ello, se despejan las dudas opuestas por el mencionado Consejo General a la posibilidad de compatibilizar un procedimiento administrativo de apremio y una posterior ejecución de sentencias condenatorias.

Aun así, la principal objeción del Consejo General del Poder Judicial ha derivado de contrastar esa participación de los servicios ejecutivos de la Administración Tributaria con la competencia de los Juzgados y Tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (artículo

117, número 3, de la Constitución).

Tanto la exposición de motivos del Anteproyecto como su memoria justificativa presentan esta cuestión en un plano de colaboración administrativa, ya que aluden a que "se establece que la Administración Tributaria favorecerá la exacción efectiva del importe de la multa que penalmente se haya impuesto en sentencia". Sin embargo, esos términos no coinciden con el alcance del propuesto nuevo artículo 305, número 5, del Código Penal, que, para empezar, no ciñe esa participación administrativa a la exacción de la multa, sino que la extiende, también, a la responsabilidad civil que se declare. Más importante es, todavía, que el proyectado nuevo precepto no prevé un "favorecimiento" de la exacción de tales cantidades por parte de los servicios de la Administración Tributaria, sino que encomienda directamente al procedimiento administrativo de apremio la exigencia de esas multas y responsabilidades civiles.

La competencia constitucional de Juzgados y Tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado es, obviamente, una premisa ineludible, de modo que este Consejo entiende que el propuesto nuevo artículo 305, número 5, debe ser modulado en una línea próxima a la que proclaman la exposición de motivos y la memoria justificativa del Anteproyecto. Se trataría, en suma, de partir de la aludida potestad constitucional y de prever que, en su ejercicio, los Juzgados y Tribunales podrán recabar el concurso y el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria para ejecutar las multas y declaraciones de responsabilidad civil ex delicto que hayan dictado.

Téngase en cuenta al respecto que existen otros campos en los que se prevé ya que los órganos judiciales puedan recabar el concurso y la colaboración de los servicios de la Administración Tributaria, como es, por ejemplo, la encomienda que Juzgados y Tribunales pueden conferir a los citados servicios administrativos para que lleven a cabo actuaciones de investigación patrimonial a los efectos de hacer efectiva la responsabilidad civil derivada de delitos (artículo 989, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la redacción que le dio la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio).

En esa misma línea, pero con un alcance todavía más general está el artículo 95 de la Ley General Tributaria, que contempla la cesión de datos obtenidos por la Administración Tributaria en el marco de la colaboración que le recaben los Juzgados y Tribunales para la ejecución de resoluciones judiciales firmes.

Otra cuestión que suscita ese mismo precepto es el relativo a la predeterminación que efectúa de la responsabilidad civil derivada de los delitos contra la Hacienda Pública.

En efecto, el propugnado nuevo artículo 305, número 5, del Código Penal sienta que tal responsabilidad "comprenderá el importe de la deuda tributaria que la administración tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal" y establece que tal importe se fijará "en los términos previstos en la Ley General Tributaria". Se produce, así, una suerte de "resurrección" de la deuda tributaria, no como tal, sino como objetivación, por ministerio de la ley, de la responsabilidad civil en que incurran los defraudadores a la Hacienda Pública.

Dentro de la originalidad que comporta, entiende este Consejo que se trata de una medida legal de defensa de los intereses de la Hacienda Pública que se desenvuelve dentro de los amplios términos y soluciones que están al alcance de la política legislativa criminal.

Vigésima cuarta. Los delitos contra los derechos de los trabajadores

Al examinar las modificaciones que el Anteproyecto contiene en relación con la trata de seres humanos, ya se comentó la necesidad de distinguir entre las conductas que se dirigen, específicamente, a tal objetivo y aquellas otras que se centran en los emigrantes. Al servicio de tal distinción están, no solo las novedades que la proyectada legislación introduce en la reacción penal contra la estricta trata de seres humanos (creación del nuevo artículo 177 bis), sino, también, las modificaciones que afectan a la regulación de los delitos contra los derechos de los trabajadores (artículos 313 y 318 bis del Código Penal, modificados por los apartados septuagésimo segundo y septuagésimo tercero del artículo único del Anteproyecto)

En el caso del primero de tales preceptos, se trata de una modificación de índole sistemática, dirigida a centrarlo en la emigración de alguna persona a otro país, simulando contrato o colocación, con lo que ese artículo 313 pasa a ocuparse únicamente de los derechos de los trabajadores, lo que es coherente con su ubicación sistemática en el Título XV del Libro II del Código Penal, que se refiere precisamente a esa materia. Con ello se mejora sistemáticamente su actual formulación, que, al referirse a la inmigración clandestina de trabajadores a España, afecta, también, a los trabajadores extranjeros, que son, en realidad, objeto de la protección penal contenida en el Título XVI del Libro II del Código Penal.

Por lo que se refiere a la reforma del artículo 318 bis del Código Penal, suprime el tratamiento de los motivos de índole sexual, que encuentran mejor acomodo en otras partes del Código Penal (actual apartado número 2 de ese precepto), y refuerza la protección de los trabajadores extranjeros, previendo nuevas modalidades de ataques a sus derechos y agravando los criterios de aplicación de las penas.

Vigésima quinta. Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente

En el ámbito específico de los delitos contra el medio ambiente, y tal y como ya ha sido avanzado en previos apartados de estas consideraciones, el Anteproyecto procede a trasponer a nuestro Derecho la Directiva 2008/99/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.

Esta norma comunitaria responde a la necesidad de proceder a la completa protección del medio ambiente, una vez constatado que la legislación protectora del mismo no ofrece una respuesta suficiente y que es preciso aplicar sanciones penales que pongan de manifiesto una desaprobación social de naturaleza cualitativamente diferente a la de las sanciones administrativas o un mecanismo de compensación conforme al Derecho civil (Considerando 3). Así, se considera necesario establecer sanciones más disuasorias a las actividades perjudiciales para el medio ambiente, es decir, que causen daños sustanciales al aire, incluida la estratosfera, al suelo, a las aguas, a los animales o a las plantas, incluida la conservación de las especies (Considerando 5). A tal efecto, ya ha sido indicado que la Directiva obliga a los Estados miembros a prever sanciones penales en su legislación nacional por las infracciones graves de las disposiciones del Derecho comunitario sobre protección del medio ambiente (Considerando 10).

La transposición de esta Directiva se lleva a cabo modificando los artículos 325, 328, 329, 334, 343 y 348 del Código Penal.

En líneas generales, dicha transposición se lleva a cabo de manera adecuada, si bien ha de ponerse el acento en los siguientes aspectos:

- En primer lugar, ha de comentarse la alegación del Consejo General de la Abogacía Española en el sentido de apreciar una reiteración en las reformas de los artículos 325.1 y 328 del Código Penal. Así, en el primero de ellos se establece que "será castigado (...) el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente (...) realice directa o indirectamente (...) vertidos (...) que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales". El artículo 328, por su parte, prevé que "serán castigados (...) quienes estableciesen depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos, o bien

lleven a cabo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos pudiendo con ello perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas". A juicio del Consejo de Estado, en los citados preceptos no se produce la mencionada reiteración penal, toda vez que son actividades diferenciadas la de establecimiento ilegal de un vertedero y la consistente en la realización de un vertido ilegal. Por ello, se considera acertada la distinción que en este punto recoge el Anteproyecto.

- El segundo de los apartados del nuevo artículo 325 procede a la transposición del artículo 3.c) de la citada Directiva. Al dedicarse también a un aspecto relacionado con la gestión de los residuos, quizá encontraría mejor ubicación sistemática en el nuevo artículo 328. El Anteproyecto realiza una adecuada transposición de la mencionada Directiva en este punto. No obstante ello, debe hacerse notar que esta disposición de Derecho comunitario europeo no es el único texto normativo internacional de relevancia en este ámbito. En concreto, debe recordarse la vigencia del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, de 22 de marzo 1989, ratificado por España el 7 de febrero de 1994. Este Convenio parte de la configuración como delictivo de todo tráfico ilícito de desechos peligrosos y otros desechos (artículo 4.3), considerando ilícito "todo movimiento transfronterizo de desechos peligrosos o de otros desechos realizado: a) sin notificación a todos los Estados interesados conforme a las disposiciones del presente Convenio; o b) sin el consentimiento de un Estado interesado conforme a las disposiciones del presente Convenio; o c) con consentimiento obtenido de los Estados interesados mediante falsificación, falsas declaraciones o fraude; o d) de manera que no corresponda a los documentos en un aspecto esencial; o e) que entrañe la eliminación deliberada (por ejemplo, vertimiento) de los desechos peligrosos o de otros desechos de contravención de este Convenio y de los principios generales del derecho internacional" (artículo 9.1). Por tanto, es la carencia de licencia o de consentimiento informado previo en sí mismo lo que debe tipificarse como delito en estos traslados internacionales, cuyo tratamiento es distinto del traslado entre Estados miembros de la Unión Europea. El Consejo de Estado entiende que el Anteproyecto debería diferenciar el tratamiento penal del traslado de residuos entre Estados miembros de la Unión Europea, del correspondiente a los supuestos de traslado hacia terceros Estados, de conformidad con los mencionados instrumentos internacionales.

- El artículo 328.1 del Código Penal procede a la incorporación del artículo 3.d) de la Directiva. Sin embargo, al proceder a la tipificación, el Anteproyecto no ha incorporado la mención a la ilicitud de las conductas (inciso inicial del artículo 3, en relación con el artículo 2.a de la Directiva), por lo que en su redacción actual, configura como ilícito penal el mero establecimiento de un vertedero de desechos o residuos o la mera explotación de instalaciones peligrosas. No sólo por exigencia del Derecho comunitario, sino también por emplear una correcta técnica normativa penal, debe incluirse esa mención, al modo en que se hace en el nuevo artículo 325.1.

- También es preciso revisar la actual configuración del artículo 328.2. El Consejo General de la Abogacía Española ha criticado que se impongan las mismas penas a los que pongan en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas y la calidad del aire, del suelo, de las aguas o a animales o plantas. Este precepto transpone el artículo 3.b) de la Directiva, en el que no hay un tratamiento diferenciado, pues la Directiva no procede a establecer penas para las conductas que considera constitutivas de delito. Es decir, que queda al legislador nacional valorar qué pena atribuye a la conducta antijurídica en cuestión, en atención al bien jurídico protegido. Puede así cuestionarse la comentada equiparación, ya que no establece distinción alguna. Es evidente que, con la actual redacción, queda al órgano judicial la potestad de establecer los grados superiores o inferiores de la pena en función, entre otros elementos, del bien jurídico en presencia. Pero podría ser más adecuada la diferenciación de los bienes jurídicos protegidos y de las consiguientes penas que se establecen para su protección.

- Se debe corregir en el Anteproyecto la mención que contiene su artículo 334.1 a las "especies amenazadas". Esta denominación, propia de nuestro ordenamiento, no se corresponde con la empleada en la Directiva, que en sus artículos 2.b) (Definiciones) y 3.f) (Delitos) trata de las "especies protegidas de fauna o flora silvestres", ni tiene su misma extensión. El Consejo de Estado considera que la adecuada transposición de la mencionada norma comunitaria pasa por la correcta delimitación del ámbito de aplicación de esta figura, por lo que quizá sería preferible que el Código Penal contuviera, en este punto, una remisión a los anexos mencionados en el artículo 2 de la Directiva. Ha de destacarse, además, que no todas las actividades que recoge el artículo 334 del Anteproyecto han de dar lugar al reproche penal que se prevé en el mismo, pues la Directiva -letras f) y g) del artículo 3- excluye del mismo los supuestos en los que la conducta de que se trate afecte a una cantidad insignificante de la especie en cuestión y tenga consecuencias insignificantes para el estado de conservación de su especie. Estos matices deben ser incorporados al Anteproyecto, en aras de la fiel transposición del Derecho comunitario. - Finalmente, en relación con las reformas derivadas de la transposición de la Directiva 2008/99, se ha advertido que el Anteproyecto no ha procedido a la transposición de su artículo 3.e) ("la producción, la transformación, el tratamiento, la utilización, la posesión, el almacenamiento, el transporte, la importación, la exportación y la eliminación de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas"). Es cierto que el Código Penal trata de las cuestiones relacionadas con los materiales nucleares entre los "delitos de riesgo catastrófico". Pero en esta misma sede se ocupa de las radiaciones ionizantes (artículo 343), que, sin embargo, sí han sido reformadas. Esta ocasión es la adecuada para incorporar al Derecho español las conductas constitutivas de delito que regula la Directiva.

Junto a estas modificaciones, el Anteproyecto procede a la modificación de los artículos 319 y 320 del Código Penal, en materia de delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo. A este respecto, han de realizarse las siguientes observaciones:

- La reforma proyectada del artículo 319 procede a la distinción en sus apartados primero y segundo de las "obras autorizadas" y las "obras autorizables", previendo para cada una de ellas una punición específica. El empleo de una expresión del tipo de "obra autorizada" (o "no autorizada") remite al entendimiento de que la obra en cuestión se ha llevado a cabo sin una autorización precisa, que era de posible obtención, pero que no se obtuvo, no obstante lo cual se procedió a la ejecución de la obra de urbanización, construcción o edificación (artículo 319.1). Junto a ello, el Anteproyecto emplea la otra expresión citada en su artículo 319.2, conforme al cual "se impondrá la pena de (...) a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable". Entiende el Consejo de Estado que la fórmula empleada debiera precisarse para eliminar los aspectos de indeterminación que ahora reviste. Así, en su redacción proyectada, la tipificación se produce por referencia a obras "no autorizables", sin precisión temporal alguna, lo que la adorna de cierto carácter hipotético, con las consiguientes dificultades en su aplicación, con afectación a la seguridad jurídica. Por ello, se sugiere que el precepto precise que esas obras que menciona sean "no autorizables" en el momento en el que se llevó a cabo la obra en cuestión. De este modo, la tipificación contará con un punto de referencia ineludible en el marco normativo en cada momento aplicable (en la actualidad, el texto refundido de la Ley del Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2007, artículos 12 y 13, y las correspondientes normas autonómicas en la materia).

- Otra cuestión que presenta relevancia es la relativa al tratamiento penal de las obras que afecten a los paisajes, o "lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico", por emplear la expresión del proyectado artículo 319.1. A este respecto, debe recordarse el notable cambio que ha experimentado la protección de estos elementos a raíz del Convenio europeo del Paisaje, de aplicación en España desde el 1 de marzo de 2008. En cualquier caso, a los efectos de la protección de los mismos a través de la correspondiente

respuesta penal, se considera que la tipificación que contiene el Anteproyecto es suficientemente clara.

- Debe destacarse, por último, que la nueva Ley de Responsabilidad Ambiental ha introducido un novedoso y pormenorizado régimen en este ámbito, que incluye previsiones acerca de las personas a las que puede exigirse esta clase de responsabilidad, así como los procedimientos y autoridades competentes para esa exigencia. En este punto, las previsiones del Anteproyecto han de coherenciarse con las de la mencionada disposición legal.

Vigésima sexta. Falsedades

La última versión del Anteproyecto contempla diversas modificaciones en el Título XVIII del Libro II del Código Penal ("De las falsedades"), que no se incluyeron en la versión anterior y de las que, por tanto, no hay ninguna referencia en los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal.

Por una parte, se extrae del Capítulo I (artículo 387) la referencia a "las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje" que, a partir de la reforma, ya no se considerarán "moneda" a los efectos de lo previsto en el artículo 386. Ello se explica por la introducción de una nueva sección (4ª) en el Capítulo II, relativa a la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje.

En el artículo 392, se introduce un apartado 2 (el apartado 1 se reproduce en el Anteproyecto, pero no se modifica), relativo al uso y tráfico de documentos de identidad falsos; y, a continuación y en un segundo párrafo, se indica que esa disposición es aplicable aun cuando el documento de identidad falso aparezca como perteneciente a otro Estado o haya sido falsificado o adquirido en otro Estado, "si es utilizado en España". Puesto que en el primer párrafo de este apartado 2 se distinguen dos conductas ("hiciera uso" y "traficare"), es conveniente que la regla que se recoge a continuación especifique también su aplicabilidad a esas dos conductas ("... si es utilizado o si se trafica con él en España").

En el apartado 1 del artículo 399 bis, ha de llamarse la atención sobre los términos del segundo párrafo, en el que se prevé, como pena o como medida, la disolución y clausura definitiva de sus locales y establecimientos, en relación con "la organización". En principio, parece que esa organización ha de ser la aludida en el primer párrafo que le precede, esto es, la "organización criminal" en cuyo marco se cometieran las actividades de falsificación de tarjetas o cheques de viaje; no obstante, las remisiones a los artículos 31 bis y 129 parecen apuntar a otro tipo de organizaciones (en cuyo marco también se pueden cometer estos delitos) distintas de las "organizaciones criminales" definidas en el segundo párrafo del nuevo artículo 570 bis.

En realidad, si se trata de una persona jurídica y procede la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 bis del Código, puede valorarse si junto a la disolución y clausura definitiva de sus locales y establecimientos (que parece elemental, tratándose de una "organización criminal" -aunque dicha sanción no figura, en esos términos, entre las penas aplicables a las personas jurídicas en el artículo 33.7-), no debería preverse algún tipo de multa (previstas para las personas jurídicas en el artículo 33.7.a). En cambio, si la organización carece de personalidad jurídica, debe notarse que el artículo 129 proyectado se remite a lo previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7, que no incluyen la "clausura definitiva de sus locales y establecimientos". Sí se prevé, en cambio, la disolución de las organizaciones o grupos criminales - aunque no la "clausura de sus locales y establecimientos"- en el artículo 570 bis b (apartado centésimo décimo sexto del Anteproyecto).

En definitiva, a juicio del Consejo de Estado resulta necesario precisar los perfiles del tipo contemplado en el proyectado artículo 399 bis, cuando es cometido en el marco de una organización, según pueda ser ésta calificada como organización criminal o no (en función de lo previsto en el artículo 570 bis proyectado); y, a partir de ello, debe revisarse y aclararse su relación con las previsiones de los artículos 31 bis, 33.7, 129 y 570 bis b) proyectados.

Vigésima séptima. Delitos contra la salud pública

El Anteproyecto, en el apartado octogésimo quinto de su artículo único, procede a reformar el artículo 368 del Código Penal, transponiendo la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.

Esta Decisión Marco se integra en un amplio marco de referencia constituido por el Plan de Acción de la Unión Europea en materia de lucha contra la droga (2000-2004). En este ámbito la acción de la UE se dirige a lograr tanto la reducción de la demanda de drogas, como una reducción de su oferta, tratando de impedir el contrabando de drogas y precursores de droga. Asimismo, se trata de lograr un refuerzo de la coordinación de actuaciones e intercambio de información entre los Estados miembros.

La Decisión parte del entendimiento de que el tráfico ilícito de droga representa una amenaza para la salud, la seguridad y la calidad de la vida de los ciudadanos de la Unión Europea, así como para la economía legal, la estabilidad y la seguridad de los Estados miembros (considerando 1). Por ello, es necesario adoptar normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos de tráfico ilícito de drogas y precursores que permitan un enfoque común a escala de la Unión de la lucha contra dicho tráfico (considerando 3), siendo preciso que las sanciones previstas por los Estados miembros sean efectivas, proporcionadas y disuasorias e incluyan penas privativas de libertad. A estos efectos, para determinar el nivel de las sanciones, deben tenerse en cuenta elementos de hecho tales como las cantidades y la naturaleza de las drogas objeto del tráfico, y si el delito fue cometido en el marco de una organización delictiva (considerando 5). Esta posibilidad se regula, en particular, en los artículos 4 y 5 de la Decisión Marco.

En particular, la incorporación de la posibilidad de reducir el nivel o el grado de las sanciones, atendiendo a elementos de hecho tales como las cantidades y la naturaleza de las drogas objeto de tráfico, y si el delito fue cometido en el marco de una organización delictiva, se lleva a cabo a través del artículo 368. Ha de recordarse, además, que el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su reunión de 25 de octubre de 2005, adoptó el siguiente acuerdo sobre la "Conveniencia de modificar la redacción del actual Art.368 CP":

<<Cuando se trate de cantidades módicas las penas deberían ser de seis meses a dos años de prisión cuando se trate de sustancias que no causen grave daño a la salud, y de dos a cinco años si se trata de sustancias que sí causan grave daño a la salud>>.

Y como propuesta alternativa a la anterior, se sugirió añadir un segundo párrafo al actual art. 368 CP con el siguiente texto: "No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable".

El Consejo de Estado considera que se ha procedido a una adecuada transposición del Derecho comunitario en este punto, así como a recoger el referido acuerdo, guardando coherencia con el resto del Anteproyecto y siendo sensible a la exigencia constitucional de la proporcionalidad de las penas.

Vigésima octava. Los delitos de cohecho

La exposición de motivos del Anteproyecto y su memoria justificativa dan cuenta de que los cambios que se introducen en la regulación de los delitos de cohecho tratan de salir al paso de deficiencias y lagunas que se habían producido al incorporar a nuestro Derecho el contenido de tres Convenios internacionales ya mencionados, como son:

- El Convenio OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (Convenio de París de 17 de diciembre de 1997).

- El Convenio de Bruselas de 26 de mayo de 1997, establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea y relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea.

El Convenio Penal del Consejo de Europa sobre Corrupción (Convenio número 173, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999).

Al servicio de tal objetivo, el Anteproyecto ha ampliado el cuadro de personas involucradas y de autores de los delitos de cohecho, incluyendo, por ejemplo, a los administradores o interventores designados judicialmente, a los funcionarios comunitarios europeos (definidos en términos sumamente amplios) y a los funcionarios de los Estados miembros de la Unión Europea.

La propugnada reforma también comporta una revisión y reordenación de las penas (nueva redacción de los artículos 419, 420 y 425 del Código Penal, obra de los apartados nonagésimo quinto, nonagésimo sexto y centésimo primero del artículo único del Anteproyecto, respectivamente).

Del conjunto de previsiones del Anteproyecto en este punto, suscita comentarios particularizados el nuevo tipo penal del artículo 422.

La regulación de nuestro delito de cohecho se ha venido centrando en las dádivas, presentes y regalos entregados a los servidores públicos para que realicen cierta acción, para que dejen de realizarla, para que la retrasen o como recompensa por algunas de las anteriores conductas. En el mismo plano de preocupaciones se desenvuelve el delito de tráfico de influencias, que se refiere al influjo que un servidor público ejerce sobre otro para conseguir de este último determinada actuación.

Dentro de ese marco de desenvolvimiento, las diversas figuras delictivas se centran en diferenciar quiénes llevan a cabo las conductas relevantes al respecto (los servidores públicos y los que les entregan esas dádivas y recompensas), el tipo de conducta de los servidores públicos involucrados (activas o pasivas en relación con la percepción de los regalos) y el signo de las actuaciones buscadas (constitutivas de delito, de otro grado de ilicitud, no prohibidas expresamente,...).

Ese mismo enfoque siguen, con mayores o distintas especificaciones, los convenios internacionales con los que el Anteproyecto se relaciona en este punto.

El apartado nonagésimo octavo del artículo único del Anteproyecto supone una sustancial innovación en esa orientación, ya que la nueva redacción que da al artículo 422 recoge la tipificación de un delito consistente en que un servidor público admita una dádiva que le sea ofrecida "en consideración a su cargo o función". Tal y como el Consejo Fiscal ha destacado, se trata, pues, de tipificar la "simple admisión por la autoridad o funcionario de dádiva o regalo en consideración de su cargo, sin necesidad de realizar acto alguno".

Esos términos tan abiertos incluyen conductas que han sido objeto de muy diversos tratamientos, tanto entre nosotros como en el ámbito comparado, muchos de ellos por completo ajenos al ámbito jurídico-penal.

No faltan, así, regulaciones proclives a establecer un régimen de estricta publicidad sobre los regalos y dádivas que reciben las autoridades y servidores públicos en consideración a sus cargos, otros que fijan cuantías al efecto y otros que predeterminan el destino que deben tener tales regalos, frecuentemente en atención a su cuantía.

Y, por lo que se refiere a los mecanismos de reacción de índole sancionadora, no se limitan a los de índole penal, sino que comprenden, también, los de otra naturaleza, como serían los casos de las sanciones administrativas.

Con independencia de esas otras posibilidades, estima este Consejo que, formulado en los excesivamente abiertos términos con que figura en el Anteproyecto, el nuevo tipo penal ahora comentado no se corresponde con las preocupaciones que inspiran la regulación del cohecho, que son, como ha quedado indicado, las de prevenir la entrega de regalos como medio de influir en el ejercicio de los deberes y funciones atribuidos a los servidores públicos.

En consecuencia, resulta necesario reconsiderar la actual formulación de ese nuevo artículo 422 del Código Penal, para cuya mayor concreción y especificidad habría de atender a datos tales como el hecho de que los regalos y dádivas se efectúen con el propósito de influir en el ejercicio de las funciones que correspondan a la autoridad o servidor público de que se trate o la circunstancia de que se realicen por personas y entidades que pudieran beneficiarse del ejercicio de tales funciones.

Vigésima novena. Organizaciones y grupos criminales

El Anteproyecto introduce un nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II del Código Penal, referido a las organizaciones y grupos criminales. Los dos ejes fundamentales de la reforma en este ámbito son la desvinculación de estas organizaciones respecto de las asociaciones ilícitas (y, por tanto, del capítulo relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas) y la tipificación de los grupos criminales como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las organizaciones (puesto que exigencias como una estructura jerarquizada o su vocación de permanencia dejan fuera otros fenómenos análogos, muy extendidos hoy). Debe tenerse en cuenta, en relación con todo ello, la Decisión Marco 2008/841/JAI, del Consejo, de 24 de octubre de 2008. Tanto el Consejo General del Poder Judicial como el Consejo Fiscal criticaron la ubicación sistemática inicialmente prevista para las "agrupaciones criminales" (en un Título independiente -el XVII bis-, entre los delitos contra la seguridad colectiva y las falsedades), lo que ha dado lugar a la nueva ubicación señalada. El Consejo General del Poder Judicial también hizo otras propuestas diversas que han sido atendidas, en relación con las penas que se preveían y los efectos criminógenos que podía provocar su equiparación con las organizaciones estables, la previsión de un tipo agravado para las agrupaciones terroristas transitorias, o la posibilidad de atenuación de las penas en caso de colaboración. También se han seguido otras sugerencias formuladas por el Consejo Fiscal, en relación con la incorporación de circunstancias tales como la distinta finalidad delictiva perseguida, la existencia de diferentes responsabilidades, el número mínimo de integrantes o los medios o instrumentos de que disponga el grupo.

Desde el punto de vista de la técnica normativa, el Consejo de Estado considera inadecuada la "numeración" que se da a los artículos que se incrustan entre el 570 y el 571: 570 bis, 570 bis a) y 570 bis b). Resulta preferible, más claro y más adecuado a las directrices en materia de técnica normativa la utilización de los adverbios numerales bis, ter y quáter (artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter).

En cuanto a la redacción, cabe notar que en el artículo 570 bis no se utiliza, en su inciso inicial, el verbo "organizaren", que sí figura en el artículo 571, en relación con las organizaciones y grupos terroristas (mientras que en este último se omite la actividad de coordinación); dadas las consecuencias que en este ámbito puede tener la utilización concreta de unos u otros términos, se considera adecuado un paralelismo entre uno y otro artículo. Por otra parte, en el artículo 570 bis, apartado 1, segundo párrafo, parece que debe sustituirse la expresión "así como" por la conjunción disyuntiva "o", para que no sea necesaria la acumulación de fines (comisión de delitos y perpetración reiterada de faltas) para que se pueda identificar una organización criminal.

En el artículo 570 bis a), se echa en falta la determinación de la pena en los casos en que la finalidad u objeto del grupo sea cometer faltas u otros delitos distintos de los previstos en las letras a) y b) del apartado 1. Nótese que el último párrafo del apartado 1 define los grupos criminales con referencia a la finalidad u objeto de perpetrar delitos (sin exigir que sean graves) o faltas (de forma reiterada); pero en las letras a) y b) sólo se prevén sanciones para los casos de los delitos graves o los del apartado 3 del artículo anterior.

En el artículo 570 bis b), conviene cambiar la expresión "organización o grupo delictivo" por "organización o grupo criminal" (apartado 2, párrafo primero), de acuerdo con la terminología utilizada en los dos artículos anteriores. También sería bueno aclarar o precisar, en su apartado 3, a qué tipo de actuación (en España) se refiere al declarar su aplicabilidad a cualquier organización o grupo "que actúe en España", aunque se haya constituido, estén asentados o "desarrollen su actividad en el extranjero"; por ejemplo, si para apreciar que actúa en España basta cualquier tipo de actividad instrumental de la organización, orientada directamente o no a la perpetración de delitos, o si es necesario que se trate, precisamente, de la comisión de un delito o falta).

En fin, llama la atención la apelación directa que el último párrafo del apartado 2 del artículo 570 bis b) hace al artículo 8.4, lo que supone que, si la conducta está prevista en otro precepto del Código Penal, se aplicará el precepto penal más grave, con lo que se posterga la aplicación de otras reglas como la del apartado 1 ("El precepto especial se aplicará con preferencia al general") o la del apartado 3 ("El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél"), lo que exige una valoración detallada de posibles efectos no deseados que pueda generar en cada supuesto concreto.

A juicio del Consejo de Estado, con la regulación proyectada se cumplen los designios de la Decisión Marco 2008/841/JAI, en cuanto quedan incluidas las conductas previstas en su artículo 2 y se respetan los mínimos de las penas máximas contempladas en el artículo 3 de la norma europea (de acuerdo con lo que ya se expuso, al analizar los delitos informáticos, en cuanto a la interpretación de la fórmula utilizada). No obstante, la regulación de la atenuación de las penas cuando concurren las circunstancias previstas en el proyectado apartado 4 del artículo 570 bis b) debe ser revisada y completada a la luz de lo previsto en el artículo 4 de la mencionada Decisión Marco (que, por ejemplo, incluye -entre otras- la circunstancia de que se proporcione información que ayude a "impedir, acabar o atenuar los efectos del delito").

Trigésima. Tráfico de armas

En relación con el tráfico de armas, el Anteproyecto reestructura el Capítulo V del Título XXII del Libro II del Código Penal, que queda referido ahora exclusivamente a la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, con exclusión de los delitos de terrorismo (que quedan incluidos en el nuevo capítulo VII que el Anteproyecto incorpora a ese Título XXII).

En este ámbito, el Anteproyecto introduce modificaciones en los artículos 566 y 567 del Código Penal, a fin de dar cumplimiento a determinadas obligaciones internacionales asumidas por España; en concreto, en virtud de la Convención de 18 de septiembre de 1997, sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (Convención de Ottawa).

Como señala el Consejo Fiscal, los cambios se limitan prácticamente a hacer mención expresa de las minas antipersonas en la enumeración de armas que se efectúa en los artículos 566 y 567 del Código Penal, por lo que nada se objeta (salvo su necesaria mención también en el inciso final del artículo 567.2, acogida en el último texto).

Como observación menor, puede apuntarse que, en el segundo párrafo del artículo 567.1, se dice que el depósito de armas, en su vertiente de comercialización, comprende tanto la adquisición como la venta; parece razonable sustituir el término "venta" por "enajenación", no sólo como contrapuesto a la adquisición, sino por el más limitado significado de la "venta", que dejaría fuera supuestos de enajenación mediante permutas u otros acuerdos fácilmente imaginables entre organizaciones criminales.

En fin, aunque se trata de una cuestión puramente lingüística, cabe notar que el texto utiliza siempre la expresión "minas antipersonas" (salvo en el inciso final del artículo 567.2, sin duda por error); quizás sea preferible esa denominación a la de "minas antipersonal" utilizada en la Convención de Ottawa; pero ha de notarse que su definición se hace por remisión a los tratados o convenios internacionales y lo que define la Convención de Ottawa son las "minas antipersonales" (en concreto, en su artículo 2.1).

Trigésima primera. Terrorismo y organizaciones y grupos terroristas

En el marco de la reestructuración que el Anteproyecto introduce en el Título XXII del Libro II del Código Penal, se crea un nuevo Capítulo VII, que albergará los artículos relativos a las organizaciones y grupos terroristas (Sección Primera) y los delitos de terrorismo (Sección Segunda). Además de reordenar y clarificar el tratamiento penal de las conductas terroristas, dice la exposición de motivos, se trata de incorporar algunas novedades que dan cumplimiento a las previsiones de la Decisión Marco 2008/919/JAI.

En relación con el único artículo de la Sección Primera, el 571, se sugiere considerar la posibilidad de incluir previsiones análogas a las que, en relación con las organizaciones y grupos criminales, prevén los apartados 2 (párrafo primero) y 3 del artículo 570 bis b).

En cuanto a la Sección Segunda, ha de llamarse la atención sobre el dispar tratamiento que el Anteproyecto dispensa a las "bandas armadas". Tanto la memoria justificativa como la exposición de motivos indican que, en la regulación de las organizaciones criminales, se incluye como agravación específica la disposición de armas o instrumentos peligrosos, lo que incluye las hasta ahora denominadas "bandas armadas", "término que consecuentemente desaparece". Sin embargo, la redacción proyectada revela que no se ha seguido un criterio uniforme o que éste no ha quedado correctamente plasmado en el articulado.

En efecto, algunos de los preceptos modificados reproducen en mayor o menor medida otros preexistentes, pero suprimen la mención de las "bandas armadas" (así, artículos 572.1, 572.2 ó 576.1); sin embargo, hay otros artículos que no se modifican, por lo que mantienen la referencia a las "bandas armadas" (así, artículos 573 ó 575); pero tampoco falta algún caso de precepto que sí se modifica en el Anteproyecto y, sin embargo, mantiene la referencia a las "bandas armadas" (artículo 574); en fin, se da incluso un caso en que la expresión se mantiene en un inciso y se suprime en otro, dentro de un mismo apartado, aun cuando la vinculación entre ambos incisos es patente (artículo 576.2). Debe pues insistirse en la necesidad de un tratamiento coherente y homogéneo de esta figura, cuya desaparición afirma la memoria justificativa pero no refleja el articulado.

En el apartado 3 del artículo 576 se introduce una nueva previsión, relativa a actividades de captación, adoctrinamiento, adiestramiento o formación, que hay que poner en conexión con el artículo 3 de la Decisión Marco 2002/745/JAI (modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI), en el que se definen conceptos como captación o adiestramiento. En el artículo 576 bis se tipifica la conducta de quienes provean o recolecten fondos con la intención de que se utilicen o a sabiendas de que serán utilizados "para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo"; el precepto sigue muy de cerca el tenor del artículo 2.1 del Convenio de las Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 1999.

En cambio, en el segundo párrafo del artículo 579.1 ha de reflexionarse sobre la necesidad de introducir algún elemento adicional en el tipo, a fin de restringir su alcance. Tal y como aparece redactado en el Anteproyecto, quedarían incursos en el tipo allí previsto no pocos casos de servicios informativos que se limitan a proporcionar información sobre actuaciones, declaraciones o resistencias mostradas por terroristas o personas vinculadas a organizaciones o grupos terroristas.

Ciertamente, esta previsión ha de ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 3.1.a) de la Decisión Marco 2002/745/JAI, en la redacción dada por la Decisión Marco 2008/919/JAI; en todo caso, cabe notar que, en la norma europea, se introduce un inciso final que matiza la conducta típica, al precisar que se refiere a la distribución o difusión pública que se indica "cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos". En cualquier caso, debe señalarse que la citada Decisión Marco 2008/919/JAI, después de destinar su artículo 1 a las modificaciones de la regulación anterior, contiene un artículo 2 que precisa que lo en ella previsto "no podrá tener por efecto el de exigir a los Estados miembros la adopción de medidas que contradigan principios fundamentales relativos a la libertad de expresión, en particular las libertades de prensa y de expresión en otros medios de comunicación (...)". A la vista de todo ello, debe matizarse o modularse la redacción y alcance del párrafo segundo del proyectado artículo 579.1 del Código Penal.

También debe revisarse la redacción del nuevo apartado 3 del artículo 579 (que podría ser el apartado 2 bis, si se sigue la observación formulada en relación con el artículo 197, a fin de evitar alteraciones en la numeración de los apartados). Por una parte, parece que la referencia a los delitos comprendidos "en esta Sección" debería hacerse a los delitos comprendidos "en este Capítulo", habida cuenta de la proyectada división del nuevo Capítulo VII en dos Secciones, y en paralelismo a lo que dice el apartado 2 del mismo artículo 579.

Por otra parte, debe revisarse la aparente contradicción que existe entre el primer y el segundo inciso del mismo apartado 3; en el primero de ellos se alude a los condenados a "pena grave" privativa de libertad, mientras que el segundo añade: "No obstante lo anterior, cuando se trate de un solo delito que no sea grave...". Pues bien, si se trata de un solo delito que no sea grave, el supuesto está excluido a priori del inciso primero, dada la correspondencia entre los delitos graves y las infracciones que la ley castiga con pena grave (artículo 13 del Código Penal).

En fin, dado que la libertad vigilada consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento "de alguna o algunas" de las medidas previstas en el artículo 106 proyectado, convendría que el artículo 579.3 dejara claro que se pueden imponer varias de esas medidas del artículo 106 y no sólo una de ellas; quizá bastaría que se utilizara el artículo determinado en lugar del indeterminado para decir que "... se les impondrá, además, la medida de libertad vigilada..." (como hace el artículo 192 proyectado, en análoga previsión, que, como se dijo, especifica además que la medida de libertad vigilada "se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad", lo que conviene precisar también en el proyectado artículo 579.3).

Trigésima segunda. Delitos contra la Comunidad Internacional

El Anteproyecto procede en este punto a modificar los artículos 611 a 616 del Código Penal, a fin de incorporar a nuestro Derecho ciertas previsiones derivadas de tratados o compromisos internacionales del Reino de España, caso del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998; el Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999, de la Convención de La Haya de 1954, sobre protección de bienes culturales en caso de conflicto armado; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en conflictos armados, de 25 de mayo de 2000; o el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (Protocolo III, 8 de diciembre de 2005), conocido como "emblema del tercer Protocolo" o "cristal rojo".

A este respecto, se sugiere revisar la redacción del nuevo ordinal 4º del artículo 612 (apartado centésimo vigésimo séptimo del artículo único), pues la actual ("especialmente los signos distintivos de la Cruz Roja, de la Media Luna Roja y del Protocolo III de 8 de diciembre de 2005, Adicional a los Convenios de Ginebra"), da a entender que el Protocolo III se regulan diversos signos distintivos, cuando sólo se contempla el adicional en él regulado, al que se confiere el mismo estatus que a los ya existentes.

Quizá sea innecesaria la cita concreta de los distintos signos distintivos de la Cruz Roja Internacional, pudiendo emplearse alguna denominación genérica relativa a los símbolos universales de asistencia en favor de las víctimas de los conflictos armados.

Por otra parte, debe indicarse que no aparece justificada en el expediente la exclusión de la punición específica del artículo 614 que se realiza en el nuevo artículo 616, cuando precisamente en el artículo 614 se incluyen una serie de figuras delictivas que, como prevé el artículo 616, pueden ser cometidas por una autoridad o funcionario público. En esos supuestos, precisamente, cabría imponer una pena de inhabilitación absoluta. No cabe deducir las razones de esa especificación de las restantes modificaciones que el Anteproyecto introduce en materia de delitos contra la comunidad internacional, por lo que se sugiere su reconsideración.

Trigésima tercera. Delito de piratería

Como se ha indicado por alguno de los informes emitidos con anterioridad, con la regulación del delito de piratería (nuevo Capítulo V del Título XXIV del Libro II, artículos 616 quáter y 616 quíntos del Código Penal) se reintroduce en nuestro Derecho Penal una figura que ya contemplaba el Código Penal de 1973 y que se regula en diversos instrumentos internacionales, como la Convención de Ginebra sobre el Derecho del Mar, de 29 de abril de 1958, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, hecha en Montego Bay (artículo 101), o la Convención de Roma para la supresión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988.

Esta situación de falta de regulación del delito de piratería en sede penal contrasta con la previsión del artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con arreglo al cual, "en el orden penal, corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en que España sea parte". Al no haber una tipificación de esos delitos, se ha venido produciendo un vacío normativo que ha venido en detrimento de la persecución de los hechos de esa naturaleza por parte de los tribunales españoles.

Se valora de manera positiva la regulación llevada a cabo en este punto por el Anteproyecto, si bien se realizan las siguientes sugerencias:

- Por lo que se refiere al nuevo artículo 616 quáter, se entiende que debería aludirse a "las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas", pues se trata de los sujetos o bienes que pueden encontrarse a bordo de los buques, aeronaves o plataformas a que se refiere el precepto.

- En segundo lugar, el artículo 616 quinquies debe consignar la mención al Estado en mayúscula.

- Debe procederse a modificar la denominación de estos preceptos, pues el artículo 16 ter, incluido en versiones anteriores del Anteproyecto, ha sido eliminado en la sometida a la consideración del Consejo de Estado.

Trigésima cuarta. Disposiciones complementarias

El Anteproyecto consta de tres disposiciones transitorias, que regulan los siguientes aspectos: (i) determinación de la legislación aplicable; (ii) revisión de sentencias; (iii) reglas para la invocación de la normativa aplicable en materia de recursos.

Por lo que se refiere a la determinación de la legislación aplicable tras la entrada en vigor de la reforma, la disposición transitoria primera señala que, en virtud del principio de irretroactividad de las normas penales, "los delitos y las faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión", con la salvedad de que "las disposiciones de la misma sean más favorables para el reo". Para la determinación de cuál sea la ley más favorable -prosigue la disposición transitoria primera- "se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en esta ley". Y, en todo caso, se oirá al reo.

La disposición transitoria segunda ("revisión de sentencias") prevé la posibilidad de que el Consejo General del Poder Judicial asigne a determinados órganos judiciales, que estén dedicados en exclusividad a la ejecución de las sentencias, la revisión de las sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de esta ley. Se fijan las reglas para la comparación de las penas y los supuestos en los que no deberá revisarse la sentencia.

Prevé la disposición transitoria segunda que dichos jueces o tribunales "procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial". Por tanto, las normas previstas para la revisión de las sentencias solo serán de aplicación en los casos de hechos definitivamente enjuiciados antes de la entrada en vigor de la ley, cuando no estén totalmente ejecutados los aspectos penales de la sentencia y siempre que las normas aplicables sean más favorables al reo. En este sentido, téngase en cuenta que una buena parte de la reforma del Anteproyecto no deviene, en modo alguno, en normas más favorables para el reo, ya que se han agravado algunas penas y se han creado otras como la privativa de la patria potestad; se han incorporado nuevos tipos penales o, en todo caso, se han ampliado algunos de los ya vigentes. En suma, a juicio del Consejo de Estado, pudiendo ser una medida acertada en otras ocasiones a fin de centralizar sobre determinados órganos la revisión de sentencias impidiendo así tantas interpretaciones como órganos intervinientes, en el caso ahora examinado quizá no sea conveniente prever tal posibilidad que, en su caso, llevaría la necesidad de adoptar las debidas medidas de apoyo de recursos personales, materiales y económicos, cuando no parece razonable que el supuesto previsto exija de tal dispositivo de medidas.

En todo caso, esa disposición transitoria segunda centra la labor de los órganos judiciales que se vienen comentando en revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena. Por ello, su tarea se ceñirá, únicamente, a determinar la eventual norma más favorable. En tales o similares términos debería quedar redactada esa disposición transitoria, modulando la expresión que actualmente contiene -"aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial"-, que no parece corresponderse con la formulación propia de una norma legal.

Finalmente, la disposición transitoria tercera alude a las reglas para la invocación de la normativa aplicable en materia de recursos de apelación o casación.

Trigésima quinta. Órganos competentes

La disposición final primera del Anteproyecto modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En concreto, procede a la reforma de la letra b) del artículo 65 de la misma, aunque convendría precisar que lo que se reforma es ese inciso de su apartado número 1. Debe advertirse que su redacción responde a la nueva Sección 4ª del Capítulo II del Título XVIII del Libro II del Código Penal, dedicada a la "falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje".

La disposición final primera menciona, sin embargo, los "cheques de viajero". Esa diferencia de fórmulas debe ser corregida, optando y generalizando la que es empleada en los correspondientes apartados del artículo único del Anteproyecto dedicados a esta cuestión (nonagésimo segundo a nonagésimo cuarto). Además, esa concordancia sería mayor si, en lugar de aludirse (en el artículo 65.1.b de la Ley Orgánica del Poder Judicial) a la "fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos", se mencionara la "falsificación de tarjetas de crédito, débito o de cheques de viaje".

CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Pleno, por mayoría, es de dictamen:

Que, una vez consideradas las observaciones que se formulan en el cuerpo del presente dictamen, puede V. E. elevar a la aprobación del Consejo de Ministros el anteproyecto de Ley Orgánica al que se refiere el expediente ahora dictaminado."

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO PERMANENTE DE LA SECCION 6ª, D. JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO, AL DICTAMEN NÚMERO 1.404/2009, APROBADO EN LA SESIÓN DEL PLENO DEL DÍA 29 DE OCTUBRE DE 2009, DE LA SECCIÓN 2ª, RELATIVO AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR EL QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL.

El presente Voto particular se circunscribe por la premura del caso a las novedades en el sistema de sanciones (penas, medidas de seguridad y comiso). Se trata, más que de discrepancias con el muy sólido dictamen aprobado por la el Pleno, de dar un paso más en sus conclusiones. De un lado, porque quizá, tomada en su conjunto, la reforma sea excesivamente amplia e injustificada, y de otro, porque ese temor cobra especial relevancia en algunas de las cuestiones de la Parte General que serán examinadas a continuación, tras unas consideraciones generales. Baste apuntar ahora las principales críticas.

El periodo de seguridad se extiende a otros delitos en detrimento del principio básico del tratamiento penitenciario como medio para obtener la reeducación y reinserción social de toda persona condenada a pena privativa de libertad. Si la clasificación se hiciera correctamente, no habría peligro de que alcanzara el tercer grado quien, con independencia de la clase de su delito, no lo mereciera. En todo caso, el precepto debería ubicarse en la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria.

La sorpresiva ampliación de la localización permanente, alargando su duración máxima desde los doce días actuales hasta los seis meses por vía de sustitución, podría ser el tercer fracaso sucesivo en la elección y aplicación de penas mal configuradas y carentes de la necesaria infraestructura para su ejecución. Las otras dos son el arresto de fin de semana, marginado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, y los trabajos en beneficio de la comunidad, que sólo se cumplen en un 80% de los casos (véase la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de este año).

La expulsión de extranjeros es un nuevo bandazo -el cuarto texto en trece años- que sigue sin dar respuesta a muchos de los problemas que tal sustitución suscita.

Y la libertad vigilada se perfila como una medida insuficiente para conjurar la peligrosidad de determinados delincuentes que terminan de cumplir su pena con claro pronóstico de reincidencia. Su escasa entidad, en la línea de las reglas de conducta, es un simple parche en comparación con el internamiento que la sociedad demanda. Plantea, además, un sinfín de problemas prácticos.

Ahí se encontrarían las observaciones esenciales del autor de este Voto si no se tratara de un Anteproyecto para la posterior elaboración de un Proyecto que sería sometido a la aprobación por las Cortes Generales.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El primer problema que plantea el Anteproyecto de 23 de julio de 2009, que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, es el de su necesidad, oportunidad o conveniencia. El texto inicial del que sería un verdadero hito en nuestro Derecho positivo como Código Penal de la Democracia ha sido retocado por veinticinco Leyes Orgánicas a lo largo de trece años. Los cambios afectan a centenares de artículos, algunos de los cuales ya llevan a sus espaldas tres y hasta cuatro modificaciones. Ha continuado así, después de la promulgación del Código de 1995, la misma técnica que presidió los trabajos prelegislativos a partir del Proyecto del Código Penal de 1980. Desde entonces se repitieron los borradores, las propuestas, los anteproyectos y los proyectos que con sus innovaciones, cuando no bandazos, a veces poco explicados o debidos a planteamientos políticos o personales, acabaron con el alumbramiento de este Código tan necesitado, al parecer, de continuas reformas.

La amplia reelaboración parcial del articulado supone un grave quebranto de la seguridad jurídica y dificulta la función exegética de una jurisprudencia cuyas respuestas llegan con frecuencia cuando el correspondiente precepto ya ha sido modificado. Sin olvidar las secuelas colaterales de los nuevos textos en su relación con otros artículos, no siempre previstas por el legislador. Ni la reforma que ahora se postula, ni la representada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por citar sólo las más ambiciosas, contienen previsión alguna sobre revisión de sentencias, lo que sí hacían las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 10/1995. Verdad es que en el presente caso la reforma tiene, en líneas generales un sentido agravatorio, pero eso no impide que en ocasiones el principio de la retroactividad de la ley más favorable pierda toda efectividad. Como es sabido, el cambio legislativo no se encuentra entre los motivos que para el recurso de revisión recoge el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por lo que hace a nuestro arsenal punitivo, éste ha sido siempre muy copioso y variado, habiendo llegado a las treinta penas en el Código de 1870. Los Códigos más modernos, como el alemán, el austriaco y, en otra línea, el Código Penal tipo latinoamericano, suelen operar con dos penas fundamentales: una única privación de libertad y una multa estructurada conforme al sistema escandinavo. El uso de alguna otra pena, como la privación del permiso de conducción de automóviles, no deja de tener carácter excepcional. El Código alemán sólo contempla como penas principales la prisión y la multa, y como accesoria o complementaria ("Nebenstrafe") la privación del permiso de conducir. La prisión y la multa son también suficientes para el Código Penal austriaco.

Conforme al Anteproyecto tendríamos treinta y una penas sin contar con las previstas especialmente para las personas jurídicas.

2. EL PERIODO DE SEGURIDAD

Conviene encabezar este comentario con dos observaciones. La primera es que yerra la Exposición de Motivos del Anteproyecto al afirmar que, "como es sabido, en el ordenamiento jurídico español la rehabilitación y la reinserción social del delincuente constituyen el objetivo prioritario del sistema de penas, y en particular de la pena privativa de libertad". La declaración del artículo 25.2 de la Constitución tiene un alcance más limitado: "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social". E incluso en su tenor literal no se ajusta plenamente a la realidad. Las penas cortas privativas de libertad agotan sus efectos de prevención especial en la intimidación, como las multas (a salvo quizá la iniciativa del Proyecto Alternativo alemán de 1966 a favor de la multa rigurosamente temporal). Ni la prisión breve puede resocializar a nadie ni el condenado necesita reeducación y reinserción social, al menos en cuanto a la entidad de la infracción penal cometida.

La segunda observación se refiere al cumplimiento de las penas privativas de libertad conforme al sistema de individualización científica que establece la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, de 26 de septiembre. Véase su artículo 59: "1. El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. 2. El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general."

El artículo 63 dispone que: "para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél."

Los dos primeros apartados de su artículo 65 rezan así: "1. La evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno, con la consiguiente propuesta de traslado al establecimiento del régimen que corresponda, o, dentro del mismo, el pase de una sección a otra de diferente régimen. 2. La progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad."

Y el apartado 3 y 4 del artículo 72 insisten en la clasificación según la evolución del penado, al margen de cual fuera su delito.

El Reglamento Penitenciario aprobado por el Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, no pudo fijar por ello un periodo de seguridad previo a la obtención del tercer grado, si bien procuró retrasar indirectamente su concesión en algunos supuestos. Véase el texto original de su artículo 251: "En el caso de que se proponga para tercer grado a un interno que no tenga cumplida la cuarta parte de la totalidad de su condena o condenas, será necesario que concurren favorablemente calificadas las otras variables intervinientes en el proceso de clasificación, valorándose especialmente la primariedad delictiva, buena conducta y madurez o equilibrio personal. En estos supuestos, será

necesario un tiempo mínimo de conocimiento del interno, previsión de conducta y consolidación de factores favorables, no inferior a dos meses de estancia real en el Centro que lo proponga."

Tras el Real Decreto 1767/1993, de 8 de octubre, el artículo 251 quedó así: "En el caso de que se proponga para tercer grado a un interno que no tenga cumplida la cuarta parte de la totalidad de su condena o condenas, será necesario que concurren favorablemente calificadas las otras variantes intervinientes en el proceso de clasificación, valorándose especialmente la primariedad delictiva, buena conducta y madurez o equilibrio personal. En estos supuestos, el tiempo de estudio en el centro que haga la propuesta será el suficiente para que se obtenga un adecuado conocimiento del interno, de la previsión de conducta y de la consolidación de factores favorables. Las resoluciones que se adopten al amparo de lo establecido en el presente precepto y que impliquen el pase de un penado al tercer grado se notificarán al Ministerio Fiscal."

El nuevo Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, sigue admitiendo la posibilidad -como era obligado- de que incluso la clasificación en primer grado fuera la primera, pero matizó también su concesión. Véase el apartado 2 de su artículo 104: "3. Para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado."

Cabe decir, como resumen, que ni en la Ley Orgánica General Penitenciaria ni en sus reglamentos la clasificación en tercer grado atiende a la naturaleza de unos delitos concretos. Otra cosa es -y aquí radica el núcleo de la cuestión- que aquélla deba tenerse en cuenta para el pronóstico individualizado respecto al interno.

Así las cosas, los periodos de seguridad recogidos en el Código Penal son, por su carácter automático y objetivo, contrarios a la Ley Orgánica General Penitenciaria, que enlaza a su vez con el artículo 25.2 de la Constitución. Según el artículo 1 de la Ley Orgánica, las Instituciones Penitenciarias tienen como fin "primordial" la reeducación y la reinserción social de los condenados a penas y medidas de seguridad. Si aquél es el fin "primordial", difícilmente cederá por razones de seguridad.

Entrando ya en el examen de la reforma del apartado 2 del artículo 36 del Código Penal, procede recordar que su texto actual procede de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, una denominación equívoca y equivocada. Las penas ya se cumplían íntegra y efectivamente con anterioridad a la Ley Orgánica 7/2003, de forma que ahora sólo se altera la obtención de uno de sus grados: el tercero. Ello repercute luego en el cuarto o libertad condicional, que es también parte de la pena.

El párrafo primero del apartado 2 señala actualmente que cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación en tercer grado "no podrá efectuarse" hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. Lo que era preceptivo pasa a ser potestativo en el Anteproyecto: el Juez o Tribunal "podrá ordenar". No hay duda de que, si se aceptasen los periodos de seguridad, sería preferible la nueva redacción. Sigue sin aclararse, no obstante, si la pena de prisión es sólo la impuesta en cada caso o también la resultante por la suma de todas las que se integran en la unidad de ejecución que sirve de base a la clasificación y al tratamiento.

En cuanto al apartado 2, se recoge ahora, con carácter imperativo, el mismo periodo de seguridad para determinados delitos, sin que, al menos expresamente, se requiera también la prisión superior a cinco años. En cualquier caso, se trata de una agravación. En el vigente texto, la consideración particular de determinados delitos sólo opera como obstáculo insalvable para que el Juez de Vigilancia pudiera acordar en su día la aplicación de régimen general (artículo 78). La deriva del legislador en este punto, con la inclusión de nuevos tipos, abunda en la contradicción con la Ley Orgánica General Penitenciaria como lugar que, en cualquier supuesto, sería el adecuado para regular la cuestión.

3. EL ABONO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

La modificación del apartado 1 del artículo 58 del Código Penal responde sin duda a la polémica abierta por la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, de 29 de abril, sobre el abono conforme al presente texto. Contra la interpretación pacífica de precepto vigente -tras la Ley Orgánica 15/2003- en el sentido de que el abono no podía hacerse por partida múltiple en varias causas y que tampoco cabía abonar en la causa donde se había acordado la prisión provisional los días durante los que ésta se había solapado con el cumplimiento de una pena, el Tribunal Constitucional señala que la prisión provisional que se superpone a tal cumplimiento implica una serie de perjuicios para el condenado (clasificación, régimen de permisos, etc.).

No sería posible sostener que el preso preventivo que extingue a la vez una pena de privación de libertad sólo padece una nueva privación formal de la misma. En consecuencia, sería correcto el abono de tal prisión provisional en la causa donde fuera acordada, bien entendido que si el apartado 1 del vigente artículo 58 no incluye ninguna previsión al respecto, o sea, sobre el no abono simultáneo, es porque no quiso hacerlo.

Es confusa la adición a este apartado del "salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella". Debería aclararse, si se estima necesario tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que no procede el abono del mismo tiempo de prisión provisional en las varias causas donde se acordara dicha medida, pero sí en la que concurre con el cumplimiento de una pena de la misma naturaleza.

En principio, los jueces deberán evitar en lo posible tales prisiones provisionales cuando el inculpado cumple condena, pero habrá de acordarla para evitar la salida del establecimiento con el disfrute de un permiso o por la concesión de un tercer grado o de la libertad condicional. Aun comprendiendo los razonamientos del Tribunal Constitucional, es discutible que se abone como prisión preventiva lo que sólo supone, por lo común, una cierta incidencia agravatoria sobre la normal situación del penado.

La solución del problema merece una reflexión más profunda.

(La referencia a la doctrina "Parot" en el Dictamen no es correcta).

4. LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La nueva pena de privación de la patria potestad se incorpora como letra k) a las penas graves del apartado 2 del artículo 33, y como letra j) del artículo 39 a las privativas de derechos. También se incluye en el nuevo texto del artículo 46, junto a varias inhabilitaciones especiales. Luego en los artículos 55 y 56 se detalla su aplicación como pena accesoria.

La Exposición de Motivos del borrador afirma que con esta decisión se otorga al Juez o Tribunal penal la facultad de aplicar lo dispuesto en el artículo 170 del Código Civil. Se aducen a su favor el interés del menor y razones de economía procesal.

La privación de la patria potestad parece tener un carácter definitivo, a diferencia de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad. Conforme al nuevo texto del artículo 46, "implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto a su progenitor". Nada hay que objetar contra su inclusión en nuestro arsenal punitivo siempre que, contra lo que ocurre en otros países, se opte por mantener como penas una serie de inhabilitaciones cuya naturaleza como tales resulta discutible. A partir de ahí es preciso, sin embargo, hacer algunas observaciones.

Acertado es que la pena sea facultativa y no de imposición imperativa. No son pocos los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales sin repercusión alguna en el previsible buen ejercicio de la patria potestad.

Por lo que atañe a la privación de la patria potestad como pena accesoria, la relación directa de ese derecho -en realidad, de su mal ejercicio- con el delito cometido es una previsible exigencia tanto en el artículo 55, complementando la inhabilitación absoluta, como en el artículo 56.3º, en el ámbito de las inhabilitaciones especiales. El carácter facultativo de la imposición se dispone de forma expresa en el artículo 55 y, por lo que hace al artículo 56, se desprende de la posibilidad de elección entre todas las penas que allí se recogen. Es de suponer que los tribunales serán cuidadosos en el uso de esta privación definitiva de la patria potestad que sólo podría ser corregida por vía de indulto.

Conviene subrayar lo dicho más arriba acerca de la incorporación al derecho penal español de normas que encontrarían mejor acomodo en la jurisdicción civil. Otra cosa es que este nuevo paso responda a iguales razones que, por ejemplo, las resoluciones sobre responsabilidades civiles directas y subsidiarias en sede penal: la economía para el justiciable.

5. LA LOCALIZACIÓN PERMANENTE

I. Introducción

Tras los previsibles fracasos del arresto de fin de semana y de los trabajos en beneficio de la comunidad, sería un grave error ampliar la aplicación de una localización permanente que, como se verá, plantea demasiados problemas para su escaso contenido. Además, el Anteproyecto guarda silencio sobre las experiencias recogidas hasta ahora, lo que hace temer que sean negativas o no existan. Y tampoco contiene la menor referencia al Derecho comparado.

En mi opinión, y mientras que no se aporten razones de peso a favor de esta pena, se repetiría a mayor escala, cuanto más se acuda a la localización permanente, el fiasco de aquellas otras. Precisamente ahora, cuando resulta imposible seguir ocultando la inoperancia en España -quizá no en otros países como Suiza o Francia- la triste suerte de los trabajos en beneficio de la comunidad.

Hace sólo unas semanas que el Consejo de Estado hubo de presentar una objeción esencial a un Proyecto de Real Decreto del Ministerio del Interior que, reconociendo como punto de partida que en el 80% de los casos esa pena no se cumplía en los delitos contra la seguridad vial, pretendía incluir en ella la mera asistencia a determinados programas de formación. También en fechas recientes, los medios de comunicación han recogido una supuesta iniciativa de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en esa misma línea. No se trataría de trabajar sino de que los penados asistieran a reuniones con las víctimas para que reflexionasen sobre las consecuencias de sus delitos. Las mismas víctimas se habrían opuesto a la idea, no ya por razones jurídicas sobre lo que son la pena en general y estos trabajos en particular, sino porque la desviación propuesta atentaría a su propia dignidad.

Quiere decirse que, conforme al conocido dicho, los experimentos en tal delicada materia deben hacerse con gaseosa. Sin olvidar, de otro lado, que la sola publicación en el BOE no basta para garantizar el éxito de unas penas que precisan de un cuidado desarrollo reglamentario sobre bases realistas en relación con los medios disponibles.

II. La situación actual

La pena de localización permanente es fruto de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Su Exposición de Motivos reconoce que la aplicación práctica de la pena de arresto de fin de semana no ha sido satisfactoria -cuando en realidad constituyó un rotundo fracaso-, y la suprime de raíz, sustituyéndola por la pena de prisión de corta duración, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y la localización permanente.

El apartado II d) de dicha Exposición de Motivos considera que la nueva pena será una respuesta eficaz a determinados "tipos delictivos", que luego identifica con mayor precisión como "infracciones penales leves", y evitará los inconvenientes de la reclusión en establecimientos penitenciarios. La nueva pena aparece como leve en la clasificación del artículo 33 y como pena privativa de libertad, junto a la prisión y la responsabilidad personal por impago de multa, en el artículo 35. De hecho, se utiliza alternativamente con la pena de multa (artículos 617, 618, 623, 625, 629, 630, 635 y 637) o, en dos ocasiones, con la pena de trabajo en beneficio de la comunidad (artículo 620, párrafo último, y artículo 626), pero también como pena principal conjunta con la multa en la perturbación leve de actos públicos (artículo 633).

Procede destacar desde el primer momento su duración máxima lineal de sólo doce días -frente a los treinta de la última regulación del arresto domiciliario- y la imperatividad de que el domicilio u otro lugar de cumplimiento se fije en la propia sentencia (artículo 37.1). Cabe, sin embargo, la posibilidad de acordar el cumplimiento de la condena durante los sábados y domingos o de forma no continuada si el reo lo solicitase. Dicha solicitud y la audiencia del fiscal parecen referirse a un trámite posterior a la imposición misma de la pena con una concreta duración y la determinación del lugar de cumplimiento.

La pena de localización permanente presenta en algunos aspectos la misma problemática del arresto de fin de semana, sobre todo cuando aquélla no se cumple linealmente sino con el régimen especial de sábados y domingos, como prevé el artículo 37.2 del Código Penal.

Gramaticalmente, la localización permanente no tendría por qué ser una pena privativa de libertad. De acuerdo con su nombre se trataría más bien de una pena restrictiva de libertad, puesto que la localización no implica necesariamente la permanencia en determinado lugar. Sucede, sin embargo, que conforme al repetido artículo 37.1 del Código Penal, "obliga al penado a permanecer en su domicilio o en un lugar determinado fijado por el juez en sentencia", de modo que la localización se convierte en algo accesorio que sólo servirá para controlar la privación de libertad. Ocurre así que se vuelve al arresto domiciliario, de honda tradición en España hasta su marginación en el Código de 1995. La Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado, de 25 de noviembre, entiende que "pese a su equívoca nomenclatura, esta pena no puede articularse como un control continuado mediante medios tecnológicos que permita simultáneamente al penado la libertad de desplazamiento espacial. Por ello, más clarificador hubiera sido denominarla "arresto en sitio o lugar determinado", pues la "localización permanente" parece aludir a la necesidad de estar localizados o localizables sin privación efectiva de libertad ambulatoria".

La exigencia estricta de la igualdad ante la ley, proclamada en el artículo 14 de la Constitución Española, es un ideal inalcanzable, al menos cuando se trata de aplicar el Código Penal. Las penas inciden sobre derechos que no todas las personas disfrutaban por igual y,

además, tampoco es igual el valor que se concede a los mismos. De ahí la imposibilidad de una correcta determinación última de la pena, no sólo respecto al delito, sino también respecto al delincuente, de forma que en el caso hipotético de una misma antijuridicidad y culpabilidad fuese también idéntico el sufrimiento efectivo de los respectivos condenados.

Volviendo a la localización permanente, ya su propia definición incorpora el elemento distorsionador de la gran diversidad de los lugares de cumplimiento. Una cosa es que una pena sea en principio igual para todos, como ocurre en la prisión, aunque luego, en la práctica, su contenido aflictivo varíe según las condiciones del cumplimiento, y otra muy distinta es que la desigualdad forme parte del núcleo o definición de la pena. Desgraciadamente, todos los intentos de acomodar la localización permanente a las exigencias igualitarias se hallan condenados al fracaso.

La residencia en una finca señorial, con jardín, piscina y cancha de tenis, no podrá compararse nunca con la habitación humilde de un realquilado. O la situación de una persona en condiciones normales con la de quien yace impedido en una cama. Y resta también el caso particular de quien ya se encuentra cumpliendo una pena de prisión a la que es muy difícil o imposible incorporar la localización permanente como apéndice último de una unidad de ejecución. Se trata de penas heterogéneas por cuanto la intensidad de la privación de libertad varía.

Repárese, de otro lado, en que si el artículo 25.2 de la Constitución obliga a orientar las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social del penado, no hace falta sumarse a quienes consideran que ahí, en la resocialización, se hallan el alfa y la omega de estas penas, olvidando la retribución y la prevención general, para preguntarse si es acorde con nuestra Carta Magna una pena privativa de libertad que, ya "ab initio", se revela inadecuada para la resocialización de un condenado que, a mayor abundamiento, tampoco la necesita.

Aunque la duración máxima de la localización permanente sea de doce días, no existe actualmente límite mínimo expreso. Este podría consistir teóricamente en una sola jornada. Otra cosa es que en la punición concreta de las faltas su umbral se sitúe en los dos días (artículo 626).

El dintel de doce días no se aplica, sin embargo, cuando la pena de localización permanente se impone como "cumplimiento" de la responsabilidad personal subsidiaria en la que puede desembocar el impago de una multa impuesta por una falta (artículo 53.1). La duración máxima de la localización permanente en este caso dependerá tanto de la duración de la responsabilidad personal subsidiaria que la precede como del modelo de conversión entre ambas. Cuestión ésta que no tiene respuesta clara en el Código Penal.

El artículo 37.1 recoge la obligación del penado "a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez en su sentencia", lo que abre un abanico de posibilidades respecto a la identificación de ese lugar de cumplimiento.

Los problemas más frecuentes se plantearán respecto al cumplimiento de la pena en el domicilio real cuando carezca de las mínimas condiciones de habitabilidad, tenga carácter precario o la continuación en el mismo no dependa de la exclusiva voluntad del penado. La obligación de cumplir la pena de localización permanente como enclaustramiento en una chabola sería correcta en términos de absoluta legalidad, ya que se respetarían las condiciones habitacionales previas a la condena, pero sería difícilmente aceptable en una sociedad como la nuestra. Y, de otro lado, hay personas que tienen determinado domicilio o morada por el gracioso consentimiento del titular. Ni el Código Penal ni el Reglamento aprobado por el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, han recogido soluciones para tales supuestos.

Según el artículo 37.1 del Código Penal, el lugar de cumplimiento de la pena, también si se tratara del propio domicilio del penado, será "fijado por el Juez en sentencia". Esto significa que habrán de reunirse con anterioridad a la misma, o sea, antes de que se resuelva el dilema entre absolución y condena (y entre localización permanente y multa, en su caso), los datos necesarios para pronunciarse sobre el particular. Más aún, sería preciso -o al menos conveniente- conocer también en el momento del fallo si será posible o no el uso de medios telemáticos de control.

Aunque el Código Penal es terminante en la determinación del lugar de cumplimiento en la misma sentencia, cabe que después surjan o conozcan circunstancias que obliguen o aconsejen su cambio. En tales casos deberá optarse, según la tantas veces mencionada Circular 2/2004 del Fiscal General del Estado y la mayoría de los comentaristas, por una interpretación flexible, de forma que el nuevo lugar de cumplimiento pueda determinarse en ejecución de sentencia. Lo que no es de recibo es aducir que no existe prohibición expresa cuando la implícita resulta evidente con la lectura del repetido artículo 37.1 del Código Penal. Se trata, sencillamente, de que el legislador no previó esas circunstancias sobrevenidas, obligando así a resolver estos problemas con una interpretación discutible.

La confusión aumenta con la planificación prevista en el Real Decreto 515/2005. Sorprende en primer término el complejo cumplimiento que no responde a la levedad de la sanción, tal y como advirtió en su día el Informe del Fiscal General del Estado al Proyecto. Resulta excesivo que haya de elaborarse un plan de ejecución para quien pasará en su casa un día o unos días, y menos aún que para ello el reo haya de ser oído por los servicios sociales de un centro penitenciario que puede estar a muchos kilómetros de distancia tanto del lugar de residencia del reo como del juzgado o tribunal sentenciador.

Según se dijo, el artículo 37.2 del Código Penal dispone que, "si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejaren, oído el ministerio fiscal, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada". La doctrina considera que en cualquier caso la unidad diaria es indivisible. Ese es el criterio mantenido por la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado, a cuyo tenor el cumplimiento discontinuo ha de encontrar como límite el necesario respeto al día, unidad temporal que se toma como referencia para delimitar la extensión temporal de la pena, e integrada sin solución de continuidad por 24 horas, no debiendo permitirse el fraccionamiento de esta unidad mínima de cumplimiento.

La exposición de los problemas que ya suscita la pena de localización permanente puede resultar excesivamente prolija, pero servirá para valorar con mayor conocimiento de causa lo que de arriesgado tiene ampliar su uso en lugar de suprimirla por completo. Puede verse en este sentido la Memoria de este año de la Fiscalía General del Estado (página 1047).

III. La reforma

Actuando como si la localización permanente se hubiera acreditado desde que fue implantada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, y prescindiendo de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, puesto que nada se recogía sobre esta pena en la versión del Anteproyecto fechada en 2008, el texto de 2009 extiende su aplicación y empieza por incluirla entre las penas leves cuando es "de un día a tres meses", y entre las menos graves si es "de tres meses y un día a seis meses". Hoy se trata siempre de una pena leve, como corresponde a su reducida duración máxima (12 días). Bueno es que se fije ahora un mínimo del que se olvida el artículo 37. Incorrecto, por el contrario, que la pena leve y la menos grave se solapen en los tres meses justos. Y llama la atención que, utilizándose únicamente como pena sustitutiva en el artículo 88, párrafos primero y tercero de su apartado 1, se lleve a la clasificación general del artículo 33. En un caso similar, el apartado 5 de dicho artículo dispone que "la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa tendrá naturaleza menos grave o leve, según la que corresponda a la pena que sustituya".

Si se insistiera en esta reforma, habría que retocar igualmente el umbral de los 12 días en el apartado 1 del artículo 37, tal y como se advierte en el dictamen de este Consejo. También habría que modificar aquel apartado en lo que atañe al momento procesal para la imposición de la pena. Lógicamente, como pena directa en las faltas, podrá acordarse en la sentencia, pero cuando opere la vía sustitutoria habrá de estarse al artículo 88: "en la misma sentencia o posteriormente en auto motivado".

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003 se refería al uso de medios de la nueva tecnología para el control de la pena de localización permanente, pero olvidaba su desarrollo en el texto articulado. Es correcta por lo tanto la adición de un apartado 4 en el artículo 37 como propone el Anteproyecto.

Cabe terminar con la advertencia de que si esta pena obliga al penado a "permanecer" en su domicilio u otro lugar fijado por el Juez en su sentencia, según señala el apartado 1 del artículo 37, los problemas prácticos se multiplicarán con su mayor duración. Si no se le permite al reo abandonar la casa diariamente para desayunar, comer y cenar fuera, como quizá viniera haciendo sin alternativa, o al menos para comprar alimentos frescos, habrá de montarse algún servicio de reparto de comidas a domicilio. Todo un reto para la difícil economía de un país que puede perfectamente prescindir de esta pena, como es norma en los Códigos Penales de nuestro entorno. La observación puede parecer demasiado "práctica" pero en la práctica es donde se aprecia el acierto o desacierto de una regulación determinada.

6. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

El Anteproyecto recoge la que sería la cuarta redacción del artículo 89 del Código Penal, tras las Leyes Orgánicas 10/1995, 8/2000 y 11/2003. Conviene por ello examinar el nuevo texto comparándolo con los anteriores y, particularmente, con el todavía vigente.

El apartado 1 del Anteproyecto regula la sustitución de penas privativas de libertad "inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España" por su expulsión del territorio nacional. El vigente texto distingue en su apartado 1 según aquéllas fueran inferiores a seis años (párrafo primero) o iguales o superiores a seis años (párrafo segundo). En el primer supuesto la sustitución es siempre preceptiva, salvo que se apreciara "excepcionalmente" que "la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España". En el segundo, la expulsión tiene también carácter imperativo pero condicionado al caso de que "se acceda al tercer grado penitenciario o a una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena". Se repite la excepción del primer supuesto.

En este apartado la sustitución es siempre potestativa, pero razonada en sentencia o en auto. Se vuelve así al criterio que mantuvo el apartado 1 del artículo 89 en su versión original. Por lo que atañe al momento procesal de la sustitución, la primera versión de 1995 guardaba silencio, si bien el artículo 88 mantuvo entonces, y sigue haciéndolo ahora, con carácter general, la sustitución de penas "en la misma sentencia o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a la ejecución". Sin embargo, la sustitución después de la sentencia no puede tener aquel límite temporal -el inicio de la ejecución- cuando desde el texto de 1995 se prevé la sustitución tras el cumplimiento de parte de la pena o el acceso al tercer grado de tratamiento penitenciario. Es acertado, por ello, que el Anteproyecto recoja expresamente la posible concesión por "auto motivado posterior", aunque la referencia a la motivación sea superflua (véase el artículo 248.2 de la Ley Orgánica 6/1984, de 1 de julio, del Poder Judicial). Es también un acierto exigir una audiencia del penado que, prevista en el texto de 1995, desapareció tras la Ley Orgánica 11/2003.

El apartado 2 según el Anteproyecto, se corresponde con el apartado 2 del texto vigente, pero ofrece algunas diferencias. Al disponer que "el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de seis a diez años", frente a los diez señalados hoy en todo caso, se vuelve a la redacción de 1995, cuya mayor flexibilidad responde mejor a la pluralidad de supuestos en los que la sustitución es posible. Es también correcto que la fijación del plazo se haga "atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado". El texto de 1995 sólo contemplaba la duración de la pena impuesta. Aun así, no se comprenden en la fórmula escogida otras variables como el tiempo de cumplimiento de la pena, en caso de sustitución tardía, o el del abono de la prisión provisional.

El plazo, como ocurría desde 1995, se cuenta desde la fecha de la expulsión. Se ha prescindido con buen criterio de la novedad de la Ley Orgánica 15/2003 en el sentido de que, en todo caso, no se podrá volver a España hasta que hubiese prescrito la pena. La prescripción de la pena desde la firmeza de la sentencia (artículo 134), unida a la diversidad de plazos y al hecho de que la pena inicial ya había sido sustituida por una medida de seguridad no facilitaban ni la comprensión ni la aplicación del precepto.

El apartado 3 según el Anteproyecto coincide literalmente con el párrafo cuarto del apartado 1 del actual texto del artículo 89. Su origen se encuentra en la Ley Orgánica 11/2003. Repárese en que el archivo conecta con la expulsión y no con la resolución misma, como quizá fuera preferible. De otro lado, la naturaleza del precepto no se aviene con su ubicación en el Código Penal.

El apartado 4 según el Anteproyecto supone una modificación importante de lo dispuesto en el ahora apartado 3 sobre el expulsado que regresa a España o al menos lo intenta. Véase la evolución legislativa al respecto.

En su versión original, conforme a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, "si (el expulsado) regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas", mientras que si sólo "intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa". Luego, tras la Ley Orgánica 11/2003, solo se prevé el caso de que el extranjero "intentara quebrantar" la decisión judicial". En tal supuesto "será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad". El intento exitoso no entraba en el cálculo del legislador.

Ahora, el Anteproyecto vuelve a la primera distinción. Si se regresa, se cumplen las penas sustituidas. Y si el intento se frustra en la frontera, se le expulsa directamente por la autoridad gubernativa. Sin embargo, del texto actual, tras la Ley Orgánica 11/2003, se toma la novedad consistente en que empezará a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

Parece quedar claro que no habrá quebrantamiento de condena del artículo 468, aunque allí se incluyan las medidas de seguridad. El nuevo apartado 4 tendría preferencia dentro del principio de especialidad (regla 1ª del artículo 8) tanto en el quebrantamiento consumado como en la mera tentativa.

Las críticas favorables a los anteriores preceptos disminuyen en relación con el apartado 5. A diferencia de lo que ocurre actualmente en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 89, que se ciñe a la sustitución de penas de prisión igual o superior a seis años, la redacción propuesta se refiere a cualquier "pena privativa de libertad", lo que se solapa con las ya comprendidas en el nuevo apartado 1 (las inferiores a seis años). La sustitución sería facultativa -y no imperativa como ocurre hoy- si el reo "hubiera accedido al tercer grado o cumplido las tres cuartas partes de la condena". La doble condición, que nada nuevo significa frente a la actual, reafirma que no se trata de cualquier pena privativa de libertad, sino de la prisión, como sucede conforme a la Ley Orgánica 10/1995 y 11/2003, puesto que ésta es la única que puede alcanzar los seis años.

Cuestión distinta, pero importante, es la planteada por la unidad de ejecución sobre la que descansa nuestro tratamiento penitenciario y, consecuentemente, la concesión del tercer grado. Un problema que se complica además sí, como es criterio común entre los Jueces de Vigilancia, en ellas se incluiría también la responsabilidad personal subsidiaria. En el Anteproyecto, igual que en el párrafo segundo del actual apartado 1 del artículo 89, se utilizan tanto la palabra "pena" como el vocablo "condena".

El carácter potestativo que en el futuro tendría esta previsión explica que se prescindiera de la actual salvedad sobre la justificación del cumplimiento de la condena en España si lo aconsejara la naturaleza del delito.

El apartado 6, según el Anteproyecto, tendría dos párrafos. El primero, de nueva creación, no parece suscitar grandes problemas. Se trata de aquellos reos cuya pena privativa de libertad ya ha sido sustituida, por lo que no se entendería su busca y captura para iniciar el cumplimiento de la pena.

Supuesto distinto es el del párrafo segundo, que coincide sustancialmente con el ahora párrafo quinto del apartado 1. Son casos en los que, por ejemplo, se desconocen el país de procedencia y la nacionalidad del penado. Entonces se ejecuta la pena originariamente impuesta o el periodo de condena pendiente. Se trata de una versión mejorada de lo dispuesto conforme a la Ley Orgánica 11/2003, ya que el Anteproyecto añade una matización que habían solicitado los comentaristas: "siempre que no proceda la suspensión provisional de la misma" (más correcto habría sido referirse a la suspensión de su ejecución, que es lo verdaderamente regulado en los artículos 80 y siguientes del Código Penal). Cabe preguntarse, no obstante, si no debería considerarse igualmente la sustitución de penas conforme a los artículos 88 y siguientes. Una cosa es marginar aquellas posibilidades en aras de la expulsión y otra, muy diferente, la suerte del cumplimiento si, en definitiva, hubiera de llegarse al mismo.

Aunque desapareciera sin sucesor el párrafo tercero del apartado 1 del vigente artículo 89, tras la Ley Orgánica 11/2003, a cuyo tenor "la expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal", la prohibición es dudoso que algo cambie realmente en este punto.

El nuevo apartado 7, siguiendo las huellas del actual apartado 4, tras la Ley Orgánica 8/2000, excluye de la sustitución a los condenados por la comisión de determinados delitos. A la relación se añade el artículo 313 (reformado por el Anteproyecto).

Conviene, por último hacer una reflexión sobre la importancia que en esta materia tiene aquella unidad penitenciaria de ejecución. A ella y no a las penas individualmente, se remite el tercer grado penitenciario en el texto vigente y en el propuesto. Ambos, aquí con razón, se refieren a la "condena".

La referencia en el artículo 89 a las penas en plural -tanto en los textos anteriores como en el Anteproyecto- no impediría la sustitución pena por pena. Otra cosa es que tal proceder no tenga en cuenta que el cumplimiento sucesivo de las penas privativas de libertad según su gravedad (artículo 75) se enmarca hoy en una unidad de ejecución que es pieza esencial en el sistema de individualización científica con un tratamiento cuyos grados se corresponden con el régimen. Sería ciertamente absurdo excarcelar al reo como liberado condicional por una pena para que regresase después a cumplir otra en segundo o tercer grado.

Carece de sentido, desde esa previsión, sustituir sólo alguna de las penas integradas en la unidad de ejecución. Lo correcto será, en su caso, tenerla en cuenta para acordar o no su sustitución por una expulsión comprensiva de la totalidad de las penas pendientes de cumplimiento. Si sólo se acordara la expulsión por una de ellas, se estaría siempre en el supuesto del párrafo segundo del apartado 6 del artículo 89 según la propuesta del Anteproyecto. La expulsión no podría llevarse a cabo hasta el cumplimiento de los restantes. Pero hay más. La expulsión acordada tampoco podrá efectuarse si el penado se encontrara en prisión provisional por otra causa o si antes de la expulsión ganara firmeza una nueva condena con pena de prisión o se impusiera la responsabilidad personal subsidiaria - que también es pena privativa de libertad- por impago de una multa, algo que sólo ocurrirá cuando haya fracasado el pago, voluntario o forzoso de la multa como pena pecuniaria. Y aún podrían sumarse otros supuestos como el de que haya medidas cautelares distintas de la prisión provisional.

La expulsión no sólo ha de referirse a todas las penas privativas de libertad pendientes de cumplimiento en todo o en parte, sino que además debe tener en cuenta lo que suceda o pueda suceder en otras causas. Así las cosas, sería aconsejable que para evitar sorpresas o disfunciones de última hora la sustitución se acordase siempre después de la sentencia, o sea, tras constatar que la ejecución es posible porque no hay pendientes otras penas privativas de libertad (a salvo, si se quiere, la localización permanente) ni otras causas en curso contra esa misma persona.

Curiosamente, como ya se dijo, el texto de 1995 guardaba silencio sobre el momento procesal de la resolución, mientras que el debido a la Ley Orgánica 11/2003 se refería preceptivamente a la sentencia y el nuevo contempla la doble posibilidad de la sentencia o del auto posterior. La verdad es, sin embargo, que ninguna de las tres versiones habría tenido en cuenta el problema aquí considerado.

7. LA LIBERTAD VIGILADA

I. Introducción

La regulación de la libertad vigilada en nuestro arsenal punitivo ha experimentado un cambio radical respecto a la primera versión del Anteproyecto en 2008. La propuesta de una pena con tal nombre ha dejado paso a una medida de seguridad, como era obligado a la vista de su naturaleza. No hay duda, y no debió haberla habido nunca, sobre cual era su fundamento en la alternativa entre culpabilidad y peligrosidad. Sucede, sin embargo, que pese a los cambios en la normativa propuesta continúa siendo muy deficiente.

Resulta obvio, además, que la nueva medida de seguridad no es la solución precisa para conjurar los riesgos que conlleva la puesta en libertad de determinados delincuentes que han cumplido sus penas por gravísimos delitos cuya repetición es más que previsible. En este caso sólo cabe acudir a un internamiento, en la línea de, por ejemplo, la custodia de seguridad del Código Penal alemán, o del internamiento en un establecimiento para reincidentes peligrosos del Código Penal austriaco. Frente a algunos criminales con pronóstico de probabilidad alta de recaída en los delitos contra la libertad sexual o de terrorismo, por ejemplo, la sociedad sólo puede defenderse mediante la prisión perpetua con revisión periódica o la imposición de un internamiento de seguridad, también revisable, cuando ya se ha cumplido la condena. Lo demás es, dicho sea la crudeza que la cuestión merece, perder el tiempo. Y sucede, de otro lado, que ni siquiera esta libertad vigilada, en la línea de la conducta vigilada ("Führungsaufsicht") que el Código Penal alemán contempla después del internamiento de seguridad ("Sicherungsverwahrung"), casi subsidiariamente, se estructura con el rigor de aquella medida alemana.

II. El ordenamiento alemán

La "Führungsaufsicht" permite la imposición de variadas reglas de conducta o "Weisungen", entre las que se halla el no permanecer en determinados lugares que pueden facultar la comisión de nuevos delitos (§68b.2). Bien entendido -y aquí radica la diferencia esencial con la libertad vigilada española- que aquella medida de seguridad no precisa de esas reglas facultativas de conducta, pero sí exige, por el contrario, un ayudante de prueba o "Bewährungshelfer".

La "vigilancia de conducta" alemana es una medida de seguridad no privativa de libertad que se regula con el nombre de "Führungsaufsicht" en los §§ 68, 68^a, 68b, 68c, 68d, 68e, 68f y 68g del Código Penal. Hay una imposición facultativa y otra por disposición legal. Su ejecución se realiza de forma que el condenado a la medida queda sometido a un centro de vigilancia establecido junto al Tribunal Provincial ("Landgericht"), así como al control, del mencionado ayudante de prueba.

El Tribunal sentenciador puede impartir al condenado unas reglas de conducta que serán controladas por el centro de vigilancia y el ayudante de prueba (§ 68b). Las reglas de conducta pueden tomarse del catálogo del § 68b I y se refieren al lugar de residencia, a la prohibición de permanecer en algunos lugares, a la prohibición de contactar con determinadas personas, a la prohibición de ciertas actividades, a la prohibición de poseer determinados objetos, a la prohibición de tener o conducir vehículos de motor, y a las obligaciones de presentación o comunicación de los cambios de domicilio o lugar de trabajo. El Tribunal debe configurarlas detalladamente, según el § 68b 2, para no infringir el principio de certeza del artículo 103 II de la Ley Fundamental, puesto que las reglas de conducta pueden conllevar, según el § 68 I, una conminación penal (§ 145^a). El Tribunal puede acordar además, discrecionalmente, otras reglas de conducta (§ 68b II).

La medida tiene una duración máxima de cinco años, mientras que la mínima se sitúa en dos. Se fundamentaría no sólo en la defensa de la colectividad sino también en la posibilidad de prestar al condenado la ayuda necesaria para su reincorporación a la sociedad. Sobre la constitucionalidad de la medida se pronunció en su día el Tribunal Constitucional (55.28).

La medida se acuerda potestativamente, en la misma sentencia, si hubiera condena a pena privativa de libertad de al menos seis meses y su cumplimiento comienza con la firmeza de la resolución (§§ 68 y 68a).

III. El Anteproyecto español

Nuestra libertad vigilada aparece en el apartado 3 del artículo 96 como medida de seguridad no privativa de libertad, lo que es acertado. La duración sería, según el artículo 105, de hasta cinco años, pudiendo llegar hasta diez "cuando expresamente lo disponga este Código". Así ocurre en los supuestos de los artículos 192.1 y 579.3, en los que la libertad vigilada se impone imperativamente con una duración de cinco a diez años. Habría que retocar en todo caso el apartado 1, cuya letra a) se refiere a la libertad vigilada sin una matización paralela a la de la letra a) del apartado 2. La duración por encima de los cinco años parece excesiva, aunque pueda decretarse su cese o dejarla en suspenso según prevé el artículo 97 con carácter general para todas las medidas.

Siguiendo al texto del Anteproyecto de 2008, cuyo artículo 49 bis enumeraba directamente, en once letras, las "obligaciones" en que se materializaba el control judicial, el nuevo artículo 106 se refiere a ellas -son en realidad las mismas- como "medidas", lo que, además de una pobre redundancia terminológica, es erróneo.

Algunos de los puntos débiles de la reforma se refieren a los momentos del acuerdo y del inicio de su cumplimiento. Es poco razonable que la imposición deba hacerse en la sentencia cuando la medida se cumplirá después de la pena privativa de libertad, como se lee en el apartado 2 del artículo 106. Difícilmente podrá valorarse la peligrosidad del reo con una anticipación de años o décadas. En la "vigilancia de conducta" alemana el cumplimiento comienza de inmediato (§ 68c 2).

Justo es reconocer, sin embargo, que el curso regular del tratamiento penitenciario conforme al sistema de individualización científica, con sus permisos, terceros grados y libertades condicionales, no se vería muy afectado si su correspondiente disfrute fuera acompañado de obligaciones o deberes de idéntico contenido, bien sean acordadas en el propio ámbito penitenciario o por el Juez de Vigilancia al amparo de los artículos 90, 93 y, en la redacción actual, 96.3 del Código Penal. La modificación de este apartado conforme al Anteproyecto produciría un efecto circular.

La libertad vigilada de nuestro Código Penal -con antecedentes en la "sumisión a la vigilancia de Delegados" en la Ley de Vagos y Maleantes, de 1933, y en la "sumisión a vigilancia de la Autoridad", en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 1970- estaría inspirada en la medida de igual nombre en los artículos 7 h) y 9.5^a, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, pero se articularía con notables diferencias. El control judicial del condenado conforme al artículo 106 del Código Penal, se realiza "a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas" de las obligaciones que con el nombre de "medidas" se relacionan seguidamente. Tal formulación ya fue adelantada en el texto de 2008. No obstante, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho penal de los menores, donde las reglas de conducta, deberes u obligaciones se establecen desde el primer momento por el propio Juez de Menores, si bien la medida misma haya de ser ratificada al finalizar el internamiento, sucede que la libertad vigilada del Código Penal, pese a requerir de tales reglas, deberes, obligaciones o "medidas" como pieza básica y exclusiva del control, no se determinan en la sentencia sino que se concretan por el Juez o Tribunal sentenciador al extinguirse la pena privativa de libertad.

Tampoco se entiende que conforme al párrafo primero del nuevo apartado 2 del artículo 106 del Código Penal sólo deba imponerse en la sentencia la medida misma, dejando su concreción para mucho más tarde. Según el párrafo segundo de dicho apartado, ello se hará "sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97".

En otro orden de cosas, procede subrayar la escasa entidad de una libertad vigilada, huérfana de un "ayudante de prueba" ("Bewährungshelfer") como pilar de la institución. Difícilmente se logrará un control judicial sólo a través de cualquiera de las "obligaciones" del apartado 1 del nuevo artículo 106. Así, por ejemplo, con la simple prohibición de comunicarse con un determinado familiar de la víctima. Demasiado ruido y pocas nueces en el terreno práctico.

Con la nueva medida se rompe en el artículo 105 el criterio de la imposición sólo potestativa de todas ellas, al menos en principio. Y, de otro lado, se marginan de la lista del actual apartado 2 del artículo 96 la mayoría de las anteriores medidas de seguridad no privativas de libertad para integrarlas en la libertad vigilada, con el efecto perverso de que su concreción o imposición efectiva, así como su cumplimiento, se demorará inevitablemente hasta que se extinga la pena privativa de libertad.

No parece, por último, que ni los facultativos y profesionales, ni los servicios de la Administración correspondiente, ni los servicios de asistencia social, contemplados en los tres últimos párrafos del nuevo artículo 105, puedan referirse, en cuanto a la libertad vigilada, a las Instituciones Penitenciarias, puesto que se trata de una medida no privativa de libertad.

8. EL COMISO

El comiso se proyectó tradicionalmente sobre los "instrumenta" y los "producta scaeleris", y en esos términos se movía claramente el artículo 127, si bien completando los productos -"efectos que de ellos (el delito o la falta) provengan"- con la referencia a las ganancias provenientes del delito, "cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar". Luego, en otros artículos, se dispuso también expresamente el comiso de cosas que no son instrumento o producto del delito, ni siquiera indirecto en el segundo caso, sino sólo cosas sobre las que recae la acción, como la droga vendida o el vehículo en los delitos contra la seguridad vial (artículos 374 y

381.3), por ejemplo.

La doble previsión del apartado 1 del artículo 127 conforme a la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, que coincidía con el artículo 48 del Código Penal de 1973 en la línea tradicional de nuestra Codificación, sufrió no obstante un cambio en la redacción conforme a la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Ahora se trata de "la pérdida de los efectos que de ellos (el delito o la falta dolosos) provengan y de los bienes, medios, o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado", así como de las ganancias provenientes de aquéllos, cualesquiera hayan sido sus posteriores transformaciones. Entre los productos y los instrumentos se interpolan los "bienes" y los "medios" como si fueran modalidades de los instrumentos. En realidad, los medios pueden identificarse con los instrumentos, como apunta la "o" alternativa, pero los bienes giran más bien en el vacío. El cambio se repite en el artículo 374.1 respecto a los delitos de narcotráfico.

Curiosamente, o no tanto, la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero, que se cita como antecedente de la reforma ahora propuesta, permite comprobar el error sufrido por el legislador de 2003 y repetido en este Anteproyecto. En el artículo 1 de la Decisión Marco se definen por separado los "productos", los "bienes" y los "instrumentos". Producto es "todo beneficio económico derivado de una infracción penal". E instrumento, "todo bien utilizado o destinado a ser utilizado, de cualquier forma, total o parcialmente, para la comisión de una o varias infracciones penales".

Nada nuevo, por lo tanto, respecto a esos conceptos en el Derecho español. Por su parte, los bienes no serían instrumento del delito ni producto del mismo en sentido estricto, sino "los bienes de cualquier clase, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los actos jurídicos o documentos que acrediten la titularidad u otros derechos sobre tales bienes". Conectan así con las ganancias como una variante del producto. El apartado 10 de los considerandos lo aclara. Se pretende "el decomiso de los productos del delito, en particular en relación con la carga de la prueba sobre el origen de los bienes que posea una persona condenada por una infracción relacionada con la delincuencia organizada".

Sería, pues conveniente, prescindir de los "medios", no contemplados en la Decisión Marco, y situar los bienes junto a los productos o, mejor, las ganancias. Lo dicho vale tanto para los dos párrafos del apartado 1 del artículo 127 como para el nuevo apartado 2 según el Anteproyecto.

Nada hay que objetar al nuevo apartado 2 en cuanto autoriza a acordar el comiso en caso de delito imprudente castigado con pena privativa de libertad (en realidad prisión) superior a un año. Es una cuestión de política criminal. El artículo 48 del Código Penal de 1973 extendía el comiso a todos los delitos y faltas, sin distinguir entre dolosas o culposas, lo que suscitaba graves problemas de proporcionalidad que se resolvían con la cláusula, asumida ahora en su artículo 128. A su tenor, cabe acordar el comiso parcial o prescindir del mismo.

Los apartados 3, 4 y 5 del nuevo texto serían reproducción de los apartados 2, 3 y 4 del actual.

La innovación más polémica de la reforma del artículo 127 se encuentra en el nuevo párrafo segundo de su apartado 1. A su tenor, el Juez o Tribunal "podrá ampliar" el decomiso de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias "procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal". La referencia a los "instrumentos" resulta discutible en este contexto de cosas que "proceden" de una actividad delictiva, a no ser que se los entienda en un sentido muy amplio: sin tal actividad no habría tales instrumentos.

Se amplía potestativamente un comiso que escaparía de la previsión imperativa del párrafo primero. No es un comiso por un delito concreto sino por las actividades delictivas desarrolladas en el marco de una organización criminal. Tal nexo bastaría para que fuera posible un comiso a cuyo favor opera como presunción la falta de proporcionalidad de los bienes, cosas u objetos "respecto a los ingresos obtenidos legalmente" por todas y cada una de las personas condenadas.

Verdad es que la cláusula no afecta en sí misma a la presunción de inocencia, pero no deja de repercutir en una consecuencia accesoria de la pena que es sentida también como si de una pena se tratara. Esa fue la naturaleza que tuvo tradicionalmente en nuestros Códigos Penales.

Mejor sería recoger tal circunstancia como un elemento destacado para una valoración compatible con la doble exigencia que la Decisión Marco repite en su artículo 3.2 a), b) y c): hechos concretos y pleno convencimiento de ese origen por parte del órgano judicial.

9. LA MULTA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La referencia de la Exposición de Motivos a la multa por cuotas o proporcional se materializa en el apartado 7 a) del artículo 33, donde aparecen también ambas variantes como penas aplicables a las personas jurídicas. No merecen, sin embargo, una cierta crítica las novedades que se pretenden incorporar al artículo 52 como apartados 4 y 5.

Se olvida, de entrada, que el artículo 52 se contrae a la multa proporcional. El nuevo apartado 4 conecta y asume lo dispuesto en el apartado 1, que de modo expreso se refiere a dicha clase de multa, pero añadiendo una referencia a "la capacidad económica de la entidad". No obstante, en el apartado 2, del que aquí se prescinde por completo, hay una referencia a "la situación económica del culpable" que podría ser utilizada "mutatis mutandis", sobre todo si se considera que ese factor cobra un particular valor con el adverbio "principalmente".

El nuevo apartado 5 avanza en el camino de la confusión. Solo se ocupa de la acreditación de las bases para determinar la cuantía de la multa proporcional, como si el problema no pudiera plantearse de modo similar con la multa por cuotas. Ello no obstante, se refiere a las bases de los apartados 1 y 4, y a partir de ahí hace una pirueta para pasar al sistema de cuotas, pero fijando el valor de la cuota no con una remisión matizada al apartado 5 del artículo 50, donde ya se atiende a las condiciones económicas del penado, sino al apartado 2 del propio artículo 52.

No cabe aducir a favor de esta última opción que las personas jurídicas carecen de cargas familiares y otras circunstancias sólo relativas a las personas físicas, puesto que el apartado 2 del artículo 52 tropieza también con la ausencia de agravantes en los delitos de la persona jurídica. En ninguno de ambos casos la remisión puede ser plena.

Nada se indica sobre los efectos de la insolvencia. Quizá conviniera -si no se opta por acudir a otra pena sustitutoria- prever expresamente la extinción de la multa tras cierto tiempo, aunque sea acudiendo a los diez años que hoy corresponderían a la prescripción de una pena que según el nuevo apartado 7 del artículo 33 tendría siempre la consideración de pena grave.

En resumen, cabría prescindir de estos nuevos apartados 4 y 5 del artículo 52, y redactar un artículo 52 bis disponiendo que en la determinación de la multa impuesta a una persona jurídica se aplicarán en lo posible los artículos anteriores, y añadir un artículo 53 bis sobre los efectos del impago, sea de una multa proporcional, sea de una multa por cuotas.

Procede celebrar, por último, la supresión del apartado 2 del artículo 31, obra de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. A su tenor, si se impusiere una multa al autor del delito, sería responsable del pago de la misma directa y solidariamente la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó. La no aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento no justificaba este ataque frontal al carácter personal de todas las penas.

Nada hay que objetar al fraccionamiento de la multa impuesta a una persona jurídica como especialidad respecto a la previsión general del apartado 6 del artículo 50, pero la disposición debería ubicarse en el propio artículo 50 y no en el 53, que se ocupa de la responsabilidad subsidiaria.

La intervención coactiva hasta el pago total de la multa es una solución singular. No aparece en el artículo 129, donde se recoge, por un máximo de cinco años, una consecuencia accesoria dirigida a salvaguardar los derechos de los trabajadores y los acreedores (entre los que podría incluirse el Estado acreedor del importe de la multa). La supervisión judicial en el artículo 131-39 del Código Penal francés, aplicable como pena a las personas jurídicas, tampoco puede superar cinco años y se circunscribe a la actividad concreta en la que se hubiera producido la infracción criminal según el artículo 131-46.

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 29 de octubre de 2009

EL SECRETARIO GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. MINISTRO DE JUSTICIA.

[subir](#)

[Contactar](#) [Sobre esta sede electrónica](#) [Aviso legal](#) [Nuestra web](#) [Mapa](#) [Accesibilidad](#)      

Agencia Estatal BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54 - 28050 Madrid - Tel.: (+34) 91 111 4000